



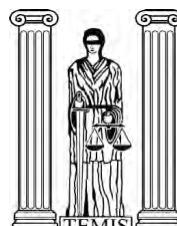


# LA GLOBALIZACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO SOCIO JURÍDICO COLOMBIANO



HENRY BOCALEGRA ACOSTA  
(Editor)

# LA GLOBALIZACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO SOCIO JURÍDICO COLOMBIANO



Bogotá - Colombia  
2012

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso expreso de Corporación Universitaria Republicana.

Publicación sometida a pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons

Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 4.0 International



ISBN 978-958-5447-04-2

© Fondo de Publicaciones Corporación Universitaria Republicana, 2017.

© Henry Bocanegra Acosta (Editor), Néstor Raúl Ramírez Moreno,  
Eduardo Matyas Camargo, Diana Rocío Bernal Camargo, María  
Elena Grueso Rodríguez, Ricardo Motta Vargas, 2017.

Diagramación y corrección: Editorial TEMIS S.A.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

[www.editorialtemis.com](http://www.editorialtemis.com)

correo elec. [editorial@editorialtemis.com](mailto:editorial@editorialtemis.com)

Diseños y gráficos originales de Editorial TEMIS S.A.

Hecho el depósito que exige la ley.

# ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación (Henry Bocanegra Acosta) .....	XI

## CAPÍTULO PRIMERO

### GLOBALIZACIÓN Y NEOLIBERALISMO

NÉSTOR RAÚL RAMÍREZ MORENO

1. Introducción .....	1
2. La crisis del sistema capitalista mundial.....	2
3. Internacionalización de la economía y globalización .....	7
4. El credo neoliberal .....	13
5. Conclusiones .....	18
6. Bibliografía .....	19

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA GLOBALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL: EL ACCIDENTADO CAMINO HASTA ROMA

EDUARDO MATYAS CAMARGO

1. Introducción .....	23
2. La jurisdicción penal premoderna.....	26
3. Primeras instituciones de derecho penal internacional .....	28
A) El derecho de asilo.....	29
B) La extradición .....	32
4. Movimiento de los derechos humanos.....	34
A) Primera Declaración: la de los Derechos del Hombre y el Ciudadano .....	34
B) Otras declaraciones y tratados.....	36
5. Tribunales penales internacionales <i>ad hoc</i> .....	40
A) Tratado de Versalles .....	40
B) Los “Juicios de Núremberg” .....	42
C) El Tribunal del Lejano Oriente .....	48

	PÁG.
D) Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.....	54
E) Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).....	57
F) La Corte Penal Internacional: una Corte de carácter permanente e independiente .....	62
6. Bibliografía .....	81

### CAPÍTULO TERCERO

#### LA BIOÉTICA EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

DIANA ROCÍO BERNAL CAMARGO

1. Introducción .....	85
2. Antecedentes .....	86
3. Antecedentes jurídicos relevantes en bioética .....	88
A) El Código de Núremberg .....	88
B) Declaración de Helsinki .....	90
C) El Informe Belmont .....	92
4. Instrumentos jurídicos de la Unesco sobre bioética.....	93
A) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos .....	93
B) Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos.....	96
C) Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos .....	98
5. A manera de conclusión .....	104
6. Bibliografía .....	107

### ANEXO

#### DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS                          108

### CAPÍTULO CUARTO

#### POLÍTICA DE PRECIOS Y COMPETITIVIDAD EN UN MUNDO GLOBALIZADO

MARÍA ELENA GRUESO RODRÍGUEZ

1. Introducción .....	121
2. Marco teórico .....	122
A) Conceptos.....	122
B) Fijación del precio.....	125

	PÁG.
3. Marco legal nacional e internacional .....	128
A) Internacional .....	128
B) Colombia.....	131
C) Estados Unidos.....	142
D) Unión Europea .....	149
4. Conclusiones .....	153
5. Bibliografía .....	155

#### CAPÍTULO QUINTO

### EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE EN COLOMBIA, EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN

RICARDO MOTTA VARGAS

1. Introducción .....	157
2. El agua potable como derecho humano en las disposiciones de la ONU .....	159
A) Instrumentos internacionales de la onu sobre el agua.....	159
B) Obligaciones generales del Estado en materia de disponibilidad de agua potable .....	161
3. Hacia un derecho humano al agua en pactos internacionales .....	163
4. El derecho humano al agua en foros internacionales de medio ambiente.....	166
5. La reglamentación del derecho humano al agua en constituciones latinoamericanas.....	170
6. El derecho humano al agua potable en el derecho colombiano .....	172
A) Derecho humano al agua en el bloque de constitucionalidad .....	173
B) Un mínimo vital de agua gratuito .....	173
7. Conclusiones .....	175
8. Bibliografía .....	175



## PRESENTACIÓN

El análisis de los efectos de la *globalización*, de sus fórmulas económicas y políticas, y de las reformas de orden jurídico que ha propiciado, lo mismo que el de su incidencia en los diversos sectores del país, adquieren hoy indudable importancia por su vigencia y pertinencia. Son necesarios para la nación colombiana, los estudios que permitan ver las posibilidades de la *globalización*, pero que igualmente identifiquen su lado oscuro, sus consecuencias económicas, políticas, sociales y ambientales.

Este es el tema central del cual se ocupa esta obra colectiva: *la globalización y su incidencia en el ámbito sociojurídico colombiano*, abordado por un selecto grupo interdisciplinario de docentes-investigadores del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria Republicana. El texto se ocupará no solo del derecho comercial y la economía, sino también del derecho penal, del desarrollo actual de la ciencia y la tecnología, y del derecho ambiental.

La obra se inicia con un artículo del profesor NÉSTOR RAÚL RAMÍREZ MORENO, que pone sobre la mesa el debate académico y político vigente, en torno al concepto *globalización*. Frente a este tema, como ante otro asunto social, es inevitable que permanentemente estén surgiendo diversas teorías, perspectivas y enfoques que dan lugar a diversas explicaciones e interpretaciones. Es una permanente lucha entre las ideas de avanzada y las ideas conservadoras o retardatarias; una lucha por el control ideológico, una lucha entre las relaciones de poder y las relaciones con el Estado, en momentos históricos concretos. El análisis que presenta el profesor RAMÍREZ, se enmarca en el contexto económico y político contemporáneo, a escala mundial, con énfasis en las realidades latinoamericanas, en la cual se incluye Colombia. Contexto sin el cual no es posible comprender ni el concepto ni el debate.

En el capítulo II, el doctor EDUARDO MATYAS CAMARGO propone, en primer lugar, la discusión sobre el uso del concepto de *globalización* más allá de la dimensión económica. Al extenderse al plano político, se estaría hablando no de *globalización* sino de *globalismo*, definido en el Diccionario del español actual, citado por el doctor MATYAS, como la “tendencia a la colaboración entre todos los países del mundo y a la creación de un gobierno mundial”<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva, el doctor MATYAS hace un detallado análisis de lo que ha sido el proceso

<sup>1</sup> MANUEL SECO; OLIMPIA ANDRÉS y GABINO RAMOS, Diccionario del español actual, Madrid, Aguilar, 1999.

de internacionalización del derecho desde la Antigüedad, hasta llegar al Estatuto de Roma o Corte Penal Internacional (CPI), aprobado el 17 de julio de 1998 por 120 Estados y ratificado por Colombia en el 2002. El capítulo concluye así: “La vieja aspiración del establecimiento de una Corte o Tribunal Penal Internacional que sancionara ejemplarmente los más graves crímenes contra la humanidad, es una realidad, y en la actualidad ya se encuentra operando e instruyendo procesos contra varios criminales de guerra de diferentes partes del mundo”.

La bioética global fundamenta un tipo de responsabilidad también global, lo cual implica “un consenso casi universal para establecer principios que permitan dar respuestas eficaces y efectivas a los dilemas propios de la sociedad relacionados con la vida en general”. Sobre la bioética en el contexto de la *globalización*, centra su atención la doctora DIANA ROCÍO BERNAL CAMARGO, en el capítulo III de la obra, no sin antes plantear su posición frente al concepto central acerca del cual afirma que la *globalización* no se refiere exclusivamente a lo económico, sino que también abarca las esferas de lo político, lo social, lo cultural, lo religioso, lo científico, lo académico y lo tecnológico. En su trabajo, la doctora BERNAL referencia, analiza y explica las disposiciones universales vigentes en la materia y su incidencia en los ordenamientos jurídicos internos, dando cuenta, además, de sus antecedentes de orden histórico y jurídico. Interesantes conclusiones deja el capítulo, tales como que la búsqueda de una legislación que unifique los criterios de la Iglesia y la comunidad científica es un reto de la bioética, lo mismo que transformar la relación entre esta y el derecho en normas jurídicas que incluyan y reglamenten los principios bioéticos y que sean de obligatorio cumplimiento, formando parte de la legislación interna de cada país.

La doctora MARÍA ELENA GRUESO RODRÍGUEZ se ocupa en el capítulo IV de uno de los aspectos más importantes en el marco del libre comercio, el de la política de precios y la competitividad. Presenta un exhaustivo pero riguroso marco legal, tanto nacional como internacional, ahondando en las especificidades de la normativa norteamericana y europea a fin de lograr una visión completa de la forma en que está regulado el tema; lo cual permite contar con las herramientas conceptuales y metodológicas necesarias para adelantar una visión crítica y evaluar los posibles modelos que servirían para perfeccionar el sistema que podría ser utilizado por Colombia, nacional e internacionalmente. En una de sus conclusiones, la doctora GRUESO señala que “el mundo real de la economía presenta ciertos desequilibrios que no pueden ser corregidos por la mera actuación de las fuerzas del mercado competitivo, y en este sentido, en la actualidad se comprende casi unánimemente que una moderada política de regulaciones puede hacer mucho bien a la economía”.

Por último, en el capítulo V, el doctor RICARDO MOTTA aborda uno de los asuntos de mayor importancia para la sociedad actual y para las futuras generaciones: el agua. La preocupación del doctor MOTTA, como la de todos los ambientalistas y demócratas del país, se concentra en que el Estado colombiano debe darle al derecho al agua potable para todos los colombianos, todas las garantías necesarias, asumiéndolo como un derecho humano. El doctor MOTTA

sustenta su estudio en la normativa internacional vigente, principalmente en los acuerdos y convenios que el país ha suscrito y ratificado y que, por tal razón, forman parte del bloque de constitucionalidad. Se puede afirmar, en palabras del doctor MOTTA, “que la crisis del agua no deriva de su escasez, sino de la pobreza y marginamiento de la población...”.

De esta manera, el Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana le aporta al desarrollo del país, difundiendo los resultados del trabajo de sus docentes-investigadores en asuntos de tanta importancia, como el de la inserción de Colombia en el concierto mundial, en la perspectiva de que se haga de la mejor manera posible, en beneficio del interés nacional y de la calidad de vida de la mayoría de sus ciudadanos.

HENRY BOCAÑEGRÁ ACOSTA

Editor de la obra

Docente-investigador



# CAPÍTULO PRIMERO

## GLOBALIZACIÓN Y NEOLIBERALISMO\*

NÉSTOR RAÚL RAMÍREZ MORENO \*\*

### 1. INTRODUCCIÓN

El análisis que se presenta en este artículo centra su atención en el papel que desempeña la denominada *globalización* en su relación con la aplicación del modelo *neoliberal*. El escrito da cuenta de los principales enfoques o perspectivas desde los cuales se ha examinado el fenómeno, enmarcado y articulado a la realidad económica internacional.

Uno de los aspectos más relevantes del contexto internacional contemporáneo es la internacionalización de la economía, y es en este marco en el que se ha posicionado el denominado modelo *neoliberal*, implementado en los países del tercer mundo, Colombia entre ellos, mediante los llamados programas de estabilización y de ajuste estructural, prescritos por entidades financieras multinacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o la Agencia Interamericana para el Desarrollo (AID).

Estos programas se aplican desde mediados de los años setenta<sup>1</sup>, pero con mayor firmeza y profundización desde finales de la década de

\* Este artículo forma parte de los hallazgos del proyecto de investigación ya terminado “La globalización y su incidencia en la legislación laboral colombiana”, dentro de la línea de Derecho Laboral, del grupo de investigación Derecho Económico y Estado.

\*\* Docente, investigador, integrante del Grupo de Derecho Económico y Estado adscrito al Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria Republicana. Profesor con estudios de maestría en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos y en Geografía. Licenciado en Ciencias Sociales. Diplomado en Derechos Humanos. Correo electrónico: [nestoramirezmo@yahoo.es](mailto:nestoramirezmo@yahoo.es)

<sup>1</sup> Chile, entre 1973 y 1981, bajo la dictadura militar de Pinochet, implementó programas de estabilización frente al déficit y la inflación, y llevó a cabo la versión más pura sobre políticas de libre mercado en el tercer mundo. BÁRBARA STALLINGS, “La influencia internacional en las políticas económicas: deuda, estabilización y reforma estructural”, en STEPHAN HAGGARD y ROBERT R. KAUFMAN (comps.), *La política de ajuste*

los ochenta hasta nuestros días, como una de las estrategias de Estados Unidos hacia los países de América Latina, llevando hasta la crisis sus economías y generando, además, las más altas tasas de desempleo y de pobreza en toda su historia.

Estos programas se expresan en acciones tales como la rígida disciplina fiscal, lo cual significa principalmente, recortes presupuestales a la inversión social por parte del Estado; reformas tributarias a granel; liberalización comercial que ha causado la quiebra de muchas de las industrias nacionales y de la producción agropecuaria en los países en donde se ha implementado; estímulo a la inversión extranjera; privatización, es decir, la subasta de las empresas estatales, principalmente las más estratégicas y rentables (telecomunicaciones, bancos, servicios públicos); y una profunda desregulación a través de permanentes reformas constitucionales o en la expedición de nuevas constituciones, o mediante tratados de libre comercio, como los firmados hasta ahora entre algunas naciones latinoamericanas y Estados Unidos, lo cual ha facilitado la imposición de regímenes (laborales, tributarios, de comercio, etc.) muy convenientes para las empresas transnacionales.

## 2. LA CRISIS DEL SISTEMA CAPITALISTA MUNDIAL

Numerosos estudios realizados en los últimos años ponen en evidencia el fenómeno de desaceleración del crecimiento económico en los países capitalistas centrales, desde 1967, así lo afirma THEOTONIO DOS SANTOS<sup>2</sup>, o crisis severa de productividad de los países capitalistas avanzados, a partir de la década de los sesenta, según lo plantea ÓSCAR UGARTECHE<sup>3</sup> (véase gráfico 1).

Se trata de una de las crisis periódicas del capitalismo que se presentan como resultado de la caída de la tasa de ganancia. Esta situación típica e inherente al modelo económico capitalista fue identificada y analizada exhaustivamente por CARLOS MARX, quien a partir de ello formuló la “ley de la tendencia decreciente de la tasa de ganancia”, la cual permite entender

---

económico: las restricciones internacionales, los conflictos distributivos y el Estado, Bogotá, CEREC, 1994, pág. 59.

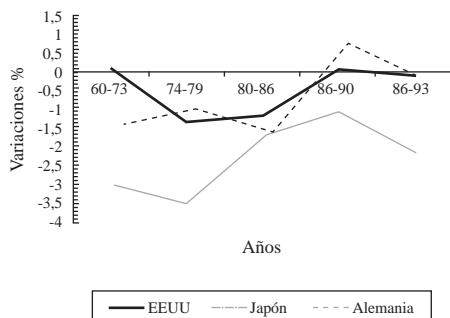
<sup>2</sup> TEHOTONIO DOS SANTOS, “Trucos del neoliberalismo”, *Revista Foro*, núm. 19, diciembre de 1992, pág. 9.

<sup>3</sup> ÓSCAR UGARTECHE, *Falso dilema: América Latina en la economía global*, Caracas, Nueva Sociedad, 1997, pág. 41. El trabajo del profesor UGARTECHE registra varios de los estudios realizados para determinar los niveles a los cuales ha caído la productividad y sus causas, págs. 39-60.

con absoluta claridad y precisión el funcionamiento del capitalismo y el desarrollo de sus contradicciones<sup>4</sup>.

Gráfico 1. Productividad del capital en los países del G-7, 1960-1993 (variaciones porcentuales)<sup>5</sup>

AÑOS	60-73	74-79	80-86	86-90	86-93
Estados Unidos	0,1	-1,3	-1,2	0,0	0,1
Japón	-3,0	-3,5	-1,7	-1,1	-2,1
Alemania	-1,4	-1,0	-1,6	0,8	-0,1
Francia	0,9	-1,0	-1,1	0,8	-0,3
Italia	0,4	0,3	-0,7	0,6	-0,2
Inglaterra	-0,3	-1,6	-0,5	1,4	0,5
Canadá	0,6	-0,5	-2,0	-1,5	-2,1



Unos y otros, no solo los dos autores mencionados, coinciden en señalar que una primera respuesta a la crisis fue la exportación de capitales, principalmente en la forma de préstamos, hacia las regiones del mundo más atrasadas. Esta estrategia de los países de capitalismo avanzado para contrarrestar la pérdida de productividad del capital o, lo que es lo mismo, la caída de la tasa de ganancia buscaba, además, dinamizar el comercio para sus productos y fomentar nuevas inversiones. En la década de los setenta, muchos de los gobiernos de las naciones atrasadas establecieron alianzas especialmente con bancos privados, con el fin de obtener financiación para sus planes y proyectos, aumentando de manera significativa la deuda, incrementando las actividades estatales, los saldos rojos en los presupuestos y las cuentas corrientes, y disparando hacia arriba la inflación<sup>6</sup>.

Generalizada la crisis de productividad en los países desarrollados, comenzó un proceso de recuperación de capital, una transferencia de capitales desde los países del tercer mundo, con el propósito principal de financiar la reestructuración productiva, el cambio de paradigma tec-

<sup>4</sup> Para un análisis detallado de esta ley, véase CONSUELO AHUMADA BELTRÁN, “La teoría marxista de la plusvalía absoluta”, *Revista Nueva Gaceta*, núm. 8, abril-julio de 2004, págs. 74-75. Análisis que se fundamenta en CARLOS MARX, *El capital*, ts. I y III, La Habana, Edit. de Ciencias Sociales, 1980.

<sup>5</sup> Fuente: STEVEN ENGLADER y ANDREW GURNEY, “Medium term determinants of OECD productivity”, *oecd Economic Studies*, núm. 22, 1994. Citado por ÓSCAR UGARTECHE, *op. cit.*, pág. 45.

<sup>6</sup> BÁRBARA STALLINGS, *op. cit.*, pág. 59.

noeconómico en los países desarrollados; disminuyéndose drásticamente los créditos, elevándose de esta manera las tasas de interés. Agregándose, para agravar aún más la situación de los países subdesarrollados, una baja en los precios de las materias primas como resultado de la sustitución en las inversiones de los países desarrollados<sup>7</sup>, como efecto del ya mencionado cambio del modelo tecnoeconómico.

El origen de la “crisis de la deuda” que se evidencia en la década de los ochenta en América Latina no hay que buscarlo en la corrupción y en el despilfarro de los recursos<sup>8</sup>. Se debe buscar en la crisis del modelo de acumulación capitalista en los países desarrollados, una de cuyas respuestas fue el dispendio crediticio excesivo y con bajos intereses, aumentado, además, con la inmensa masa de petrodólares que fueron de esta manera “reciclados”<sup>9</sup>.

La crisis de la deuda en América Latina terminó convirtiéndose de manera muy conveniente para los países desarrollados, en particular para Estados Unidos, en la excusa más apropiada de los organismos financieros multinacionales (FMI, BM, AID) para obligar a los países terciermundistas a implantar políticas de estabilización y de ajuste estructural. Políticas, por supuesto, favorables a los intereses de los países desarrollados y nocivas para los países atrasados, como lo demostraron las agudas crisis por la que pasaron países como Argentina, Brasil, Venezuela, Ecuador y Colombia, entre otros.

El proceso de la aplicación de estas políticas en América Latina, dio paso a la movilización de la población afectada y al respaldo de propuestas alternativas; esta situación explica los “vientos del sur”, el viraje hacia la izquierda, expresado en la elección de gobiernos progresistas en Brasil, Argentina, Ecuador, Bolivia, Uruguay, Nicaragua y Venezuela.

Las políticas de estabilización impuestas tienen que ver esencialmente con dos asuntos: la inflación y el déficit en la balanza de pagos. Esto último, el déficit, hace que muchos países recurran en solicitud de ayuda principalmente al FMI, el cual propicia la financiación del déficit previa aprobación de las políticas económicas del país solicitante<sup>10</sup>. De las políticas de estabilización provienen medidas como la reducción de la inversión social (salud, educación, etc.) y, en general, el drástico

<sup>7</sup> ÓSCAR UGARTECHE, *op. cit.*, págs. 40-42.

<sup>8</sup> Aunque la corrupción sea uno de los fenómenos consuetudinarios en el ámbito del ejercicio de la política en América Latina, y en gran medida lo fue bajo las dictaduras militares que usurparon el poder en varios de los países de la región en las décadas precedentes.

<sup>9</sup> TEHOTONIO DOS SANTOS, *op. cit.*, pág. 10.

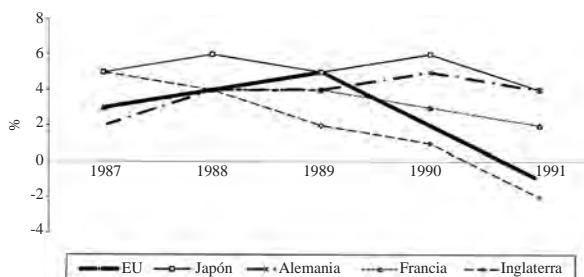
<sup>10</sup> BÁRBARA STALLINGS, *op. cit.*, pág. 93.

recorte de derechos en los regímenes laborales y de seguridad social de los trabajadores. Mientras que las políticas de ajuste estructural están encaminadas a generar cambios en la estructura económica de los países y en sus estrategias de desarrollo, con el énfasis puesto en la liberación de los mercados y en la privatización<sup>11</sup>.

No solo fue Chile que entre 1973 y 1981, bajo la dictadura militar de Pinochet, implementó programas de estabilización frente al déficit y la inflación y llevó a cabo la versión más pura sobre políticas de libre mercado en el tercer mundo, como ya se había mencionado. También lo hicieron antes de 1990 México, Costa Rica, Jamaica, República Dominicana, Colombia, Argentina, Brasil y Perú, por mencionar solo los países latinoamericanos, que implementaron medidas de estabilización antes de 1990 presionados por los organismos financieros multinacionales<sup>12</sup>.

Con la disolución de la Unión Soviética y el fin de la “guerra fría”, en el marco de un nuevo escenario mundial que ya se venía configurando desde algunos años atrás, se pone al descubierto tanto la competencia por el dominio de los mercados entre las grandes potencias del mundo desarrollado, como el enorme deterioro de la economía de Estados Unidos. Para finales de los años ochenta y comienzos de los noventa este país se encontraba padeciendo una profunda y larga recesión económica, expresada en una drástica caída de sus indicadores económicos fundamentales<sup>13</sup> (véanse gráficos 2 y 3); agregándose, además, para este país, la pérdida de competitividad en áreas tales como la automotriz y la electrónica, frente a las otras potencias como Japón, Alemania unificada y la Comunidad Económica Europea.

Gráfico 2. Tasa de crecimiento anual de la producción<sup>14</sup>

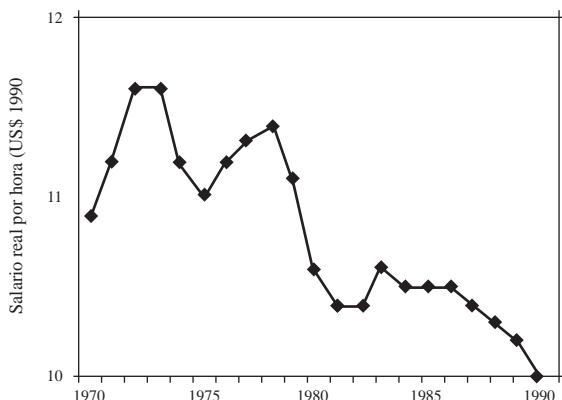


<sup>11</sup> *Ibidem*, pág. 63.

<sup>12</sup> *Ibidem*, págs. 96-97.

<sup>13</sup> JUAN PABLO ARANGO, “Estados Unidos: crisis y liderazgo”, *Revista Deslinde*, núm. 11, enero-marzo de 1992, págs. 70-72.

<sup>14</sup> Fuente: Business Week (16, dic., 1991), pág. 27. Citado por JUAN PABLO ARANGO, *op. cit.*, pág. 72.

Gráfico 3. Estados Unidos, salarios reales 1970-1990<sup>15</sup>

En este escenario se pueden entender las medidas emanadas del Consenso de Washington<sup>16</sup> y de la Iniciativa para las Américas<sup>17</sup>, como la estrategia de Estados Unidos para obtener mayores excedentes comerciales, inversiones, intereses y regalías de Latinoamérica, compensando así sus transferencias negativas hacia las otras regiones del mundo; contrarrestando de esta manera, aunque temporalmente, la caída de sus tasas de ganancia. Se plantearon los temas que sirvieron de base para identificar las reformas de política económica que los países deudores de América Latina debían tener como objetivo: disciplina fiscal, recorte del gasto público, reforma tributaria, liberalización financiera, tipos de cambio competitivos, liberalización comercial, garantías a la inversión extranjera directa, privatización de las empresas estatales, desregulación económica y protección a los derechos de propiedad<sup>18</sup>; amparadas estas medidas bajo el discurso de la *globalización* y sustentadas en la doctrina *neoliberal*.

El resultado logrado hasta ahora salta a la vista. Las economías latinoamericanas, incluida Colombia, no han podido superar la crisis. Por

<sup>15</sup> Fuente: *Internacional Report* (nov., 1991), pág. 3. Citado por JUAN PABLO ARANGO, *op. cit.*, pág. 72.

<sup>16</sup> Según la *Revista Nueva Gaceta*, por “Consenso de Washington” se hace referencia a la conferencia “Latin American Adjustment: ¿How much has happened?”, organizada por el Instituto de Estudios Económicos Internacionales en noviembre de 1989, que reunió a economistas de ocho países latinoamericanos. *Revista Nueva Gaceta*, núm. 2, abril de 2001, pág. 97.

<sup>17</sup> George Bush (padre), discurso pronunciado en la Casa Blanca el 27 de junio de 1990.

<sup>18</sup> *Revista Nueva Gaceta*, núm. 2, *op. cit.*, pág. 97.

el contrario, esta se profundiza aún más. Mientras que Estados Unidos resultó claramente favorecido con todas estas políticas, lo cual se tradujo en un crecimiento notorio de su economía durante la década pasada. Es un ejemplo de ello, citado por la profesora CONSUELO AHUMADA, el hecho de que en 1997 el capital privado internacional, fundamentalmente de Estados Unidos, invirtió 50.000 millones de dólares en toda América Latina, en tres sectores principales: el petróleo y la minería, los servicios, en especial los financieros, y las telecomunicaciones; y que ese mismo año las operaciones de las compañías estadounidenses en América Latina generaron 20.000 millones de dólares de ganancias netas, lo que equivale a 19,9 por ciento del total de ganancias netas obtenidas por las filiales en el extranjero de las compañías de Estados Unidos, según cifras de la Oficina de Análisis Económico del Departamento de Comercio de ese país<sup>19</sup>.

En síntesis, las políticas de estabilización y de ajuste estructural impuestas a los países latinoamericanos, forman parte de las estrategias de Estados Unidos hacia estos países y benefician primordialmente a la economía de este país en su conjunto y, en particular, a sus empresas multinacionales y a sus bancos. Estas políticas le han permitido enfrentar a sus duros rivales capitalistas en la más cruda guerra comercial por el mercado mundial y contrarrestar de esta manera, aunque temporalmente, la caída de sus tasas de ganancia, en desmedro de las economías e intereses nacionales de los países latinoamericanos.

### 3. INTERNACIONALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y GLOBALIZACIÓN

El análisis de la llamada *globalización* se enmarca fundamentalmente en el campo académico de las relaciones internacionales; en este ámbito, por lo menos tres teorías debaten en su análisis e interpretación del mundo contemporáneo. Una de ellas es el *realismo político*, señalado como el paradigma<sup>20</sup> tradicional imperante desde hace más de tres siglos, el cual ha centrado su atención en el Estado y el poder, como los referentes absolutos para el análisis de las relaciones internacionales. Desde finales de los años setenta, han aparecido dos nuevos paradigmas, sustentados en la

<sup>19</sup> CONSUELO AHUMADA BELTRÁN, *op. cit.*, pág. 78.

<sup>20</sup> “Un paradigma consiste, de acuerdo con el espíritu de lo señalado por KUHN, en una serie de postulados fundamentales sobre el mundo, que centran la atención del estudioso sobre ciertos fenómenos, determinando su interpretación”, citado por CELESTINO DEL ARENAL, *Introducción a las relaciones internacionales*, Madrid, Edit. Tecnos, 1994, pág. 26.

supuesta incapacidad del *realismo político* para explicar el cambio en las relaciones internacionales y el alcance del mismo, en la nueva situación que el mundo presenta a partir de la segunda guerra mundial<sup>21</sup>, ellos son: la *teoría de la interdependencia* y la *teoría de la dependencia*.

La *teoría de la interdependencia*, denominada también “teoría de la sociedad global o mundial”, surgió como una respuesta a los problemas que en el nuevo contexto internacional enfrenta Estados Unidos en materia de liderazgo económico<sup>22</sup>, de acuerdo con lo señalado en la sección 2 de este artículo. Según el profesor DEL ARENAL, esta teoría se basa en los siguientes supuestos: 1) El mundo, como consecuencia del acelerado desarrollo social, económico, científico-técnico y comunicacional, está caracterizado por el creciente fenómeno de la *interdependencia* y de la *cooperación* y se ha transformado realmente en una sociedad mundial con nuevos valores e intereses comunes al conjunto de esa sociedad mundial; 2) El debilitamiento del Estado y la aparición de nuevos actores, inter-gubernamentales y no gubernamentales en el campo de las relaciones internacionales, que tienden a limitar aún más el margen de maniobra de los Estados. El sistema internacional ya no es estatocéntrico como lo postula el *realismo político*, y 3) La desaparición de la división entre las políticas internas de los Estados nacionales y las políticas internacionales, división que forma parte de los postulados del *realismo político*<sup>23</sup>.

Son varias y significativas las inconsistencias de esta teoría, sustento de la llamada *globalización* y son evidentes sus propósitos de naturaleza ideológica. Enfatiza en los factores culturales, tecnológicos y económicos minimizando la cuestión política, principalmente aquella que tiene como sujeto al Estado-nación. Ahora se trata de una nueva política transnacional, ya no de carácter conflictivo en las relaciones entre los Estados nacionales como lo plantea el *realismo político*, sino en el marco de la *cooperación* entre los países. La enorme brecha entre los habitantes de los países desarrollados y los países subdesarrollados en materia de calidad de vida y en materia de acceso al conocimiento y a la tecnología, en particular a la tecnología de punta, obliga a dudar de esta supuesta *cooperación* entre las naciones enunciada por la *globalización*. En otras palabras, el alto desarrollo alcanzado en el campo de las comunicaciones, en el manejo de la información y el transporte, en el inmenso raudal de innovaciones

<sup>21</sup> CELESTINO DEL ARENAL, *op. cit.*, págs. 24-25 y 30.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 29.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pág. 32.

e invenciones en todos los campos de la ciencia y la tecnología ha beneficiado muy poco a las naciones atrasadas. Lo que muestran las cifras estadísticas no es propiamente cooperación e interdependencia, sino, por el contrario, una grande y creciente desigualdad entre los países.

El razonamiento sobre un supuesto debilitamiento del Estadonación y la negación del papel fundamental que desempeña, supone que la integración internacional del mercado debilita a los Estados-nación, desplazando el foco del poder fuera del Estado nacional. Sin embargo, es evidente que en este mercado global el capital necesita al Estado para mantener las condiciones de acumulación de capital y de competitividad. Afirma la profesora ELLEN MEIKSINS WOOD<sup>24</sup>, que “detrás de cada corporación transnacional hay una base nacional que depende de su Estado local para sustentar su viabilidad, y de otros Estados para darle acceso a otros mercados y otras fuerzas de trabajo”<sup>25</sup>. Además, es necesario preservar la disciplina laboral y la austeridad e imponer ciertas flexibilidades, lo cual obliga a mantener el orden frente a la protesta social que como respuesta brota inevitablemente<sup>26</sup> y estas son tareas, hasta ahora propias, del Estado.

El aspecto principal de la globalización está en que la competencia no es propiamente entre empresas, sino entre economías nacionales, lo cual explica las nuevas funciones del Estado-nación como instrumento de la competencia en el marco de la globalización. Esto significa que en los países subdesarrollados el Estado ha estado actuando como una correa de transmisión a favor de los Estados capitalistas más poderosos<sup>27</sup>. En la sección anterior se identificaron los factores que han obligado a los gobiernos de los países subdesarrollados a aplicar políticas favorables a los países desarrollados, y lesivas para sus propios intereses.

*La teoría de la interdependencia* explora las consecuencias políticas del incremento del comercio, las finanzas y las inversiones, en concor-

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 116.

<sup>25</sup> “Los ejecutivos —escribe el periodista del «New York Times», Thomas L. Friedman— dicen cosas como: “«No somos una compañía americana. Somos IBM USA, IBM Canadá, IBM Australia, IBM China». ¿Ah, sí? Bueno, entonces la próxima vez que se meta en problemas en China, llame a Li Peng para que lo ayude. Y la próxima vez que el Congreso cierre otra base militar en Asia... llame a la marina de Microsoft para que le asegure las rutas marítimas de Asia”. Citado por ELLEN MEIKSINS WOOD, “Trabajo, clase y Estado en el capitalismo global”, *OSAL*, publicación del Observatorio Social de América Latina, junio de 2000, pág. 116.

<sup>26</sup> ELLEN MEIKSINS WOOD, *op. cit.*, pág. 116.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pág. 117.

dancia con el discurso económico y el enfoque pragmático predominante principalmente en Estados Unidos, y sobre las supuestas ventajas que ofrece la *globalización* para los países atrasados. Enfatiza en las oportunidades que se presentan para los países de menor poder y destaca más las oportunidades que los riesgos. De esta forma, todo el problema de las relaciones entre Estados Unidos y los países de América Latina se reduce a la formalización de acuerdos comerciales (área de libre comercio (ALCA), tratados de libre comercio (TLC), entre otros) y a la creación de instituciones bilaterales o multilaterales, mediante las cuales se imponen los intereses económicos y geopolíticos estratégicos que persigue la superpotencia en estos territorios, por encima de los intereses de las naciones latinoamericanas<sup>28</sup>.

La *teoría de la dependencia*, fundamento teórico de esta investigación, centra su atención en las relaciones económicas internacionales, pero a diferencia de la *teoría de la interdependencia*, no las explica en términos de *interdependencia* o *cooperación* entre las naciones, sino en función de dependencia, es decir, de desigualdad y dominación<sup>29</sup>. Esta teoría explica los problemas relativos al desarrollo de los países del tercer mundo a partir del análisis del sistema u orden económico internacional; destacando las limitaciones y distorsiones impuestas históricamente al desarrollo de las naciones atrasadas por parte de los países industrializados y por el orden internacional vigente<sup>30</sup>.

Es innegable el desarrollo de las fuerzas productivas alcanzado en la época contemporánea que se refleja, como ya se ha mencionado, en el campo de las comunicaciones, en el manejo de la información y el transporte, en el inmenso raudal de innovaciones e invenciones en todos los campos de la ciencia y la tecnología, en la modernización de los procesos productivos, las técnicas de preservación de las mercancías, etc.

Este alto nivel de desarrollo de las fuerzas productivas ha estado acompañado de una evidente y creciente concentración y centralización del capital, situación que se expresa en la significativa importancia que

<sup>28</sup> “Nuestro objetivo con el ALCA es garantizar a las empresas norteamericanas el control de un territorio que va desde el Polo Norte hasta la Antártica, y asegurar el libre acceso, sin obstáculos ni dificultades, para nuestros productos, servicios, tecnología y capital en todo el hemisferio” (palabras del secretario de Estado Colin Powell, ante el Congreso de los Estados Unidos).

<sup>29</sup> CELESTINO DEL ARENAL, *op. cit.*, págs. 33-34.

<sup>30</sup> CONSUELO AHUMADA BELTRÁN, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Bogotá, El Ancora Editores, 1996, págs. 26-27.

hoy tienen las empresas o corporaciones multinacionales en la economía mundial. Estas multinacionales son, hoy en día, productoras y propietarias de tecnología, especialmente de punta; sumándose a esto la creciente tendencia hacia las fusiones, alianzas y absorciones empresariales o corporativas de todo tipo que está teniendo lugar en todos los sectores de la economía a escala mundial (bancos, seguros, comunicaciones, informática, automovilismo, industria química, farmacéutica, energía, aeronáutica, etc.)<sup>31</sup>. Señala el profesor PEDRO MONTES, que estas empresas y corporaciones multinacionales “son el soporte de la economía mundial, son depositarias de resortes fundamentales (la investigación y tecnología) y concentran el poder real que rige los destinos del planeta”<sup>32</sup>.

Para sustentar sus afirmaciones, el profesor MONTES trae las siguientes cifras: en el mundo existen más de 35.000 empresas multinacionales cuya participación en el comercio mundial es del 70 por ciento del total. Controlan el 75 por ciento de las inversiones mundiales. El altísimo grado de concentración se expresa en que, por colocar un ejemplo (referido solo a la industria, sin contar con el sector financiero o el sector de servicios), los 100 grupos industriales mayores del mundo ocupan a unos 14 millones de personas, lo cual equivale al 32 por ciento del empleo industrial de la Unión Europea y a 6,5 veces los obreros de la industria española. Y continúa el profesor MONTES: “Un hipotético país que estuviera formado exclusivamente por estas 100 multinacionales (...) generaría un valor añadido directo superior al PIB conjunto de 150 países de los pocos más de 200 que existen en la actualidad”<sup>33</sup>.

En este escenario se puede entender claramente el porqué desde finales de los años ochenta y principalmente en la década de los noventa, se avanzó en la estructuración de una normatividad de carácter supranacional, que le sirviera a los países desarrollados y sus empresas. El principal avance consistió en la creación de la OMC el 1º de enero de 1995, luego de varios años de negociación. Dicha organización readecuó el anterior Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés). Entre los acuerdos aprobados por la OMC se encuentran temas como el comercio de servicios (GATS), los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIP), los mecanismos para el examen de políticas comerciales y las medidas en materia de inversiones

<sup>31</sup> PEDRO MONTES, “Globalización y derechos humanos”, en *Revista Nueva Gaceta*, núm. 2, abril de 2001, pág. 62.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pág. 62.

<sup>33</sup> *Ibidem*, págs. 62-63.

relacionadas con el comercio (TRIM), el Acuerdo sobre Contratación Pública y lo referente a los mecanismos precisos para la solución de diferencias<sup>34</sup>.

Para América Latina se lanza, además, en 1990, la propuesta estadounidense para crear un área de libre comercio (ALCA), conocida como “La Iniciativa para las Américas” o “Plan Bush para América Latina”<sup>35</sup>; proceso que avanzó hasta cuando la nueva situación política resultante de la elección de gobiernos provenientes de la izquierda (Brasil, Venezuela, Chile, Uruguay) y otros como el de Argentina, rompieron con la tradicional sujeción hacia los ordenamientos estadounidenses, obligando a una suspensión temporal. Sin embargo, esta estrategia estadounidense se ha reemplazado eficazmente por tratados de libre comercio (TLC).

El proceso ALCA fue creando toda una estructura desde el nivel ministerial, el Comité de Negociaciones Comerciales integrado por viceministros de Comercio, hasta los grupos de negociación, trabajando alrededor de asuntos como el acceso a mercados, inversión, servicios, compras del sector público, solución de controversias, agricultura, derechos de propiedad intelectual, subsidios, *antidumping* y derechos compensatorios, política de competencia, asuntos institucionales y economías más pequeñas<sup>36</sup>.

La similitud y relación entre los acuerdos de la OMC y los contenidos que se le fueron asignando al ALCA, es absolutamente evidente, e incluso el ALCA aspiraba llegar más allá, profundizando lo propuesto por la OMC en asuntos como la apertura económica o liberalización de los mercados, la desregulación, la privatización de las empresas estatales y los derechos de propiedad intelectual; y planteando otros asuntos como inversiones, y políticas de competencia, entre otros<sup>37</sup>. Por supuesto que el proceso estaba dirigido a proporcionar ventajas a Estados Unidos, de tal manera que al verse suspendido el proceso, la estrategia es reemplazada por los TLC (acuerdos bilaterales entre Estados Unidos y países latinoamericanos de manera individual), replicando y mejorando; el primero de ellos suscrito con México y puesto en marcha en 1994.

Esta *globalización* de la cual se han presentado sus orígenes y sustentos teóricos, responde a un proyecto político y se ha convertido en

<sup>34</sup> JAIME ESTAY R., “El actual (des)orden económico en los niveles hemisférico e internacional: conflictos en la negociación”, *OSAL*, año v, núm. 13, enero-abril de 2004, págs. 273-276.

<sup>35</sup> George Bush (padre), discurso pronunciado en la Casa Blanca el 27 de junio de 1990.

<sup>36</sup> JAIME ESTAY R., *op. cit.*, págs. 273-276.

<sup>37</sup> *Ibidem.*

un instrumento ideológico eficaz para la aplicación del *neoliberalismo*; es decir, para los procesos de valorización y acumulación del capital en la etapa de desarrollo que está viviendo el *capitalismo* en la actualidad. El proyecto, como ha quedado demostrado, consiste en construir una organización económica internacional en la que la libre circulación de mercancías y de capitales no encuentre el más mínimo obstáculo. Este último aspecto se analizó profusamente en la sección 2 del artículo.

Existen otras interpretaciones, frecuentes en la literatura sobre el tema, que terminan desempeñando un triste papel, bastante conveniente al modelo neoliberal, velando o encubriendo la naturaleza y propósitos de esta *globalización*. Por ejemplo, hay quienes perciben la *globalización* en todo tiempo y lugar y la asumen como “una ley universal del desarrollo social”, sustentando, entre otros aspectos, que “el surgimiento del habla” fue un proceso globalizante en la medida que amplió la comunicación entre los hombres<sup>38</sup>; o aquellos que como ALDO FERRER, desde la CEPAL, señalan que “no es un fenómeno reciente; tiene exactamente, una antigüedad de cinco siglos. (...) Bajo el liderazgo de las potencias atlánticas, España y Portugal, primero y, poco después, Gran Bretaña, Francia y Holanda, se formó entonces el primer sistema internacional de alcance planetario”<sup>39</sup>.

#### 4. EL CREDO NEOLIBERAL

Estas políticas de estabilización y de ajuste estructural de cuyas causas y propósitos se han ocupado las dos secciones anteriores, han estado acompañadas de una doctrina o credo denominado *neoliberal*, debido a que las ideas que se enarbolan provienen principalmente de una de las grandes corrientes del pensamiento liberal clásico, de los siglos XVIII y XIX, interpretadas y aplicadas en el contexto de las últimas décadas; un contexto completamente diferente, determinado por el predominio de los monopolios que controlan no solo el comercio, sino también la economía en general.

CONSUELO AHUMADA en su magnífico libro, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, registra la existencia de dos grandes corrientes en la tradición filosófica liberal:

<sup>38</sup> JESÚS MESA ORAMAS, ¿*Globalización?*?, México, Sociedad Havanatur, Corporación CIMEX, 2005.

<sup>39</sup> ALDO FERRER, “América Latina y la globalización”, *Revista de la CEPAL*, número extraordinario, 1998, pág. 155.

“La primera, proveniente de JOHN LOCKE y JOHN STUART MILL, defiende la preeminencia del individuo y sus derechos sobre cualquier otra entidad. La segunda, presente en los planteamientos de ROUSSEAU, pone el énfasis en la función que tiene el Estado de corregir la desigualdad social. La primera corriente ha sido la predominante”<sup>40</sup>.

El neoliberalismo ha interpretado el planteamiento de la primera corriente liberal, como la imperiosa necesidad de reducir el Estado al papel mínimo de “guardián”<sup>41</sup>, suprimiéndole principalmente sus funciones en el campo económico y social, negándole la posibilidad de cualquier acción redistributiva, hasta su desmantelamiento total. He ahí las políticas de estabilización encaminadas a lograr eficiencia del Estado frente a la inflación y el déficit fiscal.

El asunto de la no intervención del Estado y la supresión de su función redistributiva se sustenta contemporáneamente con tesis como la de LUDWIG VON MISES de la Escuela de Austria<sup>42</sup> sobre el papel positivo de la desigualdad:

“... la desigualdad social es necesaria para alcanzar el crecimiento económico y la eficiencia: «Los nuevos ricos son los precursores del progreso económico». La desigualdad en la riqueza y el ingreso es defendida entonces como uno de los rasgos esenciales de la economía de mercado: su función es suministrar incentivos al individuo para que obtenga lo mejor de sus habilidades y oportunidades, cualquiera que sean”<sup>43</sup>.

Estos planteamientos se sustentan incluso en los padres de la economía clásica: ADAM SMITH y DAVID RICARDO. El profesor peruano ÓSCAR

<sup>40</sup> CONSUELO AHUMADA BELTRÁN, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, op. cit., pág. 115.

<sup>41</sup> DIEGO ESCOBAR URIBE, “Raíces ideológicas del neoliberalismo”, *Revista Nueva Gaceta*, núm. 2, abril de 2001, pág. 70.

<sup>42</sup> Según CONSUELO AHUMADA, DIEGO ESCOBAR URIBE y ÓSCAR UGARTECHE, entre otros, las fuentes que hoy en día alimentan el pensamiento neoliberal provienen principalmente de la Escuela de Chicago, cuyos principales exponentes son MILTON y ROSE FRIEDMAN; la teoría de la elección pública, *public choice*, formulada principalmente por JAMES M. BUCHANAN; la Escuela de Austria, con FRIEDRICH A. HAYEK y LUDWIG VON MISES como principales voceros. CONSUELO AHUMADA en particular añade a la lista a los “minimalistas” o libertarios que con ROBERT NOZICK propugnan por la reducción del papel del Estado a su mínima expresión y a los anarco-libertarios como MURRAY ROTHBARD y DAVID FRIEDMAN que están por el desmantelamiento completo del Estado (CONSUELO AHUMADA BELTRÁN, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, op. cit., págs. 114-115; DIEGO ESCOBAR URIBE, op. cit., pág. 69; ÓSCAR UGARTECHE, op. cit., pág. 32).

<sup>43</sup> CONSUELO AHUMADA BELTRÁN, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, op. cit., pág. 117.

UGARTECHE así lo ha identificado, para lo cual cita un estudio realizado en la Universidad de Oxford:

“La teoría del comercio internacional pregonada por SMITH (1776), parte del principio de que la riqueza de un país no está en la reserva de oro y plata que tenga. La riqueza surge de la capacidad productiva general de la economía. Para lograr aumentar la riqueza nacional, el Estado no necesita intervenir en el mercado. Las ganancias productivas son mejor logradas por egoístas racionales, persiguiendo libremente sus intereses individuales. Así, los premios de productividad del mercado libre llegan a través del libre comercio”<sup>44</sup>.

Suprimiendo las funciones al Estado en el campo económico, lo que resulta es un escenario de desregulación en materia de legislación, el más adecuado en los procesos de internacionalización de la economía, léase *globalización*. Según el profesor DIEGO ESCOBAR URIBE de la Universidad de los Andes: “Para los pensadores de la Escuela Austríaca la competencia es el único mecanismo aceptable para regular la actividad económica”<sup>45</sup>. En el libro, *La ruta a la servidumbre*, escrito por FRIEDRICH A. HAYEK, citado por el profesor ESCOBAR, es evidente la visión *neoliberal* acerca de la desregulación, del desempleo y de los sindicatos de los trabajadores; argumentación que es enarbolada por los gobiernos contemporáneos en la mayor parte de los países latinoamericanos, cuando se trata de justificar las reformas laborales, es decir, el recorte a los derechos y garantías que los trabajadores habían alcanzado luego de más de cien años de movilización y de lucha:

“La extrema desesperanza de quienes, en una sociedad que ha crecido en rigidez, han quedado fuera de las filas de las ocupaciones protegidas, y de la magnitud de la sima que les separa del poseedor afortunado de un empleo donde la protección contra la competencia ha hecho innecesario moverse siquiera un poco para hacer sitio a quienes no lo tienen, solo pueden apreciarlas los que las han sufrido. No se trata de que los afortunados dejen sus plazas, sino simplemente de que participen en la común desgracia con alguna reducción de sus ingresos, o, como es frecuente, tan solo con algún sacrificio de sus perspectivas de mejora... Jamás ha existido una peor y más cruel explotación de una clase por otra, que la de los miembros más débiles a manos de los bien situados. Esto lo ha hecho posible la «regulación de la competencia». Pocas consignas han

<sup>44</sup> ÓSCAR UGARTECHE, *op. cit.*, págs. 26-27.

<sup>45</sup> DIEGO ESCOBAR URIBE, *op. cit.*, pág. 71.

causado tanto daño como la «estabilización» de unos precios (o jornales) en particular, que, asegurando los ingresos de algunas personas, hacen más y más precarias la posición de los restantes”<sup>46</sup>.

No solo se trata de desregularizar. En el mismo orden de ideas y citando al mismo autor, HAYEK, es evidente que la privatización de las empresas del Estado son un corolario del Estado no interventor, de la reducción del Estado o Estado “mínimo” como lo caracterizan algunos: la empresa privada puede bien competir en esferas que tradicionalmente han sido atendidas por el Estado como la seguridad social, pero esta no es obligatoria (que la tenga quien la pague).

Esta justificación a las políticas de privatización y de desregulación se apoya también, en gran medida, por la idea de que “el sector público es ineficiente *per se*, en tanto que el sector privado es exactamente lo contrario”<sup>47</sup>; lo cual se constituye en uno de los argumentos más promocionados dentro del credo *neoliberal*. El profesor UGARTECHE encuentra que en el discurso doctrinario *neoliberal*, el Estado ineficiente no debe sustituirse por ningún Estado; pero, además, esta discusión se hace aislada de la discusión sobre el déficit fiscal y la urgencia de reducir el gasto público, que es para los *neoliberales* el propósito principal. “La discusión política enmascara un problema económico real. Hubo la necesidad de reducir el Estado porque eran insostenibles los niveles de déficit fiscales existentes ante la falta de financiamiento externo e interno”<sup>48</sup>.

Las políticas de ajuste estructural encaminadas a generar cambios en la estructura económica de los países y en sus estrategias de desarrollo, con el énfasis puesto en la liberación de los mercados y en la privatización, por las razones y propósitos ya identificados en la sección anterior, se materializan hoy en día en América Latina en la propuesta del Área de Libre Comercio (ALCA) y en su defecto, ante la resistencia de algunos países, en los tratados de libre comercio (TLC). Estos planteamientos se fundamentan principalmente en las teorías económicas de ADAM SMITH, publicadas en su *An enquiry into the nature and causes of the wealth of nations* (1776) y en DAVID RICARDO, quien profundiza los argumentos de SMITH e introduce la noción de las ventajas comparativas para continuar abogando por el libre comercio en su *Principles of political economy and taxation* (1817); JOHN STUART MILL, ya mencionado, es el otro de los

<sup>46</sup> *Ibidem*, págs. 71-72.

<sup>47</sup> CONSUELO AHUMADA BELTRÁN, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, *op. cit.*, pág. 126.

<sup>48</sup> ÓSCAR UGARTECHE, *op. cit.*, pág. 20.

autores clásicos del pensamiento liberal utilizado con mucha frecuencia para sustentar el libre comercio.

La doctrina *neoliberal* se ha rebatido por la dramática realidad que se vive en América Latina. El tan anunciado progreso resultado del mecanismo del “libre mercado” que recompensa a los individuos y a las naciones de acuerdo con su contribución productiva, “generándose así una distribución naturalmente justa”, como lo plantea HAYEK<sup>49</sup>, no se ve por parte alguna. “La armonía y mutualidad de intereses, resultantes de las economías de mercado, en donde las dos partes, en ambos lados del intercambio, se benefician mutuamente”<sup>50</sup>, se ven contradichas por la enorme y creciente brecha que día a día separa a los países desarrollados de los países del tercer mundo.

La apertura económica que han implantado y desarrollado, principalmente desde los años noventa, en países como Colombia, justificada con el argumento de la competencia, es decir, que la eliminación de la protección es una manera óptima de hacer eficientes las empresas, que al exponerlas a la libre competencia mejoraban y se volvían eficientes, o que, en el caso de Colombia, entraba de lleno al “nuevo orden internacional” o perecía económicamente: ha fracasado, así lo indican las cifras. Solo dio como resultado: por un lado, la quiebra de la producción agropecuaria e industrial de los países latinoamericanos que la aplicaron a fondo (Colombia, Argentina, Ecuador, entre otros), y por ese camino el aumento dramático y significativo del desempleo y sus secuelas: la miseria, la pobreza generalizada, el hambre, la desnutrición, la mortalidad infantil; y, por el otro, la ganancia exorbitante para las empresas multinacionales y el fortalecimiento de las economías de los países de origen de dichas empresas multinacionales, como se evidenció en la sección anterior.

Otro resultado negativo, principalmente para la enorme población de los asalariados, ha sido la aplicación de los argumentos *neoliberales* a favor de la desigualdad, lo que se ha traducido en la defensa de la concentración del ingreso en pocas manos. CONSUELO AHUMADA señala al respecto:

“... entre las medidas prácticas que recomiendan sus propagadores está la abolición del impuesto a las grandes compañías, así como del impuesto progresivo. MILTON y ROSE FRIEDMAN sostienen que la exención tributaria a los sectores más ricos refuerza los mercados de capital, estimula el desarrollo de las empresas y promueve su efectiva competencia. (...)

<sup>49</sup> CONSUELO AHUMADA BELTRÁN, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, op. cit., pág. 118.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pág. 131.

”Tales planteamientos han servido de inspiración a las políticas neoliberales. Diversas reformas puestas en práctica en toda Latinoamérica, como la reforma laboral y las de salud y seguridad social, han representado enormes beneficios para los grandes conglomerados financieros, que han disfrutado de exenciones tributarias y de otros muchos incentivos”<sup>51</sup>.

A partir de la década de los noventa, con el argumento de la eficiencia se impuso en América Latina el desmantelamiento del Estado a través de la venta o privatización de las empresas estatales, principalmente las más estratégicas y rentables (telecomunicaciones, servicios públicos, sector financiero, sector energético, etc.), y como una respuesta a la crítica al modelo de industrialización por sustitución de importaciones (isi) jalónado desde la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). UGARTECHE, de manera coloquial, a propósito plantea: “... privatizar para ser eficiente es teóricamente tan lógico como decir: «Hay que poner el horno al sol para calentar el pan». Tal vez haya que enchufarlo”<sup>52</sup>. O en palabras de ESCOBAR, a propósito del afán privatizador que ha prevalecido en el Estado colombiano en los últimos tiempos que se caracteriza por “vender la casa para componer los muebles”. Y continúa para sustentar su crítica:

“En países como Colombia, donde el grado de desarrollo es aún incipiente, el Estado juega un papel de motor del desarrollo. En primera instancia porque, dado su poder económico, puede desarrollar proyectos de gran envergadura. Y en segundo lugar, porque al no tener como principio rector de su quehacer económico la ganancia, puede destinar recursos a sectores donde se desarrolleen las fuerzas productivas en interés de la nación como un todo”<sup>53</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Tres grandes consideraciones de carácter teórico se desprenden del análisis realizado: 1) La crisis contemporánea del capitalismo mundial y su respuesta en la forma de imposición y aplicación de las políticas de estabilización y ajuste estructural conocidas como el modelo *neoliberal*; 2) El discurso doctrinario o credo con el que se sustentan las medidas resultantes de la aplicación del modelo *neoliberal*, y 3) El papel ideológico que tiene la llamada *globalización*, enmascarando tanto la crisis del capitalismo, como al modelo *neoliberal* que se impone para contrarrestarla.

<sup>51</sup> *Ibidem*, págs. 120-121.

<sup>52</sup> ÓSCAR UGARTECHE, *op. cit.*, pág. 21.

<sup>53</sup> DIEGO ESCOBAR URIBE, *op. cit.*, pág. 75.

En primer lugar, es evidente que las políticas de estabilización y de ajuste estructural impuestas a los países latinoamericanos, forman parte de las estrategias de Estados Unidos hacia estos países y benefician primordialmente a la economía de este país en su conjunto y, en particular, a sus empresas multinacionales y a sus bancos. Estas políticas le han permitido enfrentar a sus duros rivales capitalistas en la más cruda guerra comercial por el mercado mundial y contrarrestar de esta manera, aunque temporalmente, la caída de sus tasas de ganancia, en desmedro de las economías e intereses nacionales de los países latinoamericanos.

En segundo lugar, tomando las palabras del padre CARLOS NOVOA, S. J., decano académico de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Javeriana y coordinador operativo del Grupo Interfacultades de la Universidad Javeriana para el Estudio sobre el Neoliberalismo:

“Se puede afirmar que el neoliberalismo no ha organizado una economía en torno a la producción de bienes y servicios, de carácter solidaria, creativa y participativa para todos, sino una economía para generar lucros y ganancias para unos pocos, para el gran capital, y una organización política en función de esa economía que algunos expertos llaman la «nueva derecha». Se trata de un movimiento que está generando altísimas tasas de pobreza, como lo constatan organismos muy serios a quienes no se puede calificar de extremoizquierdistas, faltos de seriedad o de rigor universitario, como la Comisión Económica para América Latina, CEPAL, o el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD”<sup>54</sup>.

En tercer lugar, la llamada *globalización* responde a un proyecto político orientado a construir una organización económica internacional, en la que la libre circulación de mercancías y de capitales no encuentre el más mínimo obstáculo; en otras palabras, la *globalización* se ha convertido en un instrumento ideológico eficaz para la aplicación del *neoliberalismo*, es decir, para los procesos de valorización y acumulación del capital en la etapa de desarrollo que está viviendo el capitalismo en la actualidad.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA BELTRÁN, CONSUELO: “La teoría marxista de la plusvalía absoluta”, en *Revista Nueva Gaceta*, núm. 8, abril-julio de 2004.

— *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Bogotá, El Ancora Editores, 1996.

<sup>54</sup> CARLOS NOVOA, S. J., “Estamos aquí convocados por un empeño ético, un asunto de solidaridad elemental”, *Revista Nueva Gaceta*, núm. 2, abril de 2001, págs. 78-79.

ARANGO, JUAN PABLO: “Estados Unidos: crisis y liderazgo”, en *Revista Deslinde*, Cedetrabajo, núm. 11, enero-marzo, 1992.

BUSH, GEORGE (padre), discurso pronunciado en la Casa Blanca el 27 de junio de 1990.

Business Week (16, dic., 1991).

DEL ARENAL, CELESTINO: *Introducción a las relaciones internacionales*, Madrid, Edit. Tecnos, 1994.

DOS SANTOS, TEHOTONIO: “Trucos del neoliberalismo”, en *Revista Foro*, núm. 19, diciembre de 1992.

ENGLADER, STEVEN y GURNEY, ANDREW: “Medium term determinants of OECD productivity”, *OECD Economic Studies*, núm. 22, 1994.

ESCOBAR URIBE, DIEGO: “Raíces ideológicas del neoliberalismo”, *Revista Nueva Gaceta*, núm. 2, abril de 2001.

ESTAY R., JAIME: “El actual (des)orden económico en los niveles hemisférico e internacional: conflictos en la negociación”, *OSAL*, publicación del Observatorio Social de América Latina, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), año v, núm. 13, enero-abril de 2004.

FERRER, ALDO: “América Latina y la globalización”, en *Revista de la CEPAL*, número extraordinario, 1998.

Internacional Report (nov., 1991).

MARX, CARLOS: *El capital*, ts. I y III, La Habana, Edit. de Ciencias Sociales, 1980.

MEIKSINS WOOD, ELLEN: “Trabajo, clase y Estado en el capitalismo global”, *OSAL*, publicación del Observatorio Social de América Latina, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), junio de 2000.

MESA ORAMAS, JESÚS: *¿Globalización?*, México, Sociedad Havanatur, 2005.

MONTES, PEDRO: “Globalización y derechos humanos”, en *Revista Nueva Gaceta*, núm. 2, abril de 2001.

NOVOA, S. J., CARLOS: “Estamos aquí convocados por un empeño ético, un asunto de solidaridad elemental”, en *Revista Nueva Gaceta*, núm. 2, abril de 2001.

*Revista Nueva Gaceta*, núm. 2, abril de 2001.

RAMÍREZ MORENO, NÉSTOR RAÚL; BOCALEGRA ACOSTA, HENRY y MORENO SALAMANCA, MARÍA CAROLINA: “Impactos e incidencias de la internacionalización de la economía en el ámbito colombiano: elementos para un debate”, en *Revista Republicana*, publicación del Centro de

Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana, núms. 2-3, enero-diciembre, 2007, págs. 35-52.

STALLINGS, BÁRBARA: “La influencia internacional en las políticas económicas: deuda, estabilización y reforma estructural”, en STEPHAN HAGGARD y ROBERT KAUFMAN (comps.), *La política de ajuste económico: las restricciones internacionales, los conflictos distributivos y el Estado*, Bogotá, CEREC, 1994.

UGARTECHE, ÓSCAR: *Falso dilema: América Latina en la economía global*, Caracas, Nueva Sociedad, 1997.



## CAPÍTULO SEGUNDO

# LA GLOBALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL: EL ACCIDENTADO CAMINO HASTA ROMA<sup>\*</sup>

EDUARDO MATYAS CAMARGO<sup>\*\*</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

La *globalización*<sup>1</sup> es un proceso fundamentalmente económico que consiste en la creciente integración de las distintas economías nacionales en una única economía de mercado mundial, producto del capitalismo en permanente desarrollo.

Así mismo, es un proceso autónomo y espontáneo, ajeno a la dirección de organismos públicos (OMC, FMI y BM<sup>2</sup>), que depende más bien del crecimiento económico, el avance tecnológico y la conectividad humana a través de los medios de transporte y telecomunicaciones. Sin embargo, el mercado “mundial” como proceso económico remonta su origen a las más antiguas civilizaciones, como la fenicia, la persa, la china, entre otras, que ya comercializaban con otros pueblos, dentro de los límites geográficos y tecnológicos conocidos en ese entonces.

\*Este artículo es producto de la investigación sobre derechos fundamentales, línea de investigación de derecho y ciencias políticas, perteneciente al Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana, registrado en Colciencias.

\*\* Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, con especialización en derecho constitucional en la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Investigador de la Corporación Universitaria Republicana.

<sup>1</sup> Ciertos autores consideran más adecuado en español el término *mundialización*, galicismo derivado de la palabra francesa *mondialisation*, en lugar de *globalización*, anglicismo procedente del inglés *globalization*, puesto que en español “global” no equivale a “mundial”, como sí ocurre en inglés. Sin embargo, el Diccionario de la Real Academia Española registra la entrada “globalización”, entendida como la “tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales” (DRAE, 2006, 23<sup>a</sup> edición); mientras que la entrada “mundialización” no está en el diccionario, aunque están planeando incluirla.

<sup>2</sup> Organización Mundial del Comercio (OMC); el Fondo Monetario Internacional (FMI); el Banco Mundial (BM).

Es discutible extender la globalización con dimensiones *extraeconómicas* o *extratecnológicas*; si se trata de abarcar cuestiones sociales mundiales como la cultura, la migración, la calidad de vida, se usa el término “aldea global”. Al extenderse al plano político, se habla de *globalismo*, entendida como la “tendencia a la colaboración entre todos los países del mundo y a la creación de un gobierno mundial”<sup>3</sup>, que en los tiempos presentes se concreta a través del refuerzo de las Naciones Unidas (ONU), y la renuncia parcial de las atribuciones de los Estados (soberanía limitada), en beneficio de una autoridad central universal, lo que por ahora constituye una utopía, cuya realización, al menos también ahora, resulta discutible.

La internacionalización del derecho no resulta tan antigua como el comercio, pero es muy anterior a la reciente globalización, y tiene como antecedentes los primeros pactos internacionales sobre comercio y relaciones internacionales, en la Edad Media. En la Antigüedad, durante los diferentes imperios, regía en todo el territorio dominado el derecho de la metrópoli, la cual vivía generalmente en guerra con otros imperios por su expansión, imponiendo su derecho en los territorios conquistados, por lo que no puede decirse que ello constituyera un derecho internacional.

A partir de la conquista de América por las potencias europeas, las vocaciones expansivas de estos países dieron lugar a una serie de imperios con enormes flujos de comercio. Durante ese período, se estructuró el mercantilismo como teoría política y económica que regía las relaciones tanto entre los imperios como los de las metrópolis hacia las colonias, que presuponía la competición por una cantidad limitada de riqueza, que conllevaba a un control estricto del comercio. Esto ocasionó rivalidades y tensiones entre las potencias coloniales, de donde nació la necesidad de buscar arreglos entre ellas. En este contexto, en 1494 se pacta entre España y Portugal el Tratado de Tordesillas<sup>4</sup>, el primer tratado internacional de la historia mediante el cual se reparten el mundo a ser conquistado.

Otro asunto que propició el desarrollo del derecho internacional, fue la necesidad de establecer acuerdos de paz entre los nacientes Estados

<sup>3</sup> MANUEL SECO, OLIMPIA ANDRÉS y GABINO RAMOS, *Diccionario del español actual*, Madrid, Aguilar, 1999, pág. 2343.

<sup>4</sup> Se conoce como *Tratado de Tordesillas* al compromiso suscrito en Tordesillas (actualmente en la provincia de Valladolid, en el noroeste de España) el 7 de junio de 1494 entre Isabel y Fernando, reyes de Castilla y Aragón, y Juan II rey de Portugal, en virtud del cual se establecían un reparto de las zonas de conquista y anexión del nuevo mundo mediante una línea divisoria del océano Atlántico y de los territorios adyacentes.

nacionales en la Europa del Medievo. Uno de esos primeros acuerdos es el conocido como el de la *Paz de Westfalia*, referido a los tratados de paz de Osnabrück y Münster, firmados el 15 de mayo y el 24 de octubre de 1648, respectivamente; este último en la Sala de la Paz del ayuntamiento de Münster, en la región histórica de Westfalia. Mediante estos tratados se finalizó las *Guerra de los Treinta Años* en Alemania y la *Guerra de los Ochenta Años* entre España y los Países Bajos. En estos tratados participaron el emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, Fernando III (Habsburgo), los reinos de España, Francia y Suecia, provincias unidas y sus respectivos aliados entre los príncipes del Sacro Imperio Romano.

La *Paz de Westfalia* dio lugar al primer congreso diplomático moderno, dando inicio a un nuevo orden en el centro de Europa basado en el concepto de soberanía nacional. Hasta 1806, sus reglamentos pasaron a formar parte de las leyes constitucionales del Sacro Imperio Romano.

Por el contrario, en materia penal los Estados nacionales han invocado el concepto de soberanía nacional<sup>5</sup> para juzgar a sus nacionales (y nacionales de otros Estados), y por violación no solo a sus normas internas, sino incluso por crímenes internacionales o en otros Estados. Mientras el derecho sobre comercio y reconocimiento de la soberanía de los Estados (incluso de normas sobre la prohibición de crímenes de guerra), tuvieron un amplio desarrollo en los siglos XIX y XX; solo al final de este último siglo se pudo consolidar (a pesar de la oposición de los Estados Unidos, China y otras potencias) una corte penal internacional de carácter permanente, la Corte Penal Internacional (CPI).

A través de los siglos, los Estados han sido reacios a ceder que sus ciudadanos sean juzgados por los crímenes cometidos en su territorio, y solo han aceptado que sus nacionales sean juzgados en otros países cuando los delitos se han cometido en el territorio extranjero por infracciones contra las normas internas de dichos Estados. Para ese efecto, tuvieron un amplio desarrollo los tratados internacionales sobre la extradición, bilaterales y multilaterales<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> La “soberanía nacional” es un concepto ideológico surgido de la teoría política liberal, que puede remontarse a LOCKE y MONTESQUIEU (finales del siglo XVII en Inglaterra, siglo XVIII en Francia). Hace pertenecer la soberanía a la nación, una entidad abstracta y única, vinculada normalmente a un espacio físico (*la terra patria* o patria), a la que pertenecen tanto los ciudadanos presentes, como los pasados y futuros, y se define como superior a los individuos que la componen.

<sup>6</sup> Respecto a tratados multilaterales pueden citarse la “Convención sobre Extradición”, suscrita el 26 de diciembre de 1933, en Montevideo; el Acuerdo Bolivariano sobre

Los Estados han reivindicado el exclusivo derecho a juzgar (o a no juzgar) a sus nacionales por los delitos cometidos en su territorio, así sean contra otros Estados o contra la paz internacional. Incluso, países como los Estados Unidos, reivindican un supuesto derecho a juzgar a los nacionales de otros Estados bajo las leyes norteamericanas, por delitos cometidos en el extranjero, lo que constituye todo lo contrario a la internacionalización del derecho penal a cambio de imponer el derecho nacional como derecho imperial, al que serían sometidos los ciudadanos de cualquier país del mundo que el imperio considere ha atacado sus intereses nacionales, su seguridad o la de sus ciudadanos. Es la pretensión, ampulosa, de consolidar instituciones jurídicas imperiales en detrimento de la soberanía de los demás países del mundo y del derecho internacional.

## 2. LA JURISDICCIÓN PENAL PREMODERNA

Lo que constituye la república de Colombia, y buena parte de América, formó parte del imperio español. El derecho imperante para entonces era el derecho penal español, poco desarrollado desde el punto de vista de las garantías y principios generales que hoy configuran el derecho penal, como el de legalidad, irretroactividad, juez natural, entre otras instituciones surgidas durante La Ilustración.

La conquista de América fue concomitante con las Cruzadas, cuando los “juicios penales” se desarrollaban conforme a los llamados los “juicios de Dios”<sup>7</sup> u ordalías<sup>8</sup>, sobre todo en los juicios por brujería y otros delitos perseguidos por la inquisición. El tratadista JUAN ANTONIO DEVAL compendia en pocas palabras el panorama del derecho penal premoderno existente antes de La Ilustración:

---

Extradición, suscrito el 18 de julio de 1911, ambos aprobados para Colombia mediante las leyes 14 de 1935 y 26 de 1913, respectivamente. Algunos tratados bilaterales en materia de extradición son tan antiguos, como la “Convención de Extradición de Reos entre Colombia y el Reino de España”, suscrito en Bogotá el 23 de julio de 1892.

<sup>7</sup> En la Edad Media, la prueba a la que se sometía a los acusados de algún crimen, basada en la creencia de que solo si el acusado era inocente, la superaría gracias a la ayuda de Dios. El acusado era obligado a ingerir alimentos envenenados, sujetar hierros al rojo vivo, caminar sobre arados o sobrevivir pese a ser arrojado maniatado a un río o estanque, si sobrevivía la prueba sin sufrir daños se declaraba inocente y era liberado.

<sup>8</sup> Como “ordalías” eran también conocidos los «juicios de Dios» a aquellas pruebas que, especialmente en la Edad Media occidental, se hacían a los acusados para probar su inocencia. El origen de las ordalías se pierde en la noche de los tiempos, y era corriente en los pueblos primitivos, pero fue en la Edad Media cuando tomó importancia en nuestra civilización.

“El rey, soberano de derecho divino, ejerce esa justicia sobre sus súbditos de un modo implacable y delega en los jueces el derecho de juzgar que Dios le ha concedido. Pero no existen leyes fijas y determinadas para castigar los delitos, y a menudo se castiga sin que exista siquiera ley. La lista de crímenes es incierta y la acusación se deja en manos del juez, que obra de acuerdo con su conciencia; la ley no proporciona a los acusados ninguna garantía ni protección. Los delitos, imputados de esta forma arbitraria, se castigan con penas terribles. Entre las menos graves estaba la confiscación total o parcial de bienes (empleada a menudo cuando el soberano se encontraba en dificultad económica), el destierro, el látigo, la infamia, etc. La prisión no se consideraba a menudo como una pena, lo cual no quiere decir que no fuera de uso frecuente. Las prisiones eran abundantes y en ellas se hacinaban los acusados pendientes de juicio, los deudores insolventes, los locos, los condenados que esperaban la ejecución de la sentencia, etc. La detención tenía una duración indeterminada y arbitraria, y a menudo algunos detenidos consumían su vida esperando salir de la prisión sin que se les diera ninguna precisión sobre su suerte.

“La pena de galeras fue frecuente durante largo tiempo (...). Las mutilaciones fueron usuales en determinadas épocas: se cortaba al reo la mano, la nariz, las orejas, la lengua, etc., pero en el siglo XVIII comenzaron a caer en desuso. La pena de muerte se aplicaba incluso a los delitos que hoy se condenarían con varios meses o semanas de reclusión. En Inglaterra, durante algunas épocas, todo robo, por pequeño que fuera, se pagaba con la vida.

“En los crímenes ordinarios se condenaba a la horca a los plebeyos y a la decapitación a los nobles, pero para crímenes como el parricidio, envenenamientos, incendios y delitos contra natura, se quemaba vivo al delincuente, o se le enterraba vivo, se le cortaba en trozos, o se le cocía en aceite. En los delitos contra la religión las penas eran más rigurosas aún. La variedad de muertes era infinita y solo comparable con las torturas que precedían a la ejecución de la condena.

“La tortura era de dos tipos, la «ordinaria», destinada a obtener la confesión del crimen, y la «extraordinaria», que se administraba antes de la ejecución de la pena capital con el fin de que el reo denunciara a sus cómplices”<sup>9</sup>.

El *Siglo de las Luces* trajo con BECCARIA, VOLTAIRE y otros pensadores humanistas, un gran desarrollo de la doctrina jurídica, que llevaría

<sup>9</sup> JUAN MANUEL DEVAL, Introducción a *De los delitos y de las penas*, de CESARE BECCARIA, Barcelona, Edic. Altaya, 1994, págs. 9-10.

poco a poco a la expedición de normas penales garantistas, erigidas sobre principios de legalidad de las penas, juez natural e independiente, irretroactividad de la ley penal y aplicación de la ley más favorable, sometimiento a normas procesales, prohibición de la tortura como método de investigación y pena, y otras garantías que constituyen las bases de un derecho democrático como se conoce hoy.

Hasta esta época, no podría pensarse en el surgimiento de un derecho penal internacional, o una jurisdicción penal internacional; no estaban dadas las bases objetivas, ya que ni siquiera existía un derecho penal regulado dentro de cada Estado, la mayoría de los cuales se hallaban aun en construcción, en transformación de los Estados feudales absolutos a monarquías constitucionales y a repúblicas, con la división de poderes clásica en tres ramas: el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial, independientes.

Con la instauración de las repúblicas democrático-liberales en los siglos XIX y XX<sup>10</sup> se consolidó el derecho penal como una disciplina reglada y sometida a principios de legalidad (leyes preexistentes) y respeto del debido proceso. Con la consolidación de Estados independientes se reafuerza el concepto de soberanía y, por ende, de un derecho penal autárquico, reclamando la doctrina la adecuación del derecho penal a las condiciones objetivas e idiosincrasia de cada pueblo.

Las primeras instituciones y pactos en materia penal con incidencia internacional, no son precisamente con el propósito de crear una jurisdicción internacional, sino por el contrario, reforzando la soberanía de los Estados en la protección de delincuentes, al principio de derecho común, después de carácter político, o para juzgar a sus nacionales o a quienes hayan cometido crímenes en su contra a través de la extradición.

### 3. PRIMERAS INSTITUCIONES DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Las primeras instituciones de derecho penal con incidencia internacional, no son precisamente consagrando la jurisdicción penal internacional; por el contrario, son instituciones que buscaban preservar al individuo de la persecución política y penal de los gobiernos, que los ponía fuera del alcance de sus perseguidores, generalmente gobiernos tiránicos, de reyes y emperadores de la Antigüedad, de la Edad Media y de la Edad Moderna, hasta los dictadores civiles y militares de nuestros días.

<sup>10</sup> Sin olvidar que Estados Unidos y Francia fueron los primeros países en que se instauró la república a través de la revolución democrática burguesa.

### A) *El derecho de asilo*

Esa primera institución con incidencia internacional correspondió al derecho de asilo, que es tan antiguo que sobre él se puede afirmar que *ya ha caído el polvo de los siglos*. Su origen se remonta a la prehistoria y se pierde en la noche de la antigüedad, pero se puede afirmar, siguiendo al profesor EDUARDO LUQUE ÁNGEL, que “su derrotero ha venido desarrollándose paralelamente a las persecuciones, al idealismo, al crimen, a la angustia y a la tragedia humana”<sup>11</sup>.

La etimología de su palabra nos indica que se trata de un *lugar privilegiado, de refugio para los delincuentes*<sup>12</sup>, pues procede del latín “asylum”, que a su vez deriva del griego “ásylom”, que significa “sitio inviolable”. ÉMILE MAXIMILIEN PAUL LITTRÉ<sup>13</sup>, refiere respecto al asilo que es “lo que no puede ser tomado, lo que es inviolable, un lugar del que nadie puede ser sacado a la fuerza”.

En la Antigüedad, refiere la Biblia en Josué, que Yahveh señaló a los israelitas la creación de ciudades de asilo, en las que se podía refugiar el homicida hasta la muerte del sumo sacerdote, evadiendo así al vengador de sangre:

1. “Yahveh dijo a Josué: «Habla a los israelitas y diles: Señalaos las ciudades de asilo de las que os hablé por medio de Moisés,

2. A las que pueda huir el homicida que haya matado a alguien por inadvertencia (sin querer), y que le sirvan de asilo contra el vengador de la sangre.

3. ”»El homicida huirá a una de estas ciudades: se detendrá a la entrada de la puerta de la ciudad y expondrá su caso a los ancianos de la ciudad. Estos le admitirán en su ciudad y le señalarán una casa para que habite con ellos.

4. ”»Si el vengador de la sangre le persigue, no le entregarán al homicida en su manos, pues ha herido a su prójimo sin querer, y no le tenía odio anteriormente.

5. ”»El homicida habrá de permanecer en la ciudad, hasta que comparezca en juicio ante la comunidad, hasta la muerte del Sumo Sacerdote

<sup>11</sup> EDUARDO LUQUE ÁNGEL, *El derecho de asilo*, Bogotá, Pontificia Universidad Católica Javeriana, 1959, pág. 23.

<sup>12</sup> *Diccionario Encyclopédico Espasa*, t. 1, Madrid, Espasa Calpe, 1992, pág. 1166.

<sup>13</sup> (París, 1º de febrero de 1801 - París, 2 de junio de 1881) fue un lexicógrafo y filósofo francés, famoso por su Diccionario de la lengua francesa, más conocido como el Littré.

que esté en funciones por aquel tiempo. Entonces el homicida podrá volver a su ciudad y a su casa, a la ciudad de la que huyó».

6. ”Consagraron: Quedes en Galilea, en la montaña de Neftalí, Siquem en la montaña de Efraím, Quiryat Arbá, o sea Hebrón, en la montaña de Judá.

7. ”En Transjordania, al oriente de Jericó, se designó Béser, de la tribu de Rubén, en el desierto, en el llano; Ramot en Galaad, de la tribu de Gad, y Golán en Basán, de la tribu de Manasés.

8. ”Estas son las ciudades designadas para todos los israelitas, así como para el forastero residente entre ellos, para que pueda refugiarse en ellas cualquiera que haya matado a alguien por inadvertencia, y no muera a manos del vengador de la sangre, hasta que comparezca ante la comunidad”<sup>14</sup>.

Esta modalidad de asilo en territorio extranjero tuvo su evolución en América Latina del siglo XIX, donde los perseguidos, unas veces los partidarios de la libertad y el pensamiento agnóstico libre, u otras veces, las menos, contra los partidarios del principio de autoridad, el orden y la religión, no hallando otra manera de librarse de la represión y ante la imposibilidad, al parecer por las distancias y falta de caminos y medios para asilarse en el extranjero, optaron por buscar refugio en las misiones diplomáticas extranjeras como medio de protegerse del gobierno que perseguía a los opositores o revolucionarios, dado origen al asilo diplomático, amparados en la inviolabilidad de la legación extranjera.

Esto dio origen al asilo diplomático como institución típicamente americana, lo que llevó al tratadista colombiano JESÚS MARÍA YEPES a pensar que “el asilo en general y la institución americana del asilo, son entidades jurídicas e históricas diferentes, y, por ende, no son comparables entre sí”<sup>15</sup>.

A la postre esta adaptación de la vieja institución utilizada por los pueblos antiguos, conllevó a un desarrollo del derecho de asilo, ya que, “aunque en Europa no tenía antecedentes inmediatos, se utilizó masivamente por decenas de miles de casos durante la guerra de España, en que los opositores de la República, en Madrid, acudieron a este refugio frente a la represión inicial de los republicanos tras el alzamiento o rebelión militar. Contra toda equidad, triunfantes los rebelados, negaron

<sup>14</sup> Biblia, Josué 20, en <http://www.iglesia.net/biblia/libros/josue.html#cap20>

<sup>15</sup> JESÚS MARÍA YEPES, “El derecho de asilo”, *Universitas* 15, Bogotá, Pontificia Universidad Católica Javeriana, 1958, pág. 5.

luego los nacionalistas del generalísimo Francisco Franco, desde abril de 1939, trato igual para los republicanos que trataban de sobrevivir así a la más implacable y prolongada de las represiones hasta ahora conocidas. Ello suscitó distintos conflictos con las representaciones diplomáticas”<sup>16</sup>.

Reconociendo la nueva situación planteada que hace del derecho de asilo *una institución humanitaria siempre antigua y siempre nueva*, el *Institut de Droit International*, en su sesión de 1948 en Bruselas, al definir el derecho de asilo expresó que este “constituye la protección que un Estado otorga a un individuo que huyendo de persecuciones injustas busca refugio en su territorio o en un lugar sometido a su autoridad fuera de su territorio”<sup>17</sup>.

En la anterior definición quedaron comprendidos el llamado “asilo diplomático”, cuando el perseguido se refugia en las embajadas o legaciones extranjeras, y el “asilo territorial”, donde el perseguido busca protección en un país extranjero, de donde no puede ser traído o expulsado para ser juzgado. El asilo diplomático es generalmente la primera etapa de un asilo territorial.

Por otra parte, la institución del asilo en América Latina que se remonta a las primeras décadas del siglo XIX y las primeras contiendas en nuestro continente, tuvo un desarrollo dirigido a la protección de los contendores políticos perseguidos por el poder imperante, dando origen y configurando claramente el delito político, lo que conlleva otra de las diferencias con la antigua institución que protegía de la venganza a los asilados por delitos de derecho común y crímenes de sangre.

El asilo político —lo define CABANELAS en su diccionario jurídico— es la “protección que un Estado concede a los acusados, condenados o perseguidos por delitos políticos, no permitiendo su extradición”<sup>18</sup>. Es, precisamente, la naturaleza política la principal característica de la concepción americana del derecho de asilo, consagrada desde los inicios de la independencia americana en los siguientes términos:

“Tienen derecho a invocar el asilo todos los perseguidos políticos sin discriminación alguna en cuanto a sexo, edad, profesión, creencias religiosas, nacionalidad o raza. Las misiones diplomáticas pueden recibir asilados en las mismas circunstancias”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> GUILLERMO CABANELAS, *Diccionario encyclopédico de derecho usual*, t. I, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1984, pág. 389.

<sup>17</sup> EDUARDO LUQUE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 25.

<sup>18</sup> GUILLERMO CABANELAS, *op. cit.*, pág. 389.

<sup>19</sup> EDUARDO LUQUE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 27.

El asilo diplomático latinoamericano como institución jurídica consuetudinaria tiene tres reglas sin las cuales esta institución no funcionaría:

1. Se concede asilo a todos los perseguidos políticos sin otra consideración.

2. La calificación de delincuente político le corresponde hacerla al Estado asilante, y

3. El Estado del origen del asilado tiene la obligación de otorgar las garantías necesarias para que el asilado pueda salir libremente del país.

Algunos consideran el asilo diplomático como contrario al principio de no intervención, por considerar la calificación de la delincuencia del asilado hecha unilateralmente, como una indebida intromisión del Estado asilante en los derechos de soberanía que son propios del Estado territorial.

“Al calificar el Estado asilante la delincuencia del asilado —expresa el tratadista YEPES—, no hace otra cosa que cumplir una norma obligatoria del derecho consuetudinario. No viola por ello derechos de nadie. No trata de imponer por la violencia o la amenaza de la violencia una actitud determinada a otro Estado. Simplemente ejercita su propio derecho. Mientras que «intervenir» es desconocer un derecho ajeno y atentar contra la soberanía de otro Estado. Nada de esto ocurre ni puede ocurrir en el asilo acordado por una misión diplomática a un perseguido político”<sup>20</sup>.

El derecho de asilo para los perseguidos fue posteriormente recogido en diversos instrumentos internacionales, incluyendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por los pueblos del mundo en la Asamblea General de la naciente ONU en 1948, incluido en el artículo 14: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”<sup>21</sup>.

### B) *La extradición*

Otro de los instrumentos jurídicos internacionales de derecho penal, que refuerza la soberanía de los Estados, en contra de la jurisdicción internacional, es la institución de la extradición, sobre la cual existen instrumentos centenarios, bilaterales y multilaterales.

CABANELLAS define la institución de la extradición, como la “entrega que un país hace a otro, cuando este así lo reclama, del acusado de ciertos delitos para ser juzgado donde se suponen cometidos”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> JESÚS MARÍA YEPES, *op. cit.*

<sup>21</sup> LUIS EDUARDO GÓMEZ HERNÁNDEZ, *Derechos humanos: instrumentos internacionales vigentes en Colombia*, Personería de Santafé de Bogotá, 1998, pág. 19.

<sup>22</sup> GUILLERMO CABANELLAS, *op. cit.*, pág. 654.

Por su parte, el tratadista CARLOS CALVO, en la obra ya clásica (1868) de “derecho internacional”, retoma la definición de FOELIX diciendo que “es el acto por el cual un gobierno entrega un individuo perseguido por un crimen o delito, a otro que lo reclama, a fin de juzgarle y castigarle por haberlo perpetrado”. Seguidamente este autor resalta cómo esta institución se halla sometida a los límites de la jurisdicción y, por ende, de la soberanía de los Estados en su otorgamiento, lo cual abre la posibilidad a la impunidad. Al respecto, anota el mencionado publicista: “El poder de los Estados sobre sus súbditos esta naturalmente limitado a la extensión de su territorio jurisdiccional. Si un crimen se comete dentro de él, y su autor o autores se refugian en el de otro Estado, el delito quedará impune si no logra el ofendido la extradición de los criminales”<sup>23</sup>.

Por regla general, el individuo cuya extradición haya sido concedida, solo podrá ser perseguido y juzgado por el delito en cuya virtud se obtuvo. Es principio generalmente recogido en los tratados de extradición: que esta procede únicamente por delitos comunes, nunca por los llamados delitos políticos; y procede igualmente en forma obligatoria o facultativa solo cuando existen tratados recíprocos, ya que si no existen, esta podría concederse a través de normas internas (Código de Procedimiento Penal, equivalentes, o normas reglamentarias), fundadas en las reglas de la cortesía internacional<sup>24</sup>.

Algunos de estos tratados son tan remotos como los tratados de extradición celebrados por Inglaterra con Dinamarca en 1661, y con los Países Bajos en 1662.

En América, la Convención de Extradición de Reos entre Colombia y el Reino de España, suscrita en Bogotá el 23 de julio de 1892. Entre los tratados multilaterales podemos citar el Acuerdo Bolivariano sobre Extradición<sup>25</sup>, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, y la Convención Interamericana de Extradición, firmada el 26 de diciembre de 1933 en Montevideo<sup>26</sup>, ambos aprobados para Colombia mediante las leyes 26 de 1913 y 74 de 1935, respectivamente. En el primero de los acuerdos se reconoce la institución de asilo en los siguientes términos: “Fuera de las

<sup>23</sup> CARLOS CALVO, *Derecho internacional, teórico y práctico de Europa y América*, t. 1, París, 1868, pág. 314.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 315.

<sup>25</sup> Suscritos entre Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela.

<sup>26</sup> A este tratado adhirieron: Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana. Véanse Documentos de la extradición, Cali, Universidad Santiago de Cali, 1988, pág. 167.

estipulaciones del presente acuerdo, los Estados signatarios reconocen la institución de asilo, conforme a los principios del derecho internacional”<sup>27</sup>.

En forma similar, ya el Tratado de Derecho Penal Internacional, suscrito en Montevideo el 23 de enero de 1889<sup>28</sup>, consagraba en el título II un acápite sobre el derecho de asilo, donde se estipula que “ningún delincuente asilado en el territorio de un Estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición”<sup>29</sup>.

Como se ve, estas dos instituciones, el asilo y la extradición, no han constituido a través de la historia instrumentos idóneos para el juzgamiento de los autores de los crímenes más horrendos que ofenden a la humanidad. El desarrollo de una jurisdicción penal internacional hubo de desarrollarse por otros caminos en lucha con el celo de una supuesta defensa de las soberanías y las jurisdicciones nacionales, enarboladas con mayor fuerza por los mayores represores y criminales de guerra.

#### **4. MOVIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

##### *A) Primera Declaración: la de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*

El actual desarrollo de los derechos humanos tuvo, si no su origen, su mayor impulso y universalización en esa sorprendente revolución cultural que constituyó el período histórico conocido como *La Ilustración* o *El Siglo de las Luces*, en la que los pensadores sostenían que la razón humana podía combatir la ignorancia, la superstición, la tiranía, y construir un mundo mejor, un nuevo renacimiento antropocéntrico en el que todo girara en torno al ser humano.

Los líderes intelectuales de este movimiento se consideraban a sí mismos como la élite de la sociedad, cuyo principal propósito era liderar al mundo hacia el progreso, sacándolo del largo período de tradiciones, irracionalidad y tiranías (período que ellos creían iniciado durante la llamada Edad Oscura). Este movimiento trajo consigo el marco intelectual en el que se producirían trascendentales eventos históricos como la guerra

<sup>27</sup> LUIS CARLOS PÉREZ, ARMANDO HOLGUÍN SARRIA y ÁLVARO HOLGUÍN SARRIA, *Dокументos de la extradición*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 1988.

<sup>28</sup> Ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

<sup>29</sup> EDUARDO LUQUE ANGEL, *op. cit.*, pág. 84.

de la independencia de los Estados Unidos y la revolución francesa, así como el auge del capitalismo y el nacimiento del movimiento socialista<sup>30</sup>.

Al inicio de la Revolución francesa, el 26 de agosto de 1789, se aprueba por la Asamblea Nacional Francesa la *Declaration des Droits de l'homme et du Citoyen*, en la cual se proclamaba la universalidad del reconocimiento de un núcleo básico de derechos para todos los hombres, *como ideal de la humanidad*. Ciento cincuenta años después, dicha universalidad se invocó nuevamente en el texto de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada en San Francisco (Estados Unidos), por los países reunidos en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el 10 de diciembre de 1948.

El sendero de los derechos humanos, paralelo al derecho penal, es la guía que ha redimensionado la lucha contra la impunidad que ha acompañado la violación de los derechos humanos, los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Estos movimientos y tratados han sensibilizado a la humanidad para crear los instrumentos jurídicos internacionales que desembocaron al final del siglo xx en la Corte Penal Internacional.

Ya en la Declaración de 1789, en su artículo 7º, se reclamaba justicia para todos los que cometieran arbitrariedades: “Todo aquel que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado”<sup>31</sup>.

En esta misma Declaración se da un impulso importante a los principios de presunción de inocencia y de legalidad, desarrollado por CESARE BECCARIA en su obra fundamental *De los delitos y las penas*, cuya primera edición data de 1764 en Milán, actual Italia. Estos principios quedaron consagrados en la Declaración de 1789 en los siguientes términos:

“Art. 8º. La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada”.

“Art. 9º. Todo hombre ha de ser tenido por inocente hasta que haya sido declarado culpable”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> [www.http://es.wikipedia.org](http://es.wikipedia.org)

<sup>31</sup> CLAUDIO ROLLE, *La Revolución Francesa en sus documentos*, Hachette, Edic. Universidad Católica de Chile, 1990, pág. 64.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

### B) Otras declaraciones y tratados

La consagración del derecho a la justicia se recogió posteriormente en los subsiguientes pactos, convecciones o tratados<sup>33</sup> de los derechos humanos, desde la misma Declaración Universal de Derechos Humanos, que consagra el derecho a la justicia en el artículo 8º, previsión que tuvo desarrollo en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU.

El Pacto Internacional fue pionero en el ámbito de la protección de los derechos de los ciudadanos frente a los Estados, sentando la base jurídica-dogmática de la responsabilidad de este ente político en la violación de los derechos humanos; precepto que ha permanecido incólume a pesar de la distorsión de las autoridades (y sus acólitos) de querer hacer extensiva la responsabilidad de la violación de los derechos humanos a los particulares, pretendiendo con ello hacer extensiva dicha responsabilidad a los grupos de oposición, y presentar las violaciones de los derechos humanos por funcionarios del Estado (únicas posibles), como acciones contra el terrorismo (y últimamente contra el narcotráfico) y, por ende, “legítimas”.

La invocación a la justicia forma parte del *Preámbulo*<sup>34</sup> del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, quedando claramente establecida en el artículo 2º la exclusiva responsabilidad del Estado por las

<sup>33</sup> “La definición aceptada de tratado internacional enfatiza que los elementos fundamentales de esa figura son de orden sustantivo: que se trate de un acuerdo entre Estados y que esté regido por el derecho internacional. Con excepción de la forma escrita, los criterios formales (denominación, procedimiento de conclusión, instrumento(s) en el(los) que se plasma(n), etc.), son irrelevantes, lo cual explica la diversidad de nombres que reciben los tratados: convenio, convención, acuerdo, canje, arreglo, protocolo, concordato, acta, estatuto, carta, pacto, etc.”. En *Instituciones básicas de derecho internacional público*, JUAN JOSÉ QUINTANA ARANGUREN, Bogotá, Fondo Editorial, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1995, pág. 37.

<sup>34</sup> “*Preámbulo*. Los Estados partes en el presente Pacto, considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”.

violaciones de los derechos humanos. Se consagra allí, igualmente, la posibilidad de interponer internamente un recurso efectivo para el restablecimiento de los derechos violados y la reparación por dicha conculcación, que una vez agotado sin el debido resarcimiento, da lugar a la respectiva reclamación internacional ante el Comité de Derechos Humanos, que no es propiamente un órgano de la ONU, sino un ente independiente, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y cuya competencia se limita a los Estados partes que ratifiquen el Protocolo Facultativo que reglamenta la investigación y sanción por violaciones del Pacto<sup>35</sup>.

En el ámbito latinoamericano, la protección judicial (derecho a la justicia) se halla establecida en el artículo 25 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, conocida como Pacto de San José (Costa Rica), ciudad donde se aprobó el 22 de noviembre de 1969. En su artículo 1º se establece la obligación del Estado a *respetar los derechos y libertades* reconocidos en ella, consagración que se hace en los siguientes términos:

*“Art. 1º. Obligación de respetar los derechos.*

*”1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*<sup>36</sup>.

Obviamente, en la mayor parte de los Estados miembros, los tratados y convenios internacionales, las violaciones de los derechos humanos se hallaban y se hallan tipificadas como delitos. Pero como también es obvio, siendo las víctimas integrantes de la oposición a los gobiernos, y los responsables, integrantes de los régimes violadores (muchas veces totalitarios, impuestos por golpes de Estado, o pseudodemocracias), la posibilidad de sanción penal resulta mínima, cuando no, en la mayoría de las veces, la impunidad total, a más del señalamiento de ser las víctimas integrantes o afectos a “organizaciones terroristas”, comunistas o apátridas.

Pese a lo anterior, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos no previeron la posibilidad de procesar internacionalmente a los violadores y criminales de guerra y de lesa humanidad, con la sola excepción prevista en la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o*

<sup>35</sup> DANIEL O'DONNELL, *Protección internacional de los derechos humanos*, 2<sup>a</sup> ed., Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987, pág. 31.

<sup>36</sup> LUIS EDUARDO GÓMEZ HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 59.

*Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes*, aprobada en 1984 en el marco de las Naciones Unidas.

En dicha Convención se establece que todo Estado parte dispondrá lo necesario para instituir su jurisdicción sobre los actos de tortura y tentativa de cometerla, así sea en la modalidad de cómplice o autor, cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculado en ese Estado, o cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado, o cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado; y para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en territorio bajo su jurisdicción y este Estado no concede la extradición<sup>37</sup>.

Posteriormente se establece que *todo Estado parte en cuyo territorio se encuentra la persona de la que se supone ha cometido cualquiera de los delitos* (de tortura), tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará las medidas para asegurar su permanencia, a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición<sup>38</sup>.

Pese a la laxa previsión de competencia de los Estados partes de la Convención para juzgar a quienes cometan el delito de tortura en su territorio, o por competencia derivada del *ius sanguini* (nacional de un Estado), o por presencia en el territorio, no ha habido aplicación de esta Convención por los Estados partes pese a la amplia comisión de este delito en decenas de países del mundo, aun hoy<sup>39</sup>.

Cabe resaltar el esfuerzo del juez de la audiencia española, Baltasar Garzón Real, cuando dispuso detener al exdictador chileno Augusto Pinochet Ugarte el 16 de octubre de 1998, en virtud de lo cual lo detuvieron por 503 días en la *The London Clinic*, en Inglaterra, hasta el 2 de marzo de 2000. El juez Garzón invocó numerosos tratados internacionales de derechos humanos para impartir la orden de detención<sup>40</sup>. Al final, de-

<sup>37</sup> Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, art. 5º. Compilación de normas y tratados internacionales vigentes en Colombia, Personería de Bogotá, 1998, pág. 169.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 170.

<sup>39</sup> Entre el 16 de diciembre de 2006 y el 14 de diciembre de 2007, el relator especial envió 79 cartas de denuncia de torturas a 51 gobiernos y 187 llamamientos urgentes a 59 gobiernos en nombre de personas que podrían estar expuestas a ser sometidas a tortura u otras formas de malos tratos. “Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Manfred Nowak, 15 de enero de 2007, en [www.acnur.org/biblioteca.pdf/6076.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca.pdf/6076.pdf)

<sup>40</sup> Auto de detención dictado a Augusto Pinochet, juez central de instrucción No. 5 de la Audiencia Nacional española, sumario 19/97 P. S. por terrorismo y homicidio.

mandando razones de salud de Pinochet Ugarte, y el compromiso de las autoridades chilenas de que sería juzgado en su país, lo deportaron, y al llegar a Chile puesto en detención domiciliaria, vinculado a un accidentado

---

Auto de 18 de octubre de 1998. “*Razonamientos jurídicos. Primero.* Los hechos relatados en esta resolución podrían ser constitutivos respecto del imputado Augusto Pinochet Ugarte, de un delito de genocidio, que se integra por una serie de detenciones ilegales seguidas en unos casos de asesinato o desapariciones de las 91 personas víctimas que se relacionan, y que según los testimonios y datos obrantes en la causa, fueron precedidos de torturas en cada uno de los casos; delito tipificado en el art. 607 del Código Penal, en relación con los arts. 139 (asesinato), 163 y 166 y 167 (detención ilegal y secuestro), todos del Código Penal; de un delito de terrorismo de los arts. 515, 516.2, 571, 572 y 577 del Código Penal; de delitos de torturas del art. 174 del Código Penal; todos estos estaban tipificados como delitos en el Código Penal vigente en el momento de ocurrir los hechos. Así mismo, la calificación jurídico-penal de los hechos se apoya en las normas de carácter internacional siguientes:

”a) La Declaración de Moscú de 1943, suscrita por el Reino Unido de Gran Bretaña, EE. UU. y la Unión Soviética sobre crímenes contra la humanidad.

”b) El Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945, suscrito por el Reino Unido.

”c) La resolución de 16 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobando los principios de los estatutos y de la sentencia de Núremberg.

”d) El Convenio de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948 contra el genocidio.

”e) El Pacto de derechos civiles y políticos de las NN. UU. de 16 de diciembre de 1966.

”f) La resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 1973 sobre persecución de crímenes contra la humanidad.

”g) La Convención contra la Tortura de NN. UU. de 10 de diciembre de 1984.

”h) La Declaración de la Asamblea General de NN. UU. sobre la desaparición forzada de personas de 1992.

”i) El Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977.

”Según tales disposiciones, aplicables en el Reino Unido, los crímenes de esta naturaleza son imprescriptibles, sus responsables no disfrutan de inmunidad diplomática ni pueden obtener estatuto de refugiado ni asilo político, y todos los Estados del mundo están obligados a perseguirles y a colaborar en la persecución que de tales crímenes hagan en otros Estados.

”*Segundo.* Tal como consta acreditado, se crea una organización armada, aprovechando la estructura militar y la usurpación del poder para, con impunidad, institucionalizar un régimen terrorista que subvirtió en sí mismo el orden constitucional para desarrollar con eficacia el plan de desaparición y eliminación sistemática de miembros de grupos nacionales, imponiéndoles desplazamientos forzados, secuestros, torturas, asesinatos y desapariciones, aprovechando la ayuda y coordinación con otros países, en particular Argentina.

”De acuerdo con lo dispuesto en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del poder judicial, la jurisdicción española es competente para tramitar el procedimiento, tal como está es-

y dilatado proceso hasta su muerte, el 10 de diciembre de 2006 a la edad de 91 años, sin haberse producido sentencia. Fue un proceso agrio y dulce, pero por lo menos estuvo 503 días señalado judicialmente como criminal y torturador ante la Comunidad Internacional.

## 5. TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES *AD HOC*

Las guerras de la última mitad del siglo XIX y las de la primera mitad del siglo XX trajeron un amplio desarrollo del derecho de gentes, especialmente a partir de la batalla de Solferino, en Italia, en 1859, que inspiró la fundación de la Cruz Roja Internacional en 1863, y el primer Convenio de Ginebra de 1864 sobre asistencia médica humanitaria a los heridos en combate.

Pese a las prohibiciones establecidas en los tratados o convenios ulteriores sobre uso de armas, tratamiento a prisioneros, y otras prohibiciones, no se consagró sanciones de carácter penal, ni de otra índole a los Estados transgresores de dichos convenios.

### A) *Tratado de Versalles*

Solo al finalizar la “Gran Guerra”, en el Tratado de Versalles que selló el fin de la primera guerra mundial, junto a las delimitaciones territoriales que excluían de Alemania la Alsacia y Lorena que pasaban a Francia, las prohibiciones de rearme y las cuantiosas reparaciones que debía pagar Alemania por los daños ocasionados en el conflicto a las potencias aliadas y asociadas, se estableció la creación de un tribunal especial para procesar al emperador Guillermo II de Hohenzollern, exemperador alemán, por la “... suprema ofensa contra la moralidad internacional y la santidad de los

---

tablecido en los autos de 28 de junio de 1996, 25 de marzo y 11 de mayo de 1998 y en el de 16 de octubre de 1998, de admisión de querella. Por ello, y en atención a la gravedad de los hechos que se imputan y la situación del querellado, que se encuentra fuera del alcance de la jurisdicción española, procede acordar la prisión provisional incondicional de *Augusto Pinochet Ugarte*, al amparo de lo dispuesto en los arts. 503, 504 y 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con relación a los preceptos penales citados, por lo que se librarán las correspondientes órdenes de búsqueda y captura internacionales para proceder a su detención a efectos de extradición.

”Resulta evidente que al no hallarse el imputado a disposición de este juzgado, no puede celebrarse la audiencia prevista en el art. 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo por tanto el juez potestad para decretar la prisión como única medida para impulsar adecuadamente la instrucción y posibilitar que aquel comparezca ante la autoridad judicial”.

tratados”; solo que no fue posible hacerlo, pues el exemperador se refugió en los Países Bajos que se negaron a extraditarlo<sup>41</sup>.

El Tratado de Versalles previó, igualmente, que los demás responsables de las violaciones de las convenciones de La Haya II de 1899 y IV de 1907, y su reglamento anexo, relativo a las “leyes y costumbres de la guerra terrestre”, deberían ser juzgados por las respectivas jurisdicciones militares de cada una de las potencias aliadas<sup>42</sup>.

Si bien era el primer intento de un tribunal internacional para juzgar a los criminales por los crímenes cometidos en una guerra de carácter internacional, adolecía de graves ilegitimidades, que tendrían posteriormente los tribunales internacionales.

Nótese que el Tratado de Versalles solo preveía la posibilidad de procesar por los crímenes contra las leyes y usos de la guerra a los súbditos alemanes, y no a los responsables de crímenes de guerra de las potencias aliadas y asociadas, lo que la deslegitimaba por constituir una justicia de las potencias vencedoras sobre la parte vencida, así igualmente hubiera responsables de estos crímenes entre los aliados.

Por otra parte, el tribunal que se pretendía constituir era un tribunal *ad hoc*, un tribunal de hecho posterior a los acontecimientos; constituido no por la Comunidad Internacional, sin ningún tipo de regla salvo la

<sup>41</sup> “Tratado de Versalles, parte VII (sanciones), art. 227. Las potencias aliadas y asociadas acusan públicamente al emperador Guillermo II de Hohenzollern, exemperador alemán, de suprema ofensa contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados. Se constituirá un tribunal especial para acusar al acusado, asegurándole de esta manera las garantías esenciales para el derecho de defensa. Se compondrá de cinco jueces nombrados por cada una de las siguientes potencias, a saber: los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. En su sentencia el tribunal estará orientado por las más altas motivaciones de política internacional, con una visión tendiente a reivindicar las solemnes obligaciones derivadas de compromisos internacionales y de la moralidad internacional. Su deber será el de fijar el castigo que considere debe imponerse”. RAFAEL A. PRIETO SANJUÁN, *La internacionalización de la jurisdicción penal - De Versalles a Bagdad*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pág. 24.

<sup>42</sup> “Tratado de Versalles, art. 228. El gobierno alemán reconoce el derecho de las potencias aliadas y asociadas para llevar ante los tribunales militares las personas acusadas de haber cometido actos violatorios de las leyes y usos de la guerra. Tales personas, si son halladas culpables, deberán ser sentenciadas a las penas de ley. Esta disposición se aplicará independientemente de cualquier proceso o acusación ante un tribunal en Alemania o en el territorio de sus aliados. El gobierno alemán entregará a las potencias aliadas y asociadas, o a aquella que así lo requiere, a toda persona acusada de haber cometido un acto violatorio de las leyes y usos de la guerra, individualizada bien sea por el nombre o por el rango, oficio o empleo que haya tenido bajo las autoridades alemanas”. *Idem*, pág. 24.

composición numérica, y designado por las cinco grandes potencias vencedoras.

Igualmente, no existía un estatuto de penas aplicables, donde se definiera como delito determinadas conductas, sus elementos y las sanciones a que habría lugar por la comisión de tales actos, lo que violaba los principios de legalidad de la sanción, que no se hallaba definida en ningún estatuto, por lo que las penas a imponer quedaban al arbitrio de los jueces, sin ningún límite, aplicando qué clase de derecho o el de qué país. Este tribunal constituyó un preámbulo fallido de los tribunales internacionales, que se erigieron con posterioridad a la segunda guerra mundial.

### B) *Los “Juicios de Núremberg”*

Sobre las consecuencias de la primera guerra mundial que dejó millones de muertos, inválidos, población civil desplazada, pobreza, deuda de guerra, la caída de cuatro imperios —el alemán, el austrohúngaro, el ruso y el otomano—, e inestabilidad política, se firmó el Tratado de Versalles que buscaba solucionar a través del arbitraje los conflictos internacionales y evitar una nueva guerra internacional; para lo cual se creó la Sociedad de las Naciones, y se le impuso a Alemania, además de una cuantiosa reparación, la pérdida de territorios, restricciones a su rearme, por lo cual se sintió “humillada”, lo que hacía presagiar una nueva guerra.

La Sociedad de Naciones pretendía impedir una repetición de los hechos que dieron lugar a la guerra, como la falta de cooperación, la existencia de pactos secretos entre los Estados, o la ignorancia de los pactos internacionales. Por eso se quiso crear un organismo mediante el cual las naciones pudiesen resolver sus disputas por medios pacíficos en lugar de militares, evitando aquellas causas que llevaron a la guerra.

Pese a lo anterior, el 1º de septiembre de 1939 Alemania invadió Polonia, dando inicio a la segunda guerra mundial, con un saldo de horror de más de 60 millones de muertos —en su mayoría civiles—, y millones de torturados, mutilados y heridos, y el continente europeo y parte de Asia, arrasados.

Al finalizar la guerra, las potencias aliadas establecieron sendos tribunales internacionales en Núremberg y Tokio para juzgar a los vencidos. Desde antes de la finalización de la contienda, ante los horrores de la guerra, las potencias aliadas habían adoptado en 1942 la Declaración de Saint James, en Gran Bretaña; en 1943 la Declaración de Moscú, y al finalizar la guerra, el Acuerdo Tripartito de Londres del 8 de agosto de 1945, estableciendo el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg; luego

un protocolo rectificativo del Estatuto, y finalmente otro estatuto relativo a las reglas de procedimiento, adoptado el 29 de octubre de 1945.

Los “Juicios de Núremberg”, también conocidos como “Procesos de Núremberg”, fueron un conjunto de procesos jurisdiccionales desarrollados en dicha ciudad alemana entre 1945 y 1946, en los que se determinaron y sancionaron las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista (nazi) de Adolfo Hitler, sobre los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos en nombre del III Reich alemán, a partir del 1º de septiembre de 1939 hasta el final de la guerra.

a) *Los cargos.* Cuatro fueron los delitos que se les imputaron a los acusados:

1. Crímenes de guerra, por ocurrencia de asesinatos, torturas y violaciones, hechos contrarios a las leyes de la guerra.

2. Crímenes contra la humanidad, cuando se enfrentaba el exterminio y la muerte en masa.

3. Genocidio, cuando se perseguía o daba muerte a todo un grupo étnico determinado.

4. Guerra de agresión, sobre la base de una premeditación para alterar la paz y entendida como el proceso para atentar contra la seguridad de un Estado soberano.

El proceso que obtuvo mayor repercusión en la opinión pública mundial fue el conocido como “Juicio principal de Núremberg” o “Juicio de Núremberg”, desarrollado a partir del 20 de noviembre de 1945 por el *Tribunal Militar Internacional (TM 1)*, sobre la base de la Carta de Londres, en contra de 24 de los principales dirigentes supervivientes del gobierno nazi capturados, y de varias de sus principales organizaciones.

b) *Los acusados y sus penas.* Durante el juicio principal la Fiscalía del Tribunal presentó acusación en contra de 24 líderes nazis. De todos ellos, solo Albert Speer, Hans Frank y Baldur von Schirach expresaron su remordimiento por los crímenes cometidos. En resumen, el Tribunal dictó 11 condenas de muerte, 3 condenas a presidio perpetuo, 2 a veinte años, una a quince y otra a diez años. El dueño de las fábricas Krupp fue declarado incapaz de soportar un juicio. Hans Fritzsche, Franz von Papen y Hjalmar Schacht fueron absueltos de sus cargos.

NOMBRE	CARGO	SENTENCIA
Martin Bormann	Sucesor de Hess como secretario del Partido Nazi.	Muerte (en ausencia)

Hans Frank	Gobernador general de la Polonia ocupada.	Muerte
Wilhelm Frick	Ministro del Interior, autorizó las Leyes Raciales de Núremberg.	Muerte
Hermann Göring	Comandante de la Luftwaffe y presidente del Reichstag.	Muerte
Alfred Jodl	Jefe de operaciones de la Wehrmacht.	Muerte
Ernst Kaltenbrunner	Jefe de la RSHA y de los <i>einsatzgruppen</i> .	Muerte
Wilhelm Keitel	Comandante de la Wehrmacht.	Muerte
Joachim von Ribbentrop	Ministro de Relaciones Exteriores.	Muerte
Alfred Rosenberg	Ideólogo del racismo y ministro de los territorios ocupados.	Muerte
Fritz Sauckel	Director del programa de trabajo esclavo.	Muerte
Arthur Seyß-Inquart	Líder del <i>Anschluss</i> y gobernador de los Países Bajos ocupados.	Muerte
Julius Streicher	Jefe del periódico antisemita <i>Der Stürmer</i> .	Muerte
Walter Funk	Ministro de Economía.	Cadena perpetua
Rudolf Hess	Ayudante de Hitler.	Cadena perpetua
Erich Raeder	Comandante en jefe de la Kriegsmarine.	Cadena perpetua
Albert Speer	Líder nazi y ministro de Armamento.	20 años
Baldur von Schirach	Líder de las Juventudes Hitlerianas.	20 años
Konstantin von Neurath	Ministro de Relaciones Exteriores, "Protector" de Bohemia y Moravia.	15 años
Karl Dönitz	Sucesor designado de Hitler y comandante de la Kriegsmarine.	10 años
Hans Fritzsche	Ayudante de Joseph Goebbels en el Ministerio de Propaganda.	Absuelto
Franz von Papen	Ministro y vicecanciller.	Absuelto
Hjalmar Schacht	Expresidente del Reichsbank.	Absuelto
Gustav Krupp	Industrial que usufructuó del trabajo esclavo.	Sin condena
Robert Ley	Jefe del Cuerpo Alemán del Trabajo.	Sin condena

Otros doce juicios posteriores fueron conducidos por el *Tribunal Militar de los Estados Unidos*, entre los cuales se encuentran los llama-

dos *juicio de los doctores* y *juicio de los jueces*<sup>43</sup>. De 4.850 peticiones de procesamientos individuales, fueron acusadas 611 personas. A los

<sup>43</sup> La lista de los juicios es la siguiente:

1º. El *juicio de los doctores*, seguido contra 24 médicos acusados de conspiración, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, incluyendo casos de esterilización forzosa y masiva de enfermos, el asesinato de 300.000 enfermos, especialmente en hospitales psiquiátricos durante el Programa de Eutanasia *Aktion T-4*, colaboración o participación directa en el confinamiento, tortura y exterminio de miles de personas en los campos de concentración, así como la realización de investigaciones médicas coercitivas, nocivas y letales contra prisioneros de guerra y civiles y contra pacientes en hospitales y otras instituciones médicas.

2º. El juicio contra Erhard Milch, mariscal de campo alemán, acusado de graves crímenes en campos de concentración.

3º. El *juicio de los jueces*, seguidos contra 16 abogados y jueces que establecieron el aparataje jurídico nacionalsocialista. Y fueron acusados y encontrados culpables de conspiración criminal, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad entre los que se destaca la aplicación de las leyes de higiene racial y las leyes y decretos contra la población judía, por ejemplo someter por orden judicial a los enfermos a esterilización médica o condenar a prisión y a pena de muerte a judíos que tuvieron relaciones sexuales —probadas o no— con alemanes y condenar mediante orden judicial a miles de personas a confinamiento en los campos de concentración.

4º. El juicio de Pohl, seguido contra la oficina *Endlösung*, encargada administrativa de los campos de concentración y exterminio. Su jefe era Oswald Pohl.

5º. El juicio de Flick, seguido contra el industrial alemán Friedrich Flick, por la utilización de trabajo esclavo y crímenes contra la humanidad.

6º. El juicio a la IG Farben empresa química industrial alemana, que al igual que Flick y Krupp, usufructuó del trabajo esclavo.

7º. El caso austral o juicio de los rehenes, en el cual se persiguió la responsabilidad del alto mando alemán por las masacres y graves violaciones a las leyes de la guerra durante la Campaña de los Balcanes.

8º. El juicio RuSHA seguido contra los promotores de la idea de pureza racial y del programa Lebensborn.

9º. El macabro juicio a los Einsatzgruppen, seguida contra las brigadas de la muerte de las ss que practicaban el exterminio local de los judíos por medio de los Einsatzgruppen.

10. El juicio de Krupp, seguido contra los dirigentes del famoso grupo industrial, por su participación en la preparación de la guerra y la utilización de trabajo esclavo durante la guerra.

11. El juicio de los Ministerios, seguido contra los dirigentes del Estado nazi por su participación en atrocidades cometidas tanto dentro de Alemania como en los territorios ocupados.

12. El juicio del Alto Mando, seguido contra los generales del ejército, armada y fuerza aérea alemana, por la comisión de graves y terribles atrocidades durante la guerra.

funcionarios estatales se les catalogó entre organizaciones no criminales, donde se encontraba la estructura del Estado (gobierno y ejército); y las criminales, que fueron todas aquellas estructuras paralelas del poder nazi como la Gestapo, la ss y el Partido Nazi<sup>44</sup>.

c) *Principios derivados de Núremberg.* La tipificación de los crímenes y abusos, realizada por los tribunales y los fundamentos de su constitución, fue erigida por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950, como los “Principios de Núremberg”, los que representaron un avance jurídico, y constituyeron la base posterior para el desarrollo de una jurisprudencia específica internacional en materia de guerra de agresión, crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad, así como para la constitución, a partir de 1998, de una Corte Penal Internacional independiente y de carácter permanente.

Los *Principios de Núremberg* se redactaron por necesidad durante los Juicios de Núremberg y los *preceptos que en ellos se recogen* constituyen la base para determinar la ocurrencia de crímenes de guerra. En la resolución 177 (II), párrafo (a) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, le solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que “formulase los principios del derecho internacional reconocidos en la Carta de los Juicios de Núremberg y en las determinaciones del Tribunal”.

Los Principios de Núremberg aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en su segunda sesión en 1950, son los siguientes:

*“Principio I”*

“Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y, por consiguiente, sujeto a castigo.

<sup>44</sup> Los más destacados fueron: Karl Dönitz, gran almirante de la Flota alemana y sucesor de Adolf Hitler tras su suicidio; Rudolf Hess, capitán general y jefe del partido, huido a Gran Bretaña y capturado en 1941; Hermann Goering, comandante de la Luftwaffe y presidente del Reichstag; Alfred Jodl, jefe del Estado Mayor de la Wehrmacht; Wilhelm Keitel, jefe del Alto Mando de Wehrmacht; Alfred Rosenberg, ideólogo del Partido Nazi; Joachim von Ribbentrop, ministro de Asuntos Exteriores; Albert Speer, arquitecto y ministro de Armamentos; Franz von Papen, embajador nazi en Austria y Turquía.

Entre quienes habían muerto o huido antes de ser juzgados se encontraban: Adolf Hitler, Joseph Goebbels, ministro de Propaganda que se suicidó al igual que Heinrich Himmler, jefe de las ss e ideólogo del exterminio judío, y los huidos Adolf Eichmann, alto dirigente del Partido Nazi encargado de la logística del exterminio, y Martin Bormann, secretario personal de Hitler desde 1942.

*”Principio II*

”El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales, no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

*”Principio III*

”El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen bajo las leyes internacionales sea jefe del Estado o un oficial responsable del gobierno, no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales.

*”Principio IV*

”El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su gobierno o de un superior, no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma.

*”Principio V*

”Cualquier persona acusada de un crimen bajo las leyes internacionales tiene el derecho de un juicio justo ante la ley.

*”Principio VI*

”Los crímenes que se enumeran a partir de aquí, son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales:

*”a) Guerra de agresión:*

”i) La planificación, preparación, iniciación o comienzo de una guerra de agresión, o una guerra que viole los tratados internacionales, acuerdos o promesas;

”ii) La participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de los actos mencionados en i).

*”b) Crímenes de guerra:*

”Las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra que incluyen, pero no están limitadas a, asesinato, trato inhumano o deportación como esclavos o para cualquier otro propósito de la población civil de un territorio ocupado, asesinato o trato inhumano a prisioneros de guerra, a personas sobre el mar, asesinato de rehenes, pillaje de la propiedad pública o privada, destrucción injustificada de ciudades, pueblos o villas, o la devastación no justificada por la necesidad militar.

*”c) Crímenes contra la humanidad:*

”Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos,

raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra.

#### *”Principio VII*

”La complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad tal y como fueron expuestos en los Principios VI, es un crimen bajo las leyes internacionales”<sup>45</sup>.

Los *Principios de Núremberg* se constituyeron desde entonces en una base sólida del derecho penal internacional, en la que se precisaron preceptos sobre los delitos, anteriormente ausentes, o vagamente definidos, como el de crimen contra la humanidad, evocado en la Convención de La Haya de 1907. Otro aspecto de trascendental importancia, es la modificación del sujeto de juzgamiento establecido hasta entonces, derivado de las reglas del derecho internacional que se centraba en las relaciones entre Estados, pero no en los derechos y deberes de las personas. Desde entonces, los delitos cometidos por individuos de una nación a lo largo y ancho de su propio país o de varios países, podrían ser juzgados internacionalmente por el conjunto de los países afectados, como ocurrió en el Tribunal de Núremberg, y también en el Tribunal de Tokio.

#### C) *El Tribunal del Lejano Oriente*

Aparte del continente europeo, otro escenario de la segunda guerra mundial lo constituyó el Lejano Oriente, donde el Japón, aliado del eje nazi-fascista libraba una guerra por someter a los países del Pacífico, como China, Corea, Vietnam, guerra en la cual posteriormente se involucraría como contendiente, los Estados Unidos a partir del ataque de Pearl Harbor.

Después de la primera guerra mundial, no parecía probable un enfrentamiento entre Japón, los Estados Unidos y las naciones coloniales europeas, como potencias aliadas en el pasado, contra el colonialismo expansionista alemán en el Pacífico. Sin embargo, en 1922 los japoneses se sintieron ofendidos por el Tratado Naval de Washington, que limitaba el número de navíos que podían poseer, y que aseguraba la primacía naval de las flotas estadounidense y británica. Además, Japón se sentía agraviado por el hecho de que las potencias europeas ocuparan territorios dentro de lo que consideraba su esfera de influencia, por lo que en 1937 tomó la decisión de invadir China, creando un conflicto que duraría ocho años. El príncipe Konoye fue nombrado primer ministro en 1940 e integró en

<sup>45</sup> *Compilación de derecho penal internacional*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003, págs. 9-10.

su gabinete a Hideki Tōjō y Yōsuke Matsuoka, defensores acérrimos de la expansión de Japón por la fuerza. Para finales de ese mismo año, Japón firmó el Pacto Tripartito con Alemania e Italia, lo que alineaba a Japón con las “potencias del Eje”.

Con la clara intención de establecer la llamada “Gran esfera de co-prosperidad del este de Asia”, en julio de 1941 Japón invade con sus tropas el sur de Indochina, territorio controlado por Francia, por lo que Estados Unidos decidió tomar represalias, las cuales consistieron en embargos comerciales y la reducción del suministro de petróleo al país en un 90 por ciento. Debido a estas sanciones, así como las impuestas por británicos y neerlandeses, el comercio exterior de Japón disminuyó en 75 por ciento.

a) *Declaración de guerra.* El 5 de noviembre de 1941, el emperador Hirohito y el gobierno japonés decidieron declarar la guerra a los Estados Unidos si no se levantaba el embargo petrolero para finales de mes. El 7 de diciembre, la primera flota japonesa lanzó un ataque aéreo masivo sobre Pearl Harbor, por lo que al día siguiente, el Congreso de los Estados Unidos le declaró la guerra al Japón.

El 9 de mayo de 1945 se había concretado la rendición de Alemania poniendo fin a la segunda guerra mundial en Europa; pero tres meses después, la guerra aún continuaba en el Lejano Oriente, con pérdida de millones de hombres de las naciones en contienda. Después de seis meses de intenso bombardeo en 67 ciudades del Japón, el presidente de los Estados Unidos decidió usar la recién creada arma nuclear, dejando caer la bomba *Little Boy* sobre la ciudad de *Hiroshima* el lunes 6 de agosto de 1945; seguida por la detonación de la bomba *Fat Man* el jueves 9 de agosto, sobre la población de *Nagasaki*, con pérdida de cientos de miles de civiles japoneses<sup>46</sup>.

Para entonces, Armada Imperial Japonesa había dejado de existir de forma efectiva, y la invasión aliada de Japón era inminente. Aunque públicamente el Japón proclamaba su intención de luchar hasta el final, sus líderes en el Consejo Supremo de Guerra, suplicaban en privado a la Unión Soviética que mediara para conseguir una rendición en términos favorables para los japoneses.

<sup>46</sup> Se estima que hacia finales de 1945, las bombas habían matado a 140.000 personas en Hiroshima y 80.000 en Nagasaki, aunque solo la mitad había fallecido los días de los bombardeos. Entre las víctimas, del 15% al 20% murieron por lesiones o enfermedades atribuidas al envenenamiento por radiación. Desde entonces, algunas otras personas han fallecido de leucemia (231 casos observados) y distintos cánceres (334 observados) atribuidos a la exposición a la radiación liberada por las bombas. En ambas ciudades, la gran mayoría de las muertes fueron de civiles.

El 9 de agosto de 1945, la Unión Soviética atacó por sorpresa la colonia japonesa en Manchuria (Manchukuo), en cumplimiento de la promesa hecha a los norteamericanos y británicos en la Conferencia de Yalta, y en violación al Pacto de Neutralidad firmado con el Japón. Estos dos golpes hicieron que el emperador Hirohito interviniere y ordenara al Consejo Supremo de Guerra que aceptara los términos que habían establecido los aliados en la Declaración de Potsdam para terminar la guerra. Tras varios días de negociaciones secretas y un fallido golpe de Estado, el 15 de agosto Hirohito anunció al pueblo japonés la rendición incondicional del Japón<sup>47</sup>.

Terminada la guerra en Asia, el 28 de agosto, en nombre del Comando Supremo de las Fuerzas Aliadas, el ejército de los Estados Unidos ocupó la totalidad de Japón y gran parte de las antiguas colonias asiáticas de este país. Desde ese momento se inició la persecución y detención de los altos miembros del Estado y del ejército nipón, dando cumplimiento a lo pactado en 1942 entre Franklin D. Roosevelt, Winston Churchill e Iósif Stalin; y en las conferencias de Teherán (1943), Yalta (1945) y Potsdam (1945), de que los responsables de los crímenes de guerra serían juzgados al finalizar la guerra.

Simultáneamente con el Juicio de Núremberg, en Tokio se constituyó un *Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente*, con el fin de juzgar a los imputados de los crímenes recogidos en el Estatuto o Carta de Londres del 8 de agosto de 1945. El Tribunal estuvo conformado por un panel de jueces elegidos entre los países victoriosos de la guerra: Estados Unidos, la URSS, Gran Bretaña, Francia, los Países Bajos, China, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, India y las Filipinas. El Tribunal se instaló el 3 de agosto de 1946 en Tokio, y fue disuelto después de cumplir su labor el 12 de noviembre de 1948. En este Tribunal se juzgó únicamente a la jerarquía residente en Japón, ya que para los otros criminales por los crímenes en China y otros países se realizaron juicios *ad hoc* en diferentes lugares de Asia contra individuos particulares, miembros del ejército y la administración japonesa, por lo general, y algunos colaboradores.

La Fiscalía del Tribunal estuvo dirigida por el estadounidense Joseph Keenan, y contó con fiscales de todos los países que nombraron jueces en el Tribunal.

b) Los cargos. Se determinaron, al igual que en Núremberg, cuatro grandes crímenes o delitos:

<sup>47</sup> La ceremonia de rendición se llevó a cabo el 2 de septiembre a bordo del acorazado estadounidense *Missouri*, donde oficiales del gobierno japonés firmaron el Acta de Rendición de Japón, dando fin a la segunda guerra mundial de manera oficial.

1. *Crímenes contra la paz y crímenes de guerra*, que se basaban en la existencia de una premeditación para alterar la paz y la existencia de asesinatos, torturas, violaciones contrarios a las leyes de la guerra.

2. *Crímenes contra la humanidad*, cuando se trataba del exterminio y muerte en masa.

3. *Genocidio*, cuando se trataba de la misma muerte en masa pero de grupos étnicos determinados con el fin de exterminarlos.

4. *Complot de guerra*, entendido como proceso para atentar contra la seguridad de un Estado soberano.

Los crímenes juzgados principalmente son los cometidos durante la segunda guerra mundial (1939-1945), aunque se incluyeron algunos incidentes particulares como la masacre de Nankín<sup>48</sup>, ya que estos formaban parte de la guerra desatada por el Japón antes del estallido de la guerra en Europa.

c) *Los acusados y sus penas*. El primer ministro, ministros del despacho, comandantes militares y hasta traficantes de opio e instigadores de la guerra, fueron procesados en el Tribunal de Tokio, imponiendo la pena capital a 7 de los juzgados, cadena de prisión perpetua a 16 procesados y a otros dos con penas de veinte y siete años. Aunque las penas fueron ejemplarizantes, nunca podrá justificarse la decisión estadounidense que estableció la exclusión del Tribunal del emperador del Japón Hirohito<sup>49</sup>, quien accedió con su consentimiento tácito unas veces y expreso otras, y cabeza visible del imperio en toda su expresión, legalidad en los crímenes cometidos por sus conciudadanos.

<sup>48</sup> La *Masacre de Nankín* hace mención a las atrocidades cometidas por el ejército imperial japonés en y alrededor de Nankín, China, tras la caída de la capital frente a las tropas japonesas el 13 de diciembre de 1937. Los crímenes de guerra cometidos durante este episodio incluyen el pillaje, la violación, y la matanza de civiles y prisioneros de guerra. El alcance de las atrocidades es debatido entre China y Japón, que van desde la afirmación del gobierno chino de una cifra de muertos no combatientes superior a 300.000, hasta la afirmación del ejército japonés en el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente (conocido como el Tribunal de Guerra de Tokio) después de la segunda guerra mundial, de que las cifras de muertos eran todas de militares y que no hubo masacres organizadas o atrocidades cometidas a los civiles. El Tribunal de Guerra de Tokio juzgó un caso en que el número total de muertes fue de 250.000. En la sentencia de muerte emitida contra el comandante del ejército japonés en Nankín, el general Iwane Matsui, la cifra fue establecida en 100.000.

<sup>49</sup> Según el historiador HERBERT BIX, Douglas MacArthur y Bonner Fellers habían preparado su propia aproximación a la ocupación y reforma del Japón. El plan de acción, llamado “Operación Lista Negra” de manera informal, consistía en separar a Hirohito de los militaristas, manteniéndole como elemento de legitimación de las fuerzas de

De los acusados originalmente, murieron de causa natural durante el juicio el excanciller Yosuke Matsuoka y el almirante Osami Nagano. Okawa Shumei sufrió un colapso nervioso durante el juicio y no fue inculpado. A diferencia de los Juicios de Núremberg, el Tribunal de Tokio no absolvio a ninguno de los acusados.

La lista de inculpados y su condena es la siguiente:

NOMBRE	CARGO	SENTENCIA
Tojo Hideki	Primer ministro	Muerte
Kenji Doihara	Comandante del Servicio Aéreo del Ejército	Muerte
Kōki Hirota	Ministro de Relaciones Exteriores	Muerte
Itagaki Seishiro	Ministro de Guerra	Muerte
Kimura Heitaro	Comandante Fuerza Exped. de Burma	Muerte
Matsui Iwane	Comandante Fuerza Exped. de Shanghái	Muerte
Akira Mutō	Comandante Fuerza Exped. de las Filipinas	Muerte
Araki Sadao	Ministro de Guerra	Prisión perpetua
Hashimoto Kingoro	Instigador de la segunda guerra sino-japonesa	Prisión perpetua
Hata Shunroku	Ministro de Guerra	Prisión perpetua
Hiranuma Kiichiro	Primer ministro	Prisión perpetua
Hoshino Naoki	Secretario jefe del gabinete	Prisión perpetua
Kaya Okinori	Traficante de opio en China	Prisión perpetua
Kido Koichi	Lord Guardián del Sello Privado Imperial	Prisión perpetua
Kuniaki Koiso	Gobernador de Corea y primer ministro	Prisión perpetua
Minami Jiro	Comandante del ejército de Kwantung	Prisión perpetua
Oka Takasumi	Ministro de la Marina	Prisión perpetua
Oshima Hiroshi	Embajador en la Alemania nazi	Prisión perpetua
Sato Kenryo	Jefe de la Oficina de Asuntos Militares	Prisión perpetua
Shimada Shigetaro	Ministro de la Marina	Prisión perpetua

---

ocupación aliadas, y usando su imagen para potenciar la transformación del pueblo japonés hacia un nuevo sistema político. Citando los debates entre Harry S. Truman, Dwight D. Eisenhower y el propio MacArthur, Bix afirma que inmediatamente después de desembarcar en Japón, Bonnie Fellers se puso a trabajar en la protección de Hirohito del papel que había desempeñado durante y al final de la guerra, permitiendo a los principales sospechosos de crímenes de guerra coordinar sus versiones, a fin de proteger al emperador y evitar que pudiera ser juzgado. Esta exitosa campaña para absolver al emperador de cualquier responsabilidad de guerra no conoció límites. Hirohito no solo fue presentado como inocente de cualquier acto formal que pudiera hacerle susceptible de ser juzgado por crímenes de guerra. Fue convertido en una figura casi angelical que ni tan solo tenía alguna responsabilidad moral por la guerra. Con el apoyo completo del cuartel general de MacArthur, la acusación funcionó, de hecho, como un abogado defensor del emperador.

Shiratori Toshio	Embajador en Italia	Prisión perpetua
Suzuki Teiichi	Presidente de la Oficina de Planificación del gabinete	Prisión perpetua
Umez Yoshijiro	Ministro de Guerra	Prisión perpetua
Togo Shigenori	Ministro de Colonización	20 años
Shigemitsu Mamoru	Ministro de Relaciones Exteriores	7 años

Las condenas a muerte fueron ejecutadas por ahorcamiento en la prisión Sugamo en Ikebukuro, el 23 de diciembre de 1948. En 1950 es indultado Shigemitsu Mamoru, quien se convertiría nuevamente en 1954 en ministro de Relaciones Exteriores. En 1955 se perdonó a los que se encontraban cumpliendo sentencia, que salieron en libertad aquel año; salvo Koiso, Shiratori y Umez que murieron de causa natural en la prisión.

d) *Criticas al Tribunal de Tokio.* Además de las críticas comunes respecto al Tribunal de Núremberg, el Tribunal de Tokio ha tenido otros cuestionamientos que se concretan en las siguientes críticas:

— *Norteamericanismo.* El Tribunal y su Fiscalía estuvieron dirigidos casi exclusivamente por nacionales de los Estados Unidos, y estos tuvieron mayor peso a la hora de dictar las condenas y su posterior indulto.

— *Unilateralismo.* Solo se juzgaron los crímenes cometidos por los países del Eje; no así en situaciones como el bombardeo atómico en Hiroshima y Nagasaki y el bombardeo aéreo sobre Tokio, descritos como crímenes contra la humanidad, o el ataque soviético que pudo configurar un atentado contra la paz.

— *Casos de Corea y China.* El Tribunal no investigó o lo hizo deficientemente cuando tuvo delante las graves atrocidades cometidas por el ejército nipón cuando invadieron y ocuparon militarmente China y Corea. Pese a esto, en el caso de China, se llevaron a cabo procesos ante 13 tribunales propios que dieron como resultado 504 condenados y 149 ejecuciones.

— *Hirohito.* El emperador nunca fue juzgado en razón del ejercicio de la jefatura del Estado, y al contrario, se le otorgó inmunidad.

— *Guerra química y bacteriológica.* Nunca se investigó o sancionó los graves y dramáticos testimonios de pruebas biológicas en prisioneros y ciudadanos comunes en China durante la ocupación. Se informó de aplicación de guerra química, ya prohibida antes de empezar la segunda guerra sino-japonesa en 1937.

La legitimidad de los Tribunales de Núremberg y del Lejano Oriente estuvo en entredicho desde el primer momento, ya que al igual que el

pretendido proceso al exemperador de Alemania Guillermo II de Hohenzollern. Estos Tribunales se constituyeron *a posteriori* de la guerra, por los vencedores de la contienda, como tribunales *ad hoc*, sin reglas preestablecidas y sin definición previa de los crímenes, lo que violó los principios de legalidad de los delitos y las penas y del juez natural. Los crímenes de los aliados, como las bombas atómicas sobre las poblaciones civiles de Nagasaki e Hiroshima donde murieron más de 220.000 personas nunca fueron juzgados.

Pese a lo anterior, de estos juicios se derivaron reglas básicas de persecución de los criminales de guerra de los subsiguientes tribunales internacionales *ad hoc*, como los de Yugoslavia y Ruanda, y la determinación de cuatro grandes grupos de delitos, que recoge el Estatuto de Roma, base de la Corte Penal Internacional.

#### D) *Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*

El *Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)*, es también conocido por sus siglas en inglés ICTY. Es un Tribunal Penal Internacional conformado en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, en cumplimiento de la resolución 827 de su Consejo de Seguridad<sup>50</sup> del 25 de mayo de 1993. Su nombre oficial es: *Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991*.

El Consejo de Seguridad consideró que desde 1991 se venían produciendo en territorio de la antigua Yugoslavia graves violaciones de los derechos humanos, así como una amenaza real y seria para la paz y seguridad de la zona balcánica en particular y europea en general.

a) *Jurisdicción y tipología*. Mediante el Estatuto del Tribunal de la ex Yugoslavia se otorgó jurisdicción internacional para perseguir y procesar solo a personas naturales (no organizaciones públicas o privadas) culpables por crímenes cometidos en los territorios de la antigua federación yugoslava, por los siguientes delitos:

<sup>50</sup> El *Consejo de Seguridad de Naciones Unidas* es el organismo de las Naciones Unidas encargado de mantener la paz y seguridad entre las naciones. A diferencia de otras reparticiones de la ONU que únicamente pueden realizar recomendaciones a los gobiernos, el Consejo de Seguridad puede tomar decisiones (conocidas como “resoluciones”) y obligar a los miembros a cumplirlas, de acuerdo con lo estipulado por la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo está conformado por 15 naciones, 5 permanentes y 10 temporales. Los cinco miembros permanentes son los Estados Unidos, la República Francesa, el Reino Unido, la República Popular China y la Federación Rusa.

1. Graves violaciones de las convenciones de Ginebra de 1949<sup>51</sup>.

2. Violaciones de las convenciones internacionales sobre la guerra y la costumbre internacional establecidas desde el fin de la segunda guerra mundial<sup>52</sup>.

3. Crímenes contra la humanidad<sup>53</sup>.

4. Genocidio.

A ellos se unió, siguiendo el criterio del propio Tribunal, los delitos sexuales, la tortura como instrumento ilegal de la guerra y la no exculpación por orden superior de la comisión de varios delitos.

Todas las funciones se realizan siguiendo el criterio del derecho internacional reconocido por la ONU y bajo el principio de garantías procesales habituales de las legislaciones más prestigiosas del mundo. La pena máxima que puede imponer es la de cadena perpetua.

Varios países firmaron acuerdos con las Naciones Unidas para que se cumplan en su territorio las penas de prisión impuestas. El último auto de acusación se emitió el 15 de marzo de 2004. El Tribunal tenía por objeto completar todos los juicios antes de finalizar el 2009 y todas las apelaciones antes de 2010. Es un tribunal autónomo de la Corte Penal Internacional y de la Corte Internacional de Justicia, ambos situados también en La Haya, pero que tienen un estatuto permanente y distintas jurisdicciones.

b) *La organización del Tribunal.* El Tribunal para la ex Yugoslavia lo estableció el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante la resolución 27 del 25 de mayo de 1993, y fue dotado de un estatuto, el cual comprende la competencia, los delitos por violación a las leyes y usos de la guerra, la responsabilidad personal, los principios procesales y sustanciales, la composición del Tribunal, y hasta protección de testigos y cumplimiento de las penas, hallándose prevista su desaparición para el 2013.

<sup>51</sup> Entre otros delitos: los de homicidio intencional, tortura y tratos inhumanos y experimentos biológicos; toma de rehenes, deportación, reclusión ilícita de civiles.

<sup>52</sup> Entre otros delitos: el empleo de armas tóxicas, ataque o destrucción de ciudades, pueblos, aldeas o devastación no justificada por necesidades militares, pillaje de bienes públicos o privados, apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la educación, beneficencia, las artes, la ciencia y daños a monumentos históricos, o científicos.

<sup>53</sup> Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, y otros actos inhumanos.

La sede del TPIY se encuentra en la ciudad de La Haya (Países Bajos). En el Tribunal se hallan empleadas unas 1.300 personas originarias de 83 países, y su presupuesto ha ido creciendo de los 276.000 dólares en 1993 a los 223,2 millones de dólares en 2003.

c) *La Fiscalía.* El Estatuto establece la creación de la oficina del fiscal (OTP), quien es el responsable de investigar los delitos, reunir pruebas y acusar a los procesados. Desde su creación ha tenido varios fiscales: Ramón Escobar Salón, de Venezuela (1993-1994), Richard Goldstone, de Sudáfrica (1994-1996), Louise Arbour, de Canadá (1996-1999) y Carla del Ponte, de Suiza (1999-2007). Hoy día, está dirigida por el fiscal Serge Brammertz.

d) *Composición del Tribunal.* El Tribunal (la Corte) está conformado por 16 jueces nombrados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que son renovados cada cuatro años, pudiendo ser reelegidos. Cuenta, al mismo tiempo, con una Cámara o Sala de Apelaciones, que comparte con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. El 17 de noviembre de 2008, el juez Patrick Lipton Robinson, de Jamaica, fue elegido como nuevo presidente del Tribunal por los magistrados permanentes en una sesión plenaria extraordinaria. El magistrado O-Gon Kwon, de Corea del Sur, como nuevo vicepresidente.

e) *Acusados.* Hasta 2004, el Tribunal había recibido 3.500 testimonios y tenía procesadas a 124 personas a marzo de 2005, entre ellas Slobodan Milosevic, expresidente de Yugoslavia, quien fue entregado en 2001 pero falleció en las dependencias del Tribunal, pendiente de juicio, el 11 de marzo de 2006.

El 8 de diciembre de 2005, las fuerzas policiales españolas detuvieron al general croata Ante Gotovina en las Islas Canarias, cumpliendo un requerimiento de la Corte en su contra.

Naser Oric, antiguo comandante de las fuerzas musulmanas de Srebrenica, fue condenado a dos años de prisión por crímenes de guerra contra los serbobosnios de esa zona oriental bosnia entre 1992 y 1993. No obstante, Oric quedó libre, pues llevaba más de dos años en prisión preventiva.

El último imputado procesado por el Tribunal fue el antiguo líder de los serbios de Bosnia, Radovan Karadžić, prófugo desde 1995 y detenido en Belgrado el 21 de julio de 2008. Su juicio comenzó el 26 de octubre de 2009, y se enfrenta a once cargos que incluyen los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

A octubre de 2009, en total se habían juzgado 162 personas, y condenado a 63 con penas que oscilan entre la cadena perpetua (2), y de 4 meses (un caso), absoluciones (4), muertos antes de la condena (12), de ellos dos por suicidio; transferidos a cortes locales (4 casos), y retirados los cargos 12 casos más. En octubre de 2009, solo quedaban por capturar dos acusados: Ratko Mladić y Goran Hadžić, ambos acusados de los cargos más graves del TPIY.

#### E) *Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)*

Creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 8 de noviembre de 1994, con el fin de perseguir, arrestar, juzgar y condenar a los autores o promotores responsables de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad cometidos en Ruanda y territorios de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

a) *Antecedentes: genocidio de Ruanda.* El genocidio ruandés estuvo precedido de un conflicto bélico, el cual comenzó el 1º de octubre de 1990 con la invasión desde Uganda por el Frente Patriótico Ruandés, compuesto por exiliados hutus expulsados del país por los hutus. A esta invasión, cuidadosamente planificada y organizada, siguió una guerra de cuatro años que resultó en la victoria militar del Frente Patriótico de Ruanda (FPR), el 1º de julio de 1994. El 6 de abril de 1994, los presidentes de Ruanda y Burundi, Juvénal Habyarimana y Cyprien Ntaryamira, respectivamente, murieron al precipitarse a tierra el avión en que viajaban, producto de un atentado terrorista, cuando este se encaminaba a aterrizar en la capital Kigali.

Todos estos hechos provocaron el inicio de una masacre inconmensurable que afectó a las comunidades hutu y tutsi que habitaban desde tiempos inmemoriales en la zona de los Grandes Lagos africanos, con un saldo de más de 300.000 civiles muertos, y más de un millón de refugiados.

Entre las graves violaciones al derecho internacional, estuvo la violación de la soberanía ruandesa y la planificación y la ejecución de la guerra por parte del presidente Museveni, de Uganda, y de los dirigentes del FPR, así como el manejo de la guerra por el Ejército Patriótico Ruandés (APR<sup>54</sup>), y por los defensores de Ruanda<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Por sus siglas en inglés.

<sup>55</sup> JOHN PHILPOT, “El Tribunal Internacional para Ruanda: la justicia traicionada”, en <http://www.inshuti.org/jurista.htm>.

En este conflicto se violaron, a la vez, los principios fundamentales del derecho internacional, del derecho humanitario internacional y de importantes tratados y cartas africanas. Un análisis de las violaciones cometidas debería permitir aclarar en forma significativa las cuestiones jurídicas y de hecho que estuvieron en juego.

Ante estos graves hechos, las Naciones Unidas, fuertemente criticadas, al igual que Estados Unidos, Francia y Bélgica por su inacción en los peores momentos de la masacre, tomó la iniciativa de intervenir a gran escala en la zona con el fin de detener la masacre.

El equipo de derechos humanos de la ONU estableció que el propósito de los asesinatos era una campaña de limpieza étnica destinada a limpiar las zonas en el sur de Ruanda para la habitación tutsi. Los asesinatos también sirvieron para reducir la población de hombres refugiados hutus y disuadirlos de volver a reclamar sus tierras<sup>56</sup>. Probablemente nunca se sabrá cuántas personas murieron en el genocidio de Ruanda. Se calculan entre 500.000 y 1.000.000. Si fueran 800.000 equivaldrían al 11 por ciento del total de la población y 4/5 de los tutsis que vivían en el país. Tampoco se sabe cuántas víctimas ha provocado la venganza tutsi. Aunque se habla del “otro genocidio”, parece que no es en absoluto comparable.

Los antecedentes revelados por la prensa de la época conmovieron e impactaron a la opinión pública del mundo, ante el hecho de producirse un genocidio después de 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Con estos antecedentes, y por la solicitud expresa de Ruanda —que ocupaba un puesto no permanente del Consejo de Seguridad en esa época—, se decidió que en virtud de lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que ordena al Consejo tomar las medidas necesarias para restablecer la paz y la seguridad del mundo, se decidió establecer un *Tribunal Penal Internacional para Ruanda*.

b) *Conformación y competencia del Tribunal.* El Tribunal para Ruanda lo creó la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; tiene como base una estructura similar al del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Este Tribunal o Corte conoce de los crímenes cometidos durante el genocidio de los hutu y tutsi en el territorio de Ruanda y países vecinos entre el 1º de enero y 31 de diciembre de 1994. El Tribunal empezó a funcionar en Arusha

<sup>56</sup> Anexo, DNT 264, del caso Military —1 del TPIR—, 10 de septiembre de 1994. Nota de George Moose a Warren Christopher, secretario de Estado de los Estados Unidos, en [www.rwandadocumentsproject.net](http://www.rwandadocumentsproject.net)

(Tanzania) desde el 27 de noviembre de 1995, gracias a un acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno de dicho país. La Secretaría, común para los dos tribunales penales internacionales, se estableció en La Haya con el objetivo de aumentar la eficiencia de la Fiscalía.

El Tribunal de Ruanda se autorizó para procesar a ruandeses o extranjeros responsables de los siguientes delitos establecidos en el Estatuto:

- Genocidio;
- Crímenes contra la humanidad, y
- Violaciones al artículo 3º común de los convenios de Ginebra.

c) *La Fiscalía*. De conformidad con el artículo 15 del Estatuto, el fiscal del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia también actúa como fiscal del Tribunal Internacional para Ruanda, con sede en La Haya, donde desempeña su función dual. Al igual que su contraparte en el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, la oficina del fiscal consta de cuatro secciones principales: la Sección de Investigaciones, la Sección de Enjuiciamiento, la Sección de Servicios Jurídicos y la Sección de Registros, y la Administración. Algunas de estas secciones se hallan en Kigali, mientras que otras, como la Sección de Servicios Jurídicos, son comunes a los dos tribunales penales internacionales. La Sección de Registros y la Administración es responsable de los sistemas informáticos de la oficina del fiscal y la manipulación, elaboración y presentación de todo el material, pruebas, declaraciones y otros documentos recibidos o generados por la oficina del fiscal.

A la Fiscalía le corresponde buscar evidencias de las autorías individuales de los crímenes investigados por la Corte, en conjunto con una Unidad de Evidencia, y al mismo tiempo de acusar ante el Tribunal a las personas investigadas.

d) *La Corte de Juzgamiento y la de Apelaciones*. Se compone por tres salas o cámaras de primera instancia, conformadas por tres jueces cada una. El 14 de agosto de 2002, el Consejo de Seguridad por resolución, agregó a la lista permanente de 16 jueces, una de ocho jueces *ad litem* para completar e integrar las salas del Tribunal. Fuera de estas tres salas de primera instancia, el TPIR comparte una cámara o sala de apelaciones con el TPI para la ex Yugoslavia, y una sala de registro.

e) *Principales procesos*. A fines de octubre de 2005, el Tribunal había ordenado la detención de más de 500 personas, de las cuales 71 habían sido puestas a su disposición. De todas ellas, seis estaban cumpliendo sentencia firme en Malí, mientras que el resto (salvo seis que fueron libe-

rados) se encontraba pendiente de juicio o sentencia. De las sentencias proferidas, dos constituyen casos emblemáticos:

— Caso Akayesu

Constituye un hito mundial al ser considerada la primera condena internacional por genocidio y la primera en reconocer la violencia sexual como actos constitutivos de genocidio. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, creado el 8 de noviembre de 1994, en el caso Akayesu, declaró al acusado culpable de violación, por no haber impedido ni detenido una violación en su calidad de oficial, y no por haberla cometido personalmente. El Tribunal consideró que la violación constituía tortura y que, dadas las circunstancias, la violación generalizada, como parte de unas *medidas dirigidas a impedir nacimientos dentro del grupo*, constituía un acto de genocidio. Por ejemplo, en las sociedades donde la pertenencia a una etnia está determinada por la identidad del padre, violar a una mujer para dejarla embarazada puede impedirle dar a luz a su hijo en el seno de su propio grupo.

— Caso Jean Paul Akayesu

Antiguo alcalde de la ciudad ruandesa de Taba; arrestado en Zambia el 10 de octubre de 1995 y transferido a la Unidad de Detención del Tribunal en Arusha el 26 de mayo de 1996. El juicio comenzó en junio de 1997 y el 2 de septiembre de 1998 la Cámara Procesal I lo encontró culpable de genocidio, incitación directa y pública a cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad. El 2 de octubre de 1998 sentenciado a prisión de por vida. Akayesu cumple condena a cadena perpetua en una prisión de Malí.

f) *Críticas al Tribunal.* El funcionamiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha sido muy limitado y ha estado sometido a duras críticas y profundos escándalos por la intervención de los norteamericanos en su funcionamiento<sup>57</sup>.

El 9 de julio 2009, el “New York Times”<sup>58</sup> informó que la administración Obama había seleccionado a Stephen Rapp para reemplazar a Pierre Prosper, embajador especial para crímenes de guerra de la administración Bush. Rapp, un antiguo fiscal de Estados Unidos en Cedar Rapids (Iowa) y político demócrata, comenzó su carrera internacional en el Tribunal Penal

<sup>57</sup> PETER ERLINDER, “El encubrimiento de crímenes de guerra en Ruanda”, en <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=91419>

<sup>58</sup> Marlise Simons, “Lawyer picked for U. S. war crimes post”, en “New York Times”, 9 de julio de 2009.

Internacional para Ruanda (TPIR) en 2001, mientras Carla del Ponte era fiscal jefe del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. La nominación de Rapp se realizó pocos meses después de que fuesen publicadas en inglés las memorias de Del Ponte de sus años como fiscal jefe de los tribunales de la ONU, tituladas: *Señora fiscal: confrontando los peores criminales de la humanidad y la cultura de la impunidad*<sup>59</sup>.

El libro de la exfiscal Carla del Ponte describe con detalle el encubrimiento sistemático de los Estados Unidos de los crímenes cometidos por el actual gobierno ruandés, aliado de Estados Unidos durante el genocidio de Ruanda, y la forma en que fue removida de su cargo del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en 2003 por el embajador Prosper de Estados Unidos, cuando se negó a cooperar con las acciones de encubrimiento.

Según Del Ponte, la oficina de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) obtuvo pruebas para procesar al actual presidente de Ruanda, Paul Kagame, por hechos relacionados con el genocidio, cuando ordenó el asesinato del presidente Juvénal Habyarimana, mucho antes de 2003. Del Ponte también señaló las decenas de lugares de las masacres, con miles de víctimas, por las que Paul Kagame y su ejército deberían ser procesados. La aseveración extensamente difundida, de que *se desconoce la identidad de los asesinos de Habyarimana* es una mentira descarada, bien conocida por los fiscales del TPIR, de acuerdo con Carla del Ponte.

Dos años después de la destitución de Carla del Ponte, Stephen Rapp se convirtió en responsable de la sección de la Fiscalía de la división de procesamiento del TPIR, con acceso a todas las pruebas conocidas por Del Ponte, y más que se han hecho públicas en los últimos años. Durante sus cuatro años en el Tribunal, tanto Rapp como Del Ponte estaban en condiciones de procesar a Kagame y a miembros del actual gobierno de Ruanda; pero el Tribunal no ha procesado ni siquiera a un miembro del ejército de Kagame hasta ahora... y el encubrimiento denunciado por Del Ponte continúa en la actualidad. A Rapp se le compensó con el nombramiento para el codiciado puesto de fiscal jefe del Tribunal Penal para Sierra Leona, financiado por Estados Unidos.

Aunque Estados Unidos ha conseguido evitar el procesamiento de Kagame y su banda en el TPIR, otros tribunales han procesado a Kagame y a sus colaboradores. A finales de 2007, el juez francés Bruguière acusó

<sup>59</sup> Del Ponte and Sudetic, *Madame prosecutor: Confrontations with humanity's worst criminals, and the culture of impunity* (The Other Press, NY, 2009).

a los asesinos de Habyarimana y recomendó personalmente a Kofi Annan, secretario general de la ONU, que el TPIR procesase a Kagame<sup>60</sup>. En febrero de 2008, el juez español Meirelles profirió una acusación formal (180 páginas), específicamente contra Kagame, por genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad que incluían masacres de más de 300.000 civiles<sup>61</sup>.

De conformidad con la competencia temporal y espacial, el Tribunal no puede procesar a los responsables de la eliminación de personas de la etnia hutu durante la guerra de cuatro años, ni del asesinato arbitrario de hutus de Ruanda que se dio de manera continua. Al no tener la capacidad de hacerlo, tampoco examinará la posibilidad de acusar a funcionarios de los gobiernos de Bélgica, de Estados Unidos o de Uganda, por la planificación del asesinato de ambos presidentes hutus el 6 de abril de 1994, a pesar de la prueba extensa sobre esos crímenes que merecen una investigación seria.

El Tribunal tampoco acusará al presidente Museveni de Uganda por haber desplegado siete batallones del ENR en Ruanda en febrero de 1993. Los soldados del FPR/ENR lanzaron duros ataques en las regiones de Ruhengeri y de Byumba en los que mataron a más de 40.000 civiles inocentes, entre ellos mujeres y niños. Los ataques provocaron el éxodo de aproximadamente un millón de refugiados. Por su mandato actual, el Tribunal no puede juzgar ciudadanos no ruandeses por actos cometidos fuera de Ruanda. Además, como el mandato del Tribunal está limitado a lo sucedido en 1994, no puede tratar acontecimientos que ocurrieron en 1993. No acusará a miembros del FPR/EPR de los crímenes que cometieron en el transcurso de la guerra, o después. Esto equivale a una impunidad institucionalizada que no hará más que minar cualquier intento de conseguir la reconciliación nacional y la reconstrucción en Ruanda.

#### F) La Corte Penal Internacional: una Corte de carácter permanente e independiente

La historia de la humanidad ha estado plagada de guerras, matanzas, genocidios y crímenes asociados al poder y a los imperios. La guerra,

<sup>60</sup> Del Ponte, “Madame prosecutor”, págs. 234-235, 240, en [www.rwandadocumentsproject.net](http://www.rwandadocumentsproject.net)

<sup>61</sup> “Juez español acusa a las fuerzas de Ruanda”, *BBC News*, 6 de febrero de 2008. Véase, acusación del 6 de febrero de 2008, basada en crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio cometidos por Paul Kagame y 40 oficiales de alto rango, las denuncias de la prefectura incluyen las muertes de civiles, en <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=91419>

ese monstruo generador de millones de crímenes, es tan antigua como la humanidad. Para MARX, “la historia de todas las sociedades que han existido hasta nuestros días es la historia de la lucha de clases”<sup>62</sup>. Para ROUSSEAU, “las guerras surgieron cuando alguien cercó un pedazo de tierra y se apropió de ellas”<sup>63</sup>.

Durante milenios se consideró a los gobernantes investidos de “poder divino”. Incluso, algunos, como el “Rey Sol”, Luis XIV quien gobernó 72 años a Francia, consideraba que el Estado era él<sup>64</sup>, por lo que eran intocables a la justicia, que era su arbitrio y voluntad. Nadie pensaba que a los gobernantes se les podía juzgar por sus crímenes, que eran el ejercicio legítimo del poder. Millones de hombres eran sacrificados en las guerras, que se glorificaban en honor del gobernante. Se consideraba legítima hacerlas, para expandir el poder, el dominio y la riqueza. A través de ellas se esclavizaban pueblos y naciones enteras. La gloria del gobernante era mayor, en cuanto más grande y poderoso fuera su imperio. Felipe II, rey de España, pudo afirmar que en su imperio no se ocultaba el sol. Otros como Hitler soñaron con un imperio de mil años. Por ello, sacrificaron, torturaron, quemaron, destruyeron, desaparecieron o conquistaron miles de pueblos y naciones, y millones de seres humanos. Nunca hubo justicia, y por el contrario, se cantaban loas a los vencedores, los mayores criminales, que seguramente por ello vencieron.

Ya entrado el siglo XX se desató la “Gran Guerra” que produjo cerca de 20 millones de seres humanos sacrificados en el reparto imperialista en Europa. Por primera vez, algunas naciones, las vencedoras, consideraron que se debía juzgar a los responsables que fueron vencidos, y se propuso entonces en el Tratado de Versalles, el juzgamiento del emperador Guillermo II.

<sup>62</sup> CARLOS MARX y FEDERICO ENGELS, “Manifiesto del Partido Comunista”, en *Obras Escogidas*, t. 1, Moscú, Ediciones en Lenguas Extranjeras, s.f., pág. 21.

<sup>63</sup> “El primero que habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de decir: «Esto me pertenece», y halló gentes bastantes sencillas para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Qué de crímenes, de guerras, de asesinatos, de miserias y de horrores no se hubiera ahorrado al género humano! el que, arrancando las estacas o llenando la zanja, hubiere gritado a sus semejantes: «Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos pertenecen a todos y que la tierra no es de nadie»”. J. J. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, en Obras Escogidas, París, Garnier Hermanos, 1909, pág. 97.

<sup>64</sup> La frase *L'État, c'est moi* (“El Estado soy yo”) se le atribuye frecuentemente, aunque está considerada por los historiadores como una imprecisión histórica (si se hace caso de las fechas, Luis tendría cinco años cuando lo dijo), ya que es más probable que dicha frase fuera forjada por sus enemigos políticos para resaltar la visión estereotipada del absolutismo político que Luis representaba.

mo II de Alemania y sus oficiales secuaces alemanes y turcos por crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra. Pero no fue posible, porque este se refugió en Holanda, país neutral en la guerra, quien lo protegió, por considerar que el juicio sería con leyes retroactivas violando principios de legalidad. Entonces, no se pudo hacer el juicio al emperador y demás comprometidos en desencadenar la matanza de la “Gran Guerra”, en las que se utilizaron métodos pérpidos como el gas mostaza y balas explosivas.

Durante la segunda guerra mundial, los países aliados crearon mediante la “Declaración de Saint James” la “Comisión de las Naciones Unidas para los crímenes de guerra”, la cual documentó 8.178 expedientes de presuntos criminales de guerra, que sirvió como centro de investigación entre los gobiernos<sup>65</sup>. Al final de la guerra se instalaron tribunales militares internacionales en Núremberg, Tokio, China, Corea y Vietnam para juzgar a los responsables de las violaciones contra la humanidad y de guerra prohibidas por las convenciones de La Haya y de Ginebra de 1925.

Estos juicios adelantados contra los principales responsables de crímenes de guerra, genocidio y contra la humanidad de las potencias del Eje (Alemania, Japón, Italia), fueron criticados por juristas debido a que se adelantaron por delitos que no se hallaban definidos como tales en ningún estatuto anterior a la guerra, por tribunales *de facto* creados con posterioridad a los hechos, y por las potencias vencedoras, lo que violaban principios de legalidad, juez natural, irretroactividad de las normas penales, imparcialidad. Todo ello puso en evidencia la necesidad de crear un tribunal de carácter permanente, independiente, por lo que se creó en el marco de la Organización de las Naciones Unidad una Comisión de Derecho Internacional que recopilara las normas del proceso de Núremberg y de elaborar un proyecto de estatuto para una Corte Penal Internacional.

La Comisión de Derecho Internacional de la ONU inició el trabajo de elaboración de proyectos de estatuto en 1947, siendo presentado un primer proyecto a la Asamblea General de la ONU en 1951 y otro en 1954. Posteriormente, la dificultad de definir el delito de agresión (antes crímenes contra la paz), y el desarrollo de la “guerra fría”, paralizó los avances en la concreción del proyecto y de un tratado hasta 1990, cuando se reiniciaron los trabajos, presentando un proyecto en 1994.

El regreso de la guerra a Europa, con los crímenes de limpieza étnica en las antiguas repúblicas de Yugoslavia, y el genocidio en Ruanda, conmocionaron a la opinión pública internacional y voceros de diferentes

<sup>65</sup> United Nations War Crimes Commission, “History of the United Nations War Crimes Commission and the development of the laws of war 89-92” (1948).

Estados, que los llevaron a solicitar el establecimiento de tribunales penales internacionales para juzgar estos desafueros, por lo que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó en 1993 un Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y en 1994 para Ruanda.

La continuidad de las guerras internacionales y los conflictos internos en las naciones, con muy graves y masivas violaciones de las leyes de la guerra y crímenes contra la humanidad, llevaron a las Naciones Unidas a pensar en la necesidad de establecer un código o estatuto donde se definieran dichas conductas como delitos, con sus correspondientes penas, y un tribunal penal internacional de carácter permanente e independiente que superara las fundadas críticas de los tribunales *de facto*.

Es así como en 1995, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó un Comité Preparatorio que retomó los borradores presentados en 1994 y preparó en seis reuniones los textos de la Corte Penal Internacional<sup>66</sup>, que serían debatidos en la conferencia diplomática del 15 de junio al 17 de julio de 1998, en la sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) en Roma. Al final de la conferencia se aprobó el 17 de julio por 120 Estados, 7 votos en contra<sup>67</sup> y 21 abstenciones, con participación de 5.000 delegados de Estados y Organizaciones No Gubernamentales de todo el mundo. Estados Unidos lideró la oposición al tratado pero terminó derrotado. Sin embargo, Estados Unidos impidió que se definiera el delito de agresión internacional, y se estableciera facultades al Consejo de Seguridad de postergar las investigaciones de la Corte, por doce meses renovables; y una reserva para conocer la Corte por crímenes de guerra por siete años para los países que la hagan al momento de suscribir el estatuto. La Corte tiene carácter independiente y se halla vinculada a las Naciones Unidas por medio de acuerdo aprobado por la asamblea de los Estados partes, y establece, además, que recibió fondos de la ONU para su funcionamiento.

a) *Competencia de la Corte Penal Internacional.* El Estatuto de la Corte establece en el artículo 5º, que la competencia se limitará a los crímenes más graves de violación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario de trascendencia para la Comunidad Internacional, que venían tratando de ser definidos y sancionados desde el Tratado

<sup>66</sup> El Comité Preparatorio se reunió del 25 de marzo al 12 de abril de 1996, del 12 al 30 de agosto de 1996, del 11 al 21 de febrero de 1997, del 4 al 15 de agosto de 1997, del 1º al 12 de diciembre de 1997, y del 16 de marzo al 3 de abril de 1998.

<sup>67</sup> Los países que votaron en contra fueron: Estados Unidos, China, Israel, Filipinas, India, Sri Lanka y Turquía. Estados Unidos a la fecha aún no ha suscrito el tratado.

de Versalles. Es así como la Corte solo podrá conocer de los siguientes puntos:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra, y
- d) El crimen de agresión<sup>68</sup>.

El delito de genocidio se definió en similares términos a como lo hizo la convención aprobada por las Naciones Unidas en 1948; es decir, se entiende por genocidio todos los actos dirigidos a eliminar un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como las matanzas, lesión grave física o mental, medidas dirigidas a impedir el nacimiento en el seno del grupo o traslado a la fuerza de niños de un grupo a otro.

Con relación al delito de lesa humanidad, este se definió como los ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil, en especial el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de población, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, desaparición forzada de personas, el *apartheid* y persecución a grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, étnicos, religiosos, culturales, de género u otros similares.

Respecto a los crímenes de guerra, en ellos quedaron incorporados la mayoría de las prohibiciones contenidas en las convenciones de Ginebra de 1948, y los protocolos adicionales de 1977, aplicables en los conflictos internacionales, en especial los homicidios extrajudiciales, la tortura, los graves sufrimientos, y otros tratos crueles o inhumanos, la toma de rehenes, destruir o apropiarse de bienes o edificios culturales, religiosos, de organizaciones humanitarias, de arte, científicos, de salud, matar o herir a traición, o declarar que no se dará cuartel.

Igualmente entran dentro de los delitos de lesa humanidad, las prohibiciones establecidas en el artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra y el Protocolo II de 1977, que rige para los conflictos de carácter no internacional o internos, donde se prohíbe el desplazamiento forzado de personas, reclutar a niños menores de 15 años, la toma de rehenes, la tortura, el ataque o muerte contra las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas

<sup>68</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 5º, “Compilación de derecho penal internacional”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003.

y combatientes que hayan depuesto las armas o hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o cualquiera otra causa.

Respecto al “crimen de agresión”, antiguamente denominado “crimen contra la paz”, no quedó definido, y la competencia de la Corte solo podrá ejercer una vez se haya definido en otra conferencia diplomática de los Estados partes, que debe ser convocada por el secretario general de las Naciones Unidas después de los siete años de entrado en vigencia, en los que se podrá revisar todo el estatuto, en especial la lista de crímenes de su competencia. Dicha conferencia se reunió en junio de 2010 y definió el delito de agresión.

La Corte tiene competencia respecto a los delitos cometidos por los nacionales de un Estado parte, o cuando el Estado ha aceptado su competencia y el crimen se haya cometido en su territorio, o a bordo de un buque o aeronave.

b) *De los principios generales y de la pena.* El Estatuto de la Corte es respetuoso de los principios generales del derecho penal, como el principio de legalidad, de cosa juzgada, de intencionalidad de la conducta, de irretroactividad de la ley penal, de juez natural, de debido proceso, de la presunción de inocencia, de la doble instancia, y de la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte.

Es así como establece la estricta tipicidad, prohibiendo la analogía en el juzgamiento de los delitos, instituyendo que solo podrá ser juzgado si al momento de los hechos se halla definida dicha conducta como delito en el Estatuto, y si es posterior la ocurrencia a la entrada en vigor para el Estado parte. Preserva, igualmente, el principio del *in dubio pro reo*: “en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”<sup>69</sup>.

Establece, igualmente, que nadie que haya sido juzgado, condenado o absuelto por la Corte, puede volver a ser juzgado por esos mismos hechos por la Corte o por otro tribunal, a menos que “obedeciera al propósito de sustraer al acusado de la responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera, que en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> *Ibidem*, art. 22, *idem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*, art. 20, *idem*.

c) *Responsabilidad penal individual.* A diferencia de las demás Cortes e instancias internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la de La Haya, que sancionan a los Estados por violación del derecho internacional, el Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé que su competencia se refiere a las personas naturales, y que quien cometa un crimen de competencia de la Corte será responsable individualmente, salvo que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.

De conformidad con esta previsión, podrá ser penado por la Corte quien...

”a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable;

”b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

”c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

”d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

”i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte, o

”ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

”e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

”f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma, no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

”Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales, afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> *Ibidem*, art. 25, *idem*.

Otro aspecto importante consagrado en el Estatuto respecto a la responsabilidad personal, es lo relacionado con la inexistencia de fueros o inmunidades concernientes con un cargo oficial, ya que el Estatuto es aplicable a todos sin distinción alguna, sea jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno. En ningún caso estos cargos los eximirá de responsabilidad penal, ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

Además, el Estatuto establece la total responsabilidad de los jefes y otros superiores militares, cuando los crímenes de la competencia de la Corte hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando hubiere sabido o debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos, o no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento, o hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos<sup>72</sup>.

Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate, y no supiera que la orden era ilícita, y esta no fuera manifiestamente ilícita. Al respecto establece el Estatuto que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas<sup>73</sup>.

Respetuoso de los principios del derecho penal, una persona será penalmente responsable, y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte, únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Al respecto se entiende que actúa intencionalmente quien...

- a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
- b) Respecto a una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

Se establece en el Estatuto que, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una con-

<sup>72</sup> *Ibidem*, arts. 28 y 29, pág. 31, *idem*.

<sup>73</sup> *Ibidem*, art. 33, pág. 34, *idem*.

secuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido<sup>74</sup>.

A continuación se consagra extensamente las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, a quienes en el momento de incurrir en una conducta padecieren de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte; actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar; contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos; hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar, o esa amenaza haya sido hecha por otras personas o estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

Finalmente, se consagra como eximiente de responsabilidad penal, el error de hecho solo si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen. Respecto al error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte, no se considerará eximiente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximiente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen.

d) *Estructura de la Corte.* El Estatuto de la Corte estable que estará compuesta por los siguientes órganos:

- a) La Presidencia;
- b) Una Sección de Apelaciones;

<sup>74</sup> *Ibidem*, art. 30, pág. 32, *idem*.

- c) Una Sección de Primera Instancia;
- d) Una Sección de Cuestiones Preliminares;
- e) La Fiscalía, y
- f) La Secretaría.

Inicialmente el Estatuto estableció que la Corte se conformaría con 18 magistrados de dedicación exclusiva, pero que la Presidencia podrá proponer se aumente su número. Los magistrados son elegidos entre personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad, y nacionales de los Estados partes. No podrán ser elegidos dos magistrados de un mismo Estado parte, pero tendrán representación de los distintos sistemas jurídicos, con distribución geográfica equitativa y con equidad de magistrados hombres y mujeres.

Para ser candidato se requiere, además, tener reconocida competencia en derecho y procedimiento penal, y la necesaria experiencia en causas penales en calidad de magistrado, fiscal, abogado u otra función similar; o reconocida competencia en materias pertinentes de derecho internacional, tales como el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos, así como gran experiencia en funciones jurídicas profesionales que tengan relación con la labor judicial de la Corte. Además, los candidatos a magistrado deberán tener un excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los dos idiomas de trabajo de la Corte, el inglés y francés<sup>75</sup>.

Además de la Presidencia, la Corte tendrá una Sección de Apelaciones (conformada por un presidente y cuatro magistrados); la Sección de Primera Instancia (de no menos de seis magistrados, con tres salas cada una), y la Sección de Cuestiones Preliminares (de no menos de seis magistrados, con salas de tres o incluso de un magistrado).

La Fiscalía actúa como órgano separado de la Corte, y se halla compuesta por un fiscal y uno o varios fiscales adjuntos, que son personas de alta consideración moral, alto nivel de competencia y experiencia en ejercicio de la acción penal y sustanciación de causas penales. El fiscal es elegido en votación secreta por mayoría absoluta de los miembros de la asamblea de los Estados partes para un período de nueve años. Los fiscales adjuntos son elegidos de la misma forma de ternas elaboradas por el fiscal, por igual tiempo que el fiscal.

La Secretaría es la encargada de aspectos no judiciales y de prestarle servicios a la Corte. Se halla dirigida por el secretario que es elegido por

<sup>75</sup> *Ibidem*, art. 50, pág. 32, *idem*.

los magistrados de la Corte para un período de cinco años, por mayoría absoluta en votación secreta.

e) *De la investigación y enjuiciamiento.* De la información conocida por el fiscal, este puede iniciar una investigación si considera que hay fundamento razonable para ello, y es admisible con las reglas de la Corte sobre competencia, para lo cual podrá tomar medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación, aun en el territorio del Estado parte, practicando pruebas, interrogando y oyendo a las personas objeto de investigación, a las víctimas y a los testigos.

f) *Derechos de los procesados.* En las investigaciones, el fiscal deberá respetar el derecho de las personas, y por tanto:

a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;

b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes;

c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente, contará, sin cargo o pago alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad, y

d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios, ni será privado de su libertad, salvo por los motivos previstos en el Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él.

Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el fiscal o por las autoridades nacionales, tendrá, además, los siguientes derechos que le serán informados antes del interrogatorio:

a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte;

b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;

c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes, y

d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.

Las órdenes de detención o de comparecencia solo serán dictadas por la Sala de Cuestiones Preliminares a petición del fiscal, solo cuando...

“a) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte, y

”b) La detención parece necesaria para:

”i) Asegurar que la persona comparezca en juicio;

”ii) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte, o

”iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias”<sup>76</sup>.

El detenido por una orden de la Corte, deberá ser llevado ante un juez del Estado donde se detuvo para que se establezca si la orden le era aplicable, la detención fue llevaba a cabo conforme a derecho y si se le respetaron los derechos del detenido. El detenido podrá solicitar a la autoridad competente del Estado de detención la libertad provisional, que deberá ser notificada a la Sala de Cuestiones Preliminares, quien hará recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta plenamente antes de decidir, incluidas las relativas para impedir la evasión de la persona.

Tan pronto el imputado sea entregado a la Corte o haya comparecido voluntariamente, la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que haya sido informado de los cargos, incluyendo el derecho a solicitar la libertad provisional, que será estudiada por la Sala, que considerará si se le puede otorgar, con o sin condiciones.

Antes del juicio habrá otra audiencia de confirmación de los cargos, y se le entregará un documento en donde se formulan al imputado, y se le revelen las pruebas, con la presencia de un defensor. Antes de la audiencia el fiscal podrá proseguir la investigación, y modificar o retirar los cargos. En esta audiencia el imputado podrá impugnar los cargos, impugnar las pruebas presentadas por el fiscal y presentar las pruebas de la defensa. La Sala de Cuestiones Preliminares confirmará o no los cargos, con base en las pruebas. El fiscal los podrá modificar o solicitar otra audiencia para formularla con nuevas pruebas. De confirmarse los cargos, la Presidencia conformará una Sala de Primera Instancia para el juicio.

El juicio es público y solo podrá realizarse de hallarse presente el acusado. Al comenzar el juicio se le leerán los cargos al acusado que tendrá la oportunidad de declararse culpable o inocente. De declararse

<sup>76</sup> *Ibidem*, art. 58, pág. 53, *idem*.

culpable, la Sala establecerá que dicha manifestación haya sido voluntaria y consultada con su abogado defensor, y si los cargos están corroborados por los hechos y las pruebas, en este caso dictará sentencia. De no aprobarse se ordenará se prosiga el juicio.

Le corresponde a la Fiscalía probar la culpabilidad del acusado; y para dictar sentencia la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

El artículo 67 establece los derechos del acusado, los cuales son:

“a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;

”b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección;

”c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

”d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente, o a ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlos;

”e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo, a proponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el Estatuto;

”f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla;

”g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;

”h) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento, e

”i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas”<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> *Ibidem*, art. 67, pág. 62, *idem*.

La Corte podrá decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de las pruebas, y podrá decretar las que considere necesarias para establecer la veracidad de los hechos. No son admisibles las pruebas obtenidas con violación al debido proceso o de las normas de derechos humanos. Las pruebas se practican y debaten en el juicio, y serán la base exclusiva de la sentencia. Los testimonios pueden rendirse en forma oral o por escrito. Las deliberaciones de la Sala son secretas. El fallo podrá ser adoptado por mayoría y constará por escrito, e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría. La lectura del fallo o de un resumen de este se hará en sesión pública. De ser condenado, la pena será impuesta en audiencia pública y de ser posible en presencia del acusado.

g) *Las víctimas.* El Estatuto de la Corte establece principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Antes de tomar una decisión se oirán las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre. Sobre estas bases, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en el fallo, el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario. Nada de lo dispuesto sobre la reparación a las víctimas podrá interpretarse en perjuicio de sus derechos con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

h) *Penas aplicables.* Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Las penas establecidas en el Estatuto son:

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años, o
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Multa, y

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad.

i) *Apelación del fallo condenatorio o absolutorio, o de la pena.* Los fallos de la Corte serán apelables por las partes de conformidad con las siguientes reglas:

El fiscal en su nombre o del condenado, y el condenado podrán apelar por alguno de los motivos siguientes:

i) Vicio de procedimiento;

ii) Error de hecho;

iii) Error de derecho, o

iv) Cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo.

El fiscal o el condenado podrán apelar una sentencia en razón de la desproporción entre el crimen y la condena. La Corte, si al conocer de la apelación de una sentencia, considerase que hay fundamentos para revocar la condena en todo o parte o para reducir la pena, podrá invitar al fiscal y al condenado a que presenten sus argumentos sobre vicios de consentimiento o error de hecho o de derecho, tomando luego una decisión respecto de la condena. Salvo que la Sala de Primera Instancia ordene otra cosa, el condenado permanecerá privado de libertad mientras se falla la apelación. Si la duración de la detención fuese mayor que la de la pena de prisión impuesta, el condenado será puesto en libertad.

Si la sentencia fuere absolutoria, el acusado será puesto en libertad de inmediato, salvo que excepcionalmente y teniendo en cuenta entre otras cosas, el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que se dé lugar a la apelación. La Sala de Primera Instancia, a solicitud del fiscal, podrá decretar que siga privado de la libertad mientras dure la apelación, decisión que es igualmente apelable.

La Sala de Apelaciones tendrá todas las atribuciones de la Sala de Primera Instancia y podrá si establece vicios de procedimiento o errores de hecho o de derecho:

- a) Revocar o enmendar el fallo o la pena si considera que hay una desproporción entre el crimen y la pena, o
- b) Decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia.

En el fallo se enunciará las razones en que se funda la decisión. De no haber unanimidad, consignará las opiniones de la mayoría y de la minoría, si bien un magistrado podrá emitir una opinión separada o disidente sobre una cuestión de derecho.

La Sala de Apelaciones podrá dictar sentencia en ausencia de la persona absuelta o condenada. El fallo o la pena apelados únicamente por el condenado, o por el fiscal en nombre de este, no podrán ser modificados en perjuicio del procesado.

j) *Revisión del fallo condenatorio o de la pena.* El condenado o, después de su fallecimiento, el cónyuge, los hijos, los padres o quien estuviere vivo al momento de la muerte del acusado y tuviere instrucciones escritas del acusado de hacerlo, o el fiscal en su nombre, podrá pedir a la Sala de Apelaciones que revise la sentencia definitiva condenatoria o la pena por las siguientes causas:

- a) Se hubieren descubierto nuevas pruebas que...
- i) No se hallaban disponibles a la época del juicio por motivos que no cabría imputar total o parcialmente a la parte que formula la solicitud, y
  - ii) Son suficientemente importantes como para que, de haberse valorado en el juicio, probablemente hubieran dado lugar a otro veredicto;
- b) Se acabare de descubrir que un elemento de prueba decisivo, apreciado en el juicio y del cual depende la condena, era falso o habría sido objeto de adulteración o falsificación, y
  - c) Uno o varios de los jueces que intervinieron en la sentencia condenatoria o en la confirmación de los cargos han incurrido, en esa causa, en una falta o en un incumplimiento de sus funciones de gravedad suficiente para justificar su separación del cargo.

La Sala de Apelaciones rechazará la solicitud si la considera infundada. Si determina que la solicitud es atendible, podrá, según corresponda, convocar nuevamente a la Sala de Primera Instancia original; constituir una nueva Sala de Primera Instancia, o mantener su competencia respecto del asunto, para, tras oír a las partes, determinar si ha de revisarse o no la sentencia. En caso de que se revoque y en su reemplazo sea absuelto el procesado tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado. Si en circunstancias excepcionales la Corte determina la existencia de hechos concluyentes

que muestran que hubo un error judicial grave y manifiesto, tendrá la facultad discrecional de otorgar una indemnización.

k) *Ejecución de la pena.* Según el Estatuto, los Estados Parte deben compartir la responsabilidad por la ejecución de las penas privativas de libertad, que se cumplirán en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado estar dispuestos a recibir condenados; teniendo en cuenta las normas de tratados internacionales sobre el tratamiento de los reclusos, la opinión y la nacionalidad del condenado y otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado, o a la ejecución eficaz de la pena, según procedan en la designación del Estado de ejecución. Sin embargo, el condenado podrá en todo momento solicitar de la Corte su traslado del Estado de ejecución, y esta podrá en todo momento decidir el traslado del condenado a una prisión de un Estado distinto del Estado de ejecución; pero estará sujeta a la supervisión de la Corte y se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos.

Las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución y se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos. En todo caso, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución. La comunicación entre el condenado y la Corte será irrestricta y confidencial.

l) *Examen de una reducción de la pena.* El Estado de ejecución no podrá poner en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte. Solo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso.

Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena, o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte revisará la pena para determinar si esta puede reducirse. La revisión no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.

Al proceder a la revisión, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren alguno de los siguientes factores: que el recluso haya manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos, o si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a esta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas;

u otros factores que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.

m) *Ratificación del Estatuto por Colombia.* El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), entró en vigor el 1º de julio de 2002 para los Estados que lo ratificaron, luego de que el sexagésimo Estado lo hubiera hecho el 11 de abril del mismo año. El 29 de junio de 2009, el Estatuto de Roma contaba con 139 firmas y lo habían ratificado 109 Estados. El gobierno colombiano, en cabeza de Andrés Pastrana, lo ratificó el 6 de agosto de 2002, haciendo uso de la reserva de siete años sobre la competencia de la Corte para conocer los crímenes de guerra, y entró en vigor para Colombia el 1º de noviembre de 2002 en virtud de la ley 472 de 2002.

El Estatuto de la CPI consagra instituciones diferentes y contrarias a la Constitución Política de Colombia de 1991, por lo que se hizo necesario aprobar un acto legislativo para compaginar las instituciones de la Carta constitucional con el Estatuto de Roma, adicionando el artículo 93 de nuestra Constitución<sup>78</sup>. En el Estatuto de la CPI, se establece —entre otros preceptos diferentes a la Constitución colombiana— la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte; la indeterminación de la pena prohibida en el artículo 29 de nuestra Carta; la pena de prisión perpetua; la competencia de la Corte para juzgar delitos ya juzgados en Colombia, cuando la CPI considere que los juicios fueron para sustraer a las naciones de la competencia de la Corte Penal Internacional; que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial, y dadas estas circunstancias sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia, o que las penas no sean proporcionales a los crímenes.

La constitucionalidad de dicha norma se despejó con la sentencia C-578 de 2002, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espi-

<sup>78</sup> El texto del acto legislativo es el siguiente: “Acto legislativo 2 del 27 de diciembre de 2001. Por el cual se adiciona el art. 93 de la Constitución. Art. 1º. Adíquese el art. 93 de la Constitución con el siguiente texto: «El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él»”.

nosa, de fecha 30 de julio de 2002. En esta sentencia se hace un pormenorizado análisis del Estatuto, y se concluye que la norma es exequible, clarificando que los “... tratamientos diferentes en materias sustanciales fueron permitidos por el acto legislativo 2 de 2001 exclusivamente dentro del ámbito del ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, no se menoscaba el alcance de las garantías establecidas en la Constitución respecto del ejercicio de las competencias propias de las autoridades nacionales”<sup>79</sup>.

Pese a que el Estatuto de la CPI no estableció la competencia para juzgar otros crímenes graves contra los derechos humanos, la paz internacional y el derecho internacional humanitario, como el uso de las bombas atómicas y neutrónicas, el láser enceguecedor como arma de guerra, la demora en repatriar prisioneros de guerra, la convención sobre la prohibición del uso militar hostil o de otro tipo de técnicas modificatorias del medioambiente, uso de armas fragmentarias no detectables, minas de tierra antipersonales, armas incendiarias, constituye un gran avance para la penalización de los crímenes más graves contra la humanidad y los derechos humanos.

Cabe resaltar que la CPI tiene competencia para juzgar a los responsables de los crímenes de guerra y los de lesa humanidad cometidos en Colombia, bien sea ejecutados por integrantes de las fuerzas armadas o funcionarios civiles del Estado, o por los grupos irregulares que aquí operan. Por otra parte, el gobierno de Uribe firmó con los Estados Unidos un acuerdo de inmunidad o impunidad para los miembros de la misión militar en Colombia y sus contratistas que cometan crímenes de competencia de la CPI en Colombia. Se destaca que con la ratificación del Estatuto no ha quedado prohibido el indulto o la amnistía para los delitos políticos, pero sí para los delitos de competencia de la Corte.

La Federación Internacional de Organizaciones de Derechos Humanos (FIDH) y sus organizaciones, desde 2005 transmiten al fiscal de la Corte sistemáticamente informaciones sobre los crímenes competencia de la CPI cometidos en Colombia, especialmente por los paramilitares a pesar del proceso de desmovilización. La FIDH también ha enviado comunicaciones sobre crímenes cometidos por otras partes en el conflicto. La FIDH realiza, así mismo, un seguimiento de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, para determinar si Colombia tiene la voluntad y la capacidad real de investigar y de perseguir a los más altos responsables de los crímenes más graves

<sup>79</sup> Corte Constitucional, sent. C-578 de 2002, M. P., Manuel José Cepeda Espinosa.

cometidos en su territorio, en especial los cometidos por las estructuras paramilitares, que se han beneficiado históricamente de impunidad y de protección por parte del aparato del Estado. Estas informaciones las comunican sistemáticamente a la Fiscalía de la CPI. Colombia entonces se halla bajo análisis preliminar de la CPI.

La vieja aspiración del establecimiento de una Corte o Tribunal Penal Internacional que sancionara ejemplarmente los más graves crímenes contra la humanidad, es una realidad, y en la actualidad ya se encuentra operando e instruyendo procesos contra varios criminales de guerra de diferentes partes del mundo. Colombia se encuentra dentro de los Estados sobre los cuales se halla recogiendo información el fiscal Luis Moreno Ocampo en observación preliminar<sup>80</sup>. La impunidad para los más grandes crímenes contra la humanidad debe ceder a medida que avancen los juicios ante la CPI. Es la esperada y necesaria justicia para los más graves crímenes contra el género humano. La globalización tan esperada por la humanidad y tan temida por los autores de crímenes de guerra y contra la humanidad, al fin llegó en los albores del siglo XXI, y llegó para quedarse para siempre.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Anexo, DNT 264, del caso Military —1 del TPIR—, 10 de septiembre de 1994. Nota de George Moose a Warren Christopher, secretario de Estado de Estados Unidos, en [www.rwandadocumentsproject.net](http://www.rwandadocumentsproject.net)

CABANELAS, GUILLERMO: *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. I, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1984.

CALVO, CARLOS: *Derecho internacional, teórico y práctico de Europa y América*, t. 1, París, 1868.

“Compilación de derecho penal internacional”. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003.

“Compilación de normas y tratados internacionales vigentes en Colombia”. Personería de Bogotá, 1998.

<sup>80</sup> El fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, anunció formalmente en 2004 el inicio de las investigaciones en la República Democrática del Congo y en Uganda. Luego se sumaron casos que involucran a la República Centroafricana y a Sudán, al tiempo que se analizan situaciones en Colombia, Afganistán y Georgia. En desarrollo de esas investigaciones se han emitido 13 órdenes de arresto y 4 personas han sido transferidas al centro de detención de la CPI en La Haya.

Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, M. P., Manuel José Cepeda Espinosa.

Del Ponte and Sudetic: *Madame prosecutor: Confrontations with humanity's worst criminals, and the culture of impunity* (The Other Press, NY, 2009).

Del Ponte: “Madame prosecutor”, en [www.rwandadocumentsproject.net](http://www.rwandadocumentsproject.net)

DEVAL, JUAN MANUEL: Introducción a *De los delitos y de las penas*, de CESARE BECCARIA, Barcelona, Edic. Altaya, 1994.

*Diccionario Encyclopédico Espasa*, t. 1, Madrid, Espasa Calpe, 1992.

ERLINDER, PETER: “El encubrimiento de crímenes de guerra en Ruanda”, en <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=91419>

Estatuto de la Corte Penal Internacional, compilación de derecho penal internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003.

LUQUE ÁNGEL, EDUARDO: *El derecho de asilo*, Bogotá, Pontificia Universidad Católica Javeriana, 1959.

MARX, CARLOS y ENGELS, FEDERICO: “Manifiesto del Partido Comunista”, en *Obras escogidas*, t. 1, Moscú, Ediciones en Lenguas Extranjeras, s.f.

O'DONNELL, DANIEL: *Protección internacional de los derechos humanos*, 2<sup>a</sup> ed., Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987.

PHILPOT, JOHN: “El Tribunal Internacional para Ruanda: la justicia traicionada”, en <http://www.inshuti.org/jurista.htm>

PRIETO SANJUÁN, RAFAEL A.: *La internacionalización de la jurisdicción penal - De Versalles a Bagdad*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

QUINTANA ARANGUREN, JUAN JOSÉ: *Instituciones básicas de derecho internacional público*, Bogotá, Fondo Editorial, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1995.

ROLLE, CLAUDIO: *La Revolución Francesa en sus documentos*, Hachette, Edic. Universidad Católica de Chile, 1990.

ROUSSEAU, J. J.: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, en *Obras Escogidas*, París, Garnier Hermanos, 1909.

SECO, MANUEL; ANDRÉS, OLIMPIA y RAMOS, GABINO: *Diccionario del español actual*, Madrid, Aguilar, 1999.

SIMONS, MARLISE: “Lawyer picked for U. S. war crimes post”, en “New York Times”, 9 de julio de 2009.

YEPES, JESÚS MARÍA: “El derecho de asilo”, *Universitas* 15, Bogotá, Pontificia Universidad Católica Javeriana, 1958.

[www.acnur.org/biblioteca.pdf/6076.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca.pdf/6076.pdf)

[www.fidh.org/IMG/pdf/NotecPI516esp2009.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/NotecPI516esp2009.pdf)

[www.http://es.wikipedia.org](http://www.http://es.wikipedia.org)

[www.iglesia.net/biblia/libros/josue.html#cap20](http://www.iglesia.net/biblia/libros/josue.html#cap20)



## CAPÍTULO TERCERO

# LA BIOÉTICA EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN\*

DIANA ROCÍO BERNAL CAMARGO\*\*

### 1. INTRODUCCIÓN

Con el avance de la ciencia y la medicina al servicio de la sociedad, los Estados y las organizaciones internacionales se han preocupado por plantear lineamientos con pretensiones universales para establecer principios bioéticos generales y dar respuestas a conflictos, problemas y dilemas propios de esta disciplina que adquiere cada vez mayor relevancia.

Es importante resaltar que el fenómeno de la globalización no hace referencia exclusiva a cuestiones económicas, sino que, por el contrario, abarca diferentes esferas en lo político, lo social, lo cultural, lo religioso, lo científico, lo académico y lo tecnológico. Así, entre otros ejemplos, hablar de fenómenos como la clonación, la terapia génica, la experimentación científica en seres humanos, el cambio climático, el desarrollo sostenible, no son puntos de preocupación de unos pocos, sino que en ese mundo globalizado al que asistimos, todos estamos llamados a las discusiones y soluciones globales de los mismos.

\* Este capítulo es producto del proyecto de investigación “Globalización y derecho”, desarrollado por los grupos de investigación: Derecho Público; Derecho Económico y Estado y Derecho, Sociedad y Desarrollo de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria Republicana.

\*\* Abogada, Universidad de Boyacá. Especialista en derecho y nuevas tecnologías sobre la vida, Universidad Externado de Colombia; especialista en derechos humanos, Universidad Complutense de Madrid. DEA en bioética y biojurídica. Cátedra de bioética y biojurídica de la Unesco - Universidad Rey Juan Carlos; doctora en derecho, Universidad Rey Juan Carlos. Docente-investigadora hasta mayo de 2011, línea de investigación en Derecho, bioética y familia, Grupo de Investigación Estado, Sociedad y Desarrollo de la Corporación Universitaria Republicana.

Aunado a lo anterior, es decir, a la existencia de problemas y soluciones globales, estamos en presencia de procesos multi-, inter- y transdisciplinares; esto es, ante una convergencia de saberes para la construcción de respuestas eficaces a los dilemas que se suscitan en el marco de la globalización. En particular, en el campo de la bioética confluyen disciplinas como la filosofía, la genética, la medicina, la ecología, los derechos humanos, entre otras, de forma tal que ello ha generado un grado particular de interrelación e interdependencia cuando se trata de presentar lineamientos relacionados con ejes problemáticos propios de esta disciplina.

En este orden de ideas, la bioética se constituye en una novedosa disciplina que de manera holística vincula otras áreas, de forma tal que hoy desde diferentes ámbitos se habla de la *bioética global* con el fin de fundamentar un nuevo tipo de responsabilidad global, es decir, de todos y por todo; lo que implica un consenso casi universal para establecer principios que permitan dar respuestas eficaces y efectivas a los dilemas propios de la sociedad relacionados con la vida en general.

Conforme a lo anterior, se pretende en este capítulo abordar la posición actual de la bioética en el contexto global e internacional, haciendo referencia particularmente a las disposiciones universales vigentes en la materia y su incidencia en los ordenamientos jurídicos internos, con objeto de presentar los retos que ha de enfrentar esta disciplina acorde con los cambios sociales, científicos, culturales, tecnológicos, entre otros.

## 2. ANTECEDENTES

Previo a abordar el panorama jurídico y fáctico de los instrumentos relacionados con la bioética, es necesario hacer referencia a algunos datos históricos que dan cuenta del surgimiento de esa necesidad, por generar documentos universales que reflejan la nueva preocupación por el avance científico y tecnológico con especiales implicaciones sobre la vida.

La mayoría de los bioeticistas concuerdan en señalar como punto de partida de la bioética, la década de los setenta del siglo xx en el marco del desarrollo y el avance acelerado de la biomedicina y la tecnología aplicada a la vida, así como la necesidad de reevaluar la relación médico (investigador)-paciente (sujeto de investigación).

En ese contexto, el término *bioética* (*bioethics*) “fue acuñado por primera vez en junio de 1971, por el médico oncólogo VAN RENSSELAER POTTER en su libro *Bioethics: bridge to the future*, y posteriormente, por

el obstetra holandés ANDRÉ HELLEGERS de la Universidad de Georgetown, para dar nombre al centro *Joseph and Rose Kennedy Institute for Study of Human Reproduction and Bioethics*<sup>1</sup>.

A partir de entonces se gestan una serie de instituciones, departamentos, institutos, organismos, centros, organizaciones y otras entidades de variada naturaleza jurídica y social, que inician a proponer debates respecto a los diferentes temas de especial preocupación, y que en principio hacían referencia a las cuestiones de la biomedicina y biotecnología. De esta manera se comenzó a plantear de manera paulatina un debate bioético, principalmente respecto a las llamadas células madre, la clonación, las pruebas genéticas, las investigaciones en seres humanos, la eugenesia, y otros temas relacionados con la vida y el poder sobre la vida; incluyendo, además, temas de clásica e interminable discusión en la ética médica como el aborto, la eutanasia, el consentimiento informado, entre otros.

De manera coetánea surge una corriente de la bioética en América Latina, liderada por la Organización Panamericana de la Salud y la Universidad de Chile por medio del Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, y luego afianzada por diferentes centros e institutos de bioética adscritos a la Universidad y otras entidades públicas y privadas.

Como consecuencia del avance científico y tecnológico aplicado a la biomedicina, surge en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, dentro del campo temático de las ciencias sociales y humanas, la necesidad de reflexionar, desde la perspectiva de los organismos internacionales, sobre los avance científicos, específicamente con relación al propuesto Proyecto Genoma Humano y para ello establece una comisión jurídica que dio lugar a la creación del Comité Internacional de Bioética (IBC, por sus siglas en inglés).

Este Comité está compuesto por 36 miembros (personalidades especializadas en ciencias de la vida y en las ciencias sociales y humanas) designados por el director general, atendiendo factores como la diversidad cultural, la distribución geográfica y la necesidad de establecer una rotación apropiada, sin designar simultáneamente más de un nacional del mismo Estado. Su mandato es de cuatro años (debiéndose reemplazar a la mitad de ellos cada dos años) y sin posibilidad de que se nombre a la misma persona por más de dos mandatos consecutivos. Sesiónó por primera vez en París el 15 y 16 de septiembre de 1993, en la que se plan-

<sup>1</sup> DIANA R. BERNAL C. y MANUEL JOSÉ BERNAL G., *Claves para comprender la bioética*, Bogotá, Edic. UniBoyacá, 2007, pág. 7.

teó la necesidad y viabilidad de un instrumento internacional para la protección del genoma humano y la dignidad humana.

Luego se crea la necesidad de adoptar el Estatuto del Comité Internacional de Bioética, y es así como en 1998, junto con el Estatuto, se crea el Comité Intergubernamental de Bioética (IGBC, por sus siglas en inglés).

El Comité Intergubernamental se encuentra integrado por 36 representantes de los Estados miembros de la Unesco elegidos por la conferencia general, cuyo mandato tiene vigencia desde el final de la reunión ordinaria de esta, en la que se eligen hasta el final de la segunda reunión ordinaria siguiente. Su función principal radica en examinar los dictámenes y recomendaciones del ICB, con el propósito de presentar las observaciones respectivas al director general del organismo.

Producto del trabajo de estos dos organismos, la Organización de las Naciones Unidas, por medio de la Unesco, en asuntos de bioética ha proclamado las siguientes declaraciones: “Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos”, “Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos” y la “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”.

Además, en materia de bioética, se encuentra el Código de Núremberg, la Declaración de Helsinki, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos de la Conferencia General de la Unesco, la Declaración de Inhuyama, la Declaración sobre Responsabilidad de las Generaciones Presentes para con las Generaciones Futuras, Declaración Ibero-Latinoamericana sobre Derecho, Bioética y Genoma Humano, el Protocolo de Cartagena sobre Biodiversidad.

Es de señalar que en el ámbito regional existen importantes avances en materia de reconocimiento de principios y derechos relacionados con la bioética, en especial tenemos el caso del Consejo de Europa que ha avanzado en el tema.

### 3. ANTECEDENTES JURÍDICOS RELEVANTES EN BIOÉTICA

#### A) *El Código de Núremberg*

Es el antecedente histórico escrito más importante en materia de regulación de investigación en seres humanos que indicó los diez principios fundamentales para este tipo de investigaciones, los cuales posteriormente se recopilaron en la *Declaración de Helsinki*.

Dentro de los principios consagrados por Núremberg tenemos:

1. Consentimiento previo, libre e informado de la persona objeto del experimento como requisito indispensable para efectos de llevar a cabo el respectivo procedimiento.
2. Los resultados a esperar deben ser fructíferos, de beneficio para la sociedad y de tal naturaleza que no se puedan obtener por otro medio o método de investigación.
3. Para efectos de investigación en seres humanos, se requiere previa experimentación en animales, así como el conocimiento de la esencia de la enfermedad o del problema para que los resultados conjeturables justifiquen el experimento.
4. No causar sufrimientos y lesiones corporales y psíquicas, innecesarios.
5. Prohibición de adelantar un experimento si existe una razón *a priori* para suponer que se producirá la muerte o un perjuicio corporal duradero, salvo que los directores del experimento sirvan como personas objeto del experimento.
6. No causar un riesgo mayor al que se está tratando de resolver.
7. Realizar los preparativos adecuados y tomar las medidas suficientes para evitar la muerte, un daño a la salud o cualquier lesión de las personas objeto del experimento.
8. El experimento ha de efectuarse solo por personas formadas científicamente y aplicando la mayor destreza y cuidado.
9. Libertad de las personas objeto del experimento durante la realización de este para darlo por terminado en cualquier momento.
10. El director del experimento ha de estar dispuesto, en todo momento, a detenerlo si considera que su continuación podría originar una lesión, daño permanente o la muerte de la persona objeto del experimento.

Es incuestionable que esta compilación adoptada en el Código de Núremberg contiene aspectos de gran relevancia para la investigación científica en seres humanos, fijando criterios y procedimientos para dar una mayor seriedad a este tipo de prácticas, buscando ante todo la protección del ser humano y su dignidad; aunque debe indicarse que hace falta una revisión de ellos con el fin de incluir lo relacionado con los ensayos clínicamente controlados, los estudios doble-ciego o triple-ciego, los estudios cruzados, los estudios piloto o en cohortes de población; y, en general, todos aquellos que si bien no alcanzan a tener el carácter como tal de investigaciones científicas, sí implican comportamientos que de una u otra manera afectan a la población objeto de ellos y que son de práctica

frecuente dada la poca inversión económica que muchos de ellos requieren por tratarse de investigaciones clínicas, a las que no se le pueden aplicar de manera desprevista las reglas generales de la investigación científica, razón por la cual es necesario adecuar tal normativa a este tipo de prácticas e intervenciones médicas experimentales.

### B) *Declaración de Helsinki*

Adoptada por la 18<sup>a</sup> Asamblea Médica Mundial (AMM) en junio de 1964, que a su vez ha sido revisada y enmendada en ocasiones posteriores<sup>2</sup> con objeto de superar los vacíos y contradicciones que se encontraban en el Código de Núremberg.

Contiene las recomendaciones mínimas de orientación que los médicos deben seguir para realizar trabajos de investigación biomédica con sujetos humanos conforme a los postulados de la Declaración de Ginebra y el Código Internacional de Ética Médica.

El objeto de esta declaración es tanto la investigación médica en seres humanos como la del material humano o de información identificable, que debe estar orientada por los principios básicos de la ética médica de manera que ante todo se busque la promoción de la salud de las personas objeto de investigación.

Resalta la importancia de la investigación en seres humanos para llegar al progreso de la medicina y al bienestar de ellos, que debe estar por encima de los intereses de la misma ciencia. Conforme a esta Declaración, el propósito de toda investigación médica en seres humanos es “mejorar los procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos, y también comprender la etiología y patógena de las enfermedades. Incluso, los mejores métodos preventivos, diagnósticos y terapéuticos disponibles deben ponerse a prueba continuamente a través de la investigación para que sean eficaces, efectivos, accesibles y de calidad”.

En este contexto, en Helsinki se establecieron los principios básicos de toda investigación, que en síntesis son:

1. Primacía del deber de protección a la vida, la salud, la intimidad y la dignidad del ser humano.
2. La investigación médica en seres humanos debe basarse en los principios científicos generalmente aceptados, en el conocimiento de la

<sup>2</sup> 25<sup>a</sup> Asamblea Médica Mundial en 1975, en la 35<sup>a</sup> Asamblea Médica Mundial en 1983, en la 41<sup>a</sup> Asamblea Médica Mundial en 1989, en la 48<sup>a</sup> Asamblea General en 1996 y en la 52<sup>a</sup> Asamblea General en el 2000.

bibliografía científica y en experimentos de laboratorio correctamente realizados previamente en animales.

3. Se debe atender a todos aquellos factores que puedan perjudicar al medioambiente y al bienestar de los animales utilizados en diferentes experimentos.

4. Formulación del proyecto y del método conforme a los protocolos experimentales existentes, previamente analizados y supervisados por un Comité de Ética de Evaluación designado para tal fin, que debe actuar conforme a las leyes y reglamentos del país donde se realiza la investigación experimental.

5. El protocolo de investigación debe hacer referencia a las consideraciones éticas del caso.

6. Este tipo de investigaciones médicas solo debe realizarse por personas científicamente calificadas y bajo la supervisión de un médico clínicamente competente.

7. Preexistencia de una cuidadosa comparación de riesgo-beneficio.

8. Abstención de los médicos para participar en proyectos de investigación en seres humanos, salvo que los riesgos previstos hayan sido adecuadamente evaluados, y deben suspender el experimento cuando los riesgos sean mayores a los beneficios o cuando se evidencien pruebas concluyentes de resultados positivos.

9. Este tipo de investigaciones en seres humanos, solo debe realizarse si la importancia del objetivo es mayor al riesgo previsto y a los costos estimados, en especial cuando se trata de sujetos sanos; además, ha de tenerse en cuenta la existencia de posibilidades razonables de obtención de beneficios para la población.

10. Existencia de consentimiento previo, libre e informado por parte de las personas objeto de la investigación, quienes en caso de ser legalmente incapaces o inhábiles física o mentalmente para otorgarlo, lo harán por intermedio de sus representantes legales; sin embargo, la presencia de estas personas solo se permitirá en aquellos casos en que tal característica sea necesaria de la población investigada.

11. Respeto a la integridad e intimidad de los participantes en las investigaciones experimentales.

Ahora bien, cuando se trate de aquellas investigaciones en seres humanos que a su vez impliquen atención médica a las personas objeto de la investigación, debe tenerse en cuenta que esta tenga un potencial preventivo, diagnóstico o terapéutico buscando la protección de los pacientes participantes.

Los procedimientos utilizados en estos casos requieren ser comparados, a su vez, con los beneficios, riesgos, costos y eficacia de los métodos preventivos, diagnósticos y terapéuticos existentes, para lo cual debe contarse igualmente con el consentimiento informado de los pacientes.

### C) *El Informe Belmont*

A partir de la segunda guerra mundial, las naciones desarrolladas se preocuparon en mayor medida por el campo de la medicina, de manera que como consecuencia lógica se suscitaban nuevos dilemas éticos con los avances médicos.

En 1978, el Congreso de los Estados Unidos confió la elaboración de un informe sobre la protección de los seres humanos en la experimentación clínica, que se concretó en el *Informe Belmont*, reconocido como uno de los primeros documentos escritos en bioética; mediante el cual la comunidad científica internacional aceptó como principios fundamentales de la bioética los de beneficencia-no maleficencia, busca causar un bien al paciente, autonomía, que supone el respeto a las personas que participan en el ensayo, y justicia, que impone el criterio de igualdad y de distribución equitativa.

El punto central, que surge a partir de este informe, es la protección a los participantes en los diferentes ensayos, dado que se necesita indiscutiblemente del consentimiento informado de los pacientes, quienes, a su vez, gozan del derecho al abandono del ensayo clínico siempre que lo estimen oportuno; postulados estos, que si bien estaban referenciados en Núremberg y Helsinki, en Belmont se tornan más críticos y directos respecto a la investigación biomédica.

Belmont, como los documentos precedentes, no solo surgió producto de la reflexión meramente científica; por el contrario, fue precedido de hechos que revelaban trasgresiones de derechos humanos. Siendo así que el caso que dio origen a este informe fue el de Tukesbee en Alabama, en donde se estudió la historia natural de la sífilis en un grupo de negros por más de treinta años, y pese a existir medicamentos eficaces se siguió adelante con el estudio que contaba, además, con fondos federales para su financiación. Una oportuna denuncia hizo público el escándalo, y se constituyó la citada Comisión Oficial encargada de producir el documento, que como se indicó, se considera como la partida de nacimiento de la bioética, esto es, el *Informe Belmont*.

Belmont se divide en tres acápitres, así:

a) *Distinción entre práctica e investigación*, puesto que se buscaba contrarrestar la idea vigente de que no existía diferencia entre la práctica terapéutica y la investigación, sino que prácticamente se hablaba de investigación terapéutica como la única válida dentro de la tradición médica hipocrática. De manera que es a partir de aquí que comienza a entenderse que no toda investigación tiene fines terapéuticos, y en consecuencia reporta beneficios para los participantes de la misma; sino que, por el contrario, se está en lo que se llama la fase I de la investigación clínica, que pretende el logro de conocimientos generalizables que a posterior pueden generar investigaciones terapéuticas;

b) *Principios éticos básicos*, a partir de los cuales, además de articular la investigación médica con seres humanos, se da la relevancia que merece el respeto a la persona humana, que se debe tratar como el fin esencial de este tipo de investigaciones, más que como medio para el logro del avance de la ciencia y la medicina; razón por la cual, esos principios de autonomía, beneficencia y justicia se tornan de gran importancia, lo que en la práctica se evidencia en el llamado “consentimiento informado”, que se torna no solo en un requisito formal y legal, sino en especial como un postulado ético que constituye el puente de comunicación por excelencia de la relación médico-paciente, y

c) *Aplicaciones*, en estas se hace referencia que a partir de los principios consagrados en el informe se deben establecer como requisitos *sine qua non* dentro de toda investigación *el consentimiento consciente* —estructurado bajo los elementos de la información completa y suficiente, garantía de la comprensión de la investigación a realizar, y la plena voluntad de participar como sujeto de la investigación—, *la evaluación de riesgos y beneficios* por parte del investigador y, finalmente, *la selección adecuada de los sujetos de investigación*.

#### 4. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LA UNESCO SOBRE BIOÉTICA

##### A) *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*

Producto del trabajo del IBC surge y se adopta por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 11 de noviembre de 1997, la “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos” como primer resultado jurídico del trabajo del Comité y se “trata de un instrumento dirigido a la protección del genoma humano, en relación con la

dignidad, la libertad y los derechos de la persona. No es un texto relativo a la biología y a la bioética general, ni destinado a enfrentar todos los problemas de la genética humana”<sup>3</sup>.

Este instrumento, basado en los principios de la dignidad del individuo sin consideración a las características genéticas, se refiere al genoma humano como patrimonio de la humanidad, que pone límites al uso que se pueda hacer de los resultados de las investigaciones que se realicen sobre él. Sin embargo, es importante resaltar que si bien esta Declaración reviste importancia en el ámbito internacional, no tiene la coerción suficiente para exigir su obligatorio cumplimiento, y en consecuencia es evidente el vacío que subsiste en materia de regulación de patentes sobre los genes humanos; de manera que hoy día se está promoviendo la patentabilidad de estos a raíz de los avances progresivos que se están dando en la materia y que, por tanto, constituirían una fuente de ingresos importante para aquellos países que ostenten la propiedad sobre los genes codificados. Situación que debe regularse expresamente en la Comunidad Internacional con objeto de evitar que las consecuencias negativas de esta situación afecten a aquellos países subdesarrollados que no están a la vanguardia en materia de descubrimientos genéticos.

La Declaración contiene una serie de principios como respuesta a las investigaciones que se venían realizando en desarrollo del Proyecto del Genoma Humano, puesto que con ellas indiscutiblemente se tocaban temas de derechos humanos que merecían un pronunciamiento por parte de los Estados miembros de la Unesco.

Esta Declaración contiene 25 artículos distribuidos en siete acápitres, a saber:

a) Dignidad humana y genoma humano

Desarrollado en los artículos 1º al 4º. Indica que el genoma humano constituye patrimonio de la humanidad, razón por la cual no debe generar beneficios económicos.

Así mismo, señala que sin importar las características genéticas particulares de cada individuo, todos merecen respeto a su dignidad y a los derechos que le son inherentes por el solo hecho de ser personas.

b) Derechos de las personas interesadas

En sus artículos 5º al 9º, indica que se requiere necesariamente el consentimiento previo, libre e informado de aquellas personas sujetas de

<sup>3</sup>HUGO GROS ESPIELL, *Ética, bioética y derecho*, Bogotá, Edit. Temis, 2005, pág. 105.

todo tratamiento, diagnóstico e investigación; respetando el derecho que le asiste a conocer o no el resultado de exámenes genéticos que le sean practicados, garantizando la confidencialidad de aquellos resultados para evitar discriminaciones fundadas en tales características genéticas.

c) Investigación sobre el genoma humano

Acorde con los artículos 10, 11 y 12 de la Declaración, todas las investigaciones que se efectúen sobre el genoma humano deben tener como objetivo primordial el alivio al sufrimiento y mejorar la salud humana; respetar, ante todo, los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad de los individuos o las colectividades, prohibir la clonación con fines reproductivos, y admitir tácitamente aquella con fines terapéuticos.

d) Condiciones para el ejercicio de la actividad científica

Mediante los artículos 13 a 16 se busca promover el libre ejercicio de la investigación en el genoma humano, e indican que los Estados son los encargados de establecer el marco para su ejercicio y velan para que no sea empleada con fines no pacíficos.

Refiere la necesidad de incentivar la creación de los comités de ética de carácter independiente, pluralista y pluridisciplinario, con objeto de evaluar las consecuencias éticas, legales, sociales y económicas de dichas investigaciones.

e) Solidaridad y cooperación internacional

A través del contenido de los artículos 17 a 19, se busca la promoción de la cooperación y la solidaridad para con aquellos grupos especialmente vulnerables a sufrir enfermedades de carácter genético, para lo cual recomienda la ayuda entre países desarrollados y en desarrollo, con el fin de contribuir al desarrollo de la investigación en estos últimos.

f) Promoción de los principios más allá de la Declaración

Conforme al contenido de los artículos 20 y 21, los Estados deben tomar las medidas apropiadas para la promoción de la declaración, en especial aquellas concernientes a la investigación en campos interdisciplinarios, y promover, a su vez, la educación en bioética en todos los niveles, sobre todo de las ciencias jurídicas.

g) Implementación de la Declaración

Finalmente, acorde con los artículos 22 al 25 de la Declaración, los Estados miembros deben asumir el compromiso de promover la implementación de la Declaración, para lo cual determina que ha de ser el Comité Internacional de Bioética de la Unesco el encargado de contri-

buir a la difusión de tales principios por intermedio de la organización de consultores, la elaboración de recomendaciones y el seguimiento de diferentes procedimientos de investigación con objeto de identificar todas aquellas prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como las intervenciones en la línea germinal.

### B) *Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos*

Promulgada por la Conferencia General de la Unesco el 16 de octubre de 2003, especialmente como consecuencia del interés, la acogida y el apoyo de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos por parte de la Comunidad Internacional.

Mediante este instrumento jurídico internacional, se da mayor relevancia a la obtención de los datos genéticos de las personas. Esta información debe tener el mismo carácter de los datos médicos recolectados por medios diversos, pero atendiendo a su trascendencia, puesto que mediante la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos se contribuye al avance de la ciencia y la biotecnología; pero, así mismo, se puede atentar contra los derechos humanos y la dignidad humana.

Por tanto, para sentar unos lineamientos mínimos en aras de proteger este tipo de información genética sin que con ello se limite el progreso científico, se atente contra los derechos humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos, y bajo el respeto de la legislación interna que al respecto se expida en cada país, se proclamó esta Declaración sobre Datos Genéticos Humanos que consagra, en síntesis, los siguientes postulados:

— Identidad de la persona basada no solo en los caracteres genéticos, sino también en todas aquellas características multifactoriales que inciden en la formación de tal identidad.

— Singularidad de los datos genéticos humanos que pueden indicar predisposiciones genéticas, acarrear consecuencias importantes que perpetúen en las generaciones, contener información relevante tanto desde el punto de vista biológico como cultural, razón por la cual deben gozar de protección especial y adecuado junto con las muestras biológicas existentes.

— La finalidad de la recolección, tratamiento, utilización y conservación de los datos genéticos y proteómicos humanos debe atender únicamente al diagnóstico y la asistencia sanitaria, a la investigación médica

y científica, a la medicina forense y otros procedimientos legales, y para aquellos fines que no contravengan los derechos humanos y la dignidad humana, así como los consagrados en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

— Los procedimientos que se empleen para la recolección, tratamiento, utilización y conservación de datos genéticos y proteómicos humanos se han de guiar por los diferentes principios éticos de la investigación, conforme a distintas políticas que al respecto expida cada país a través de la integración de grupos interdisciplinarios; comités de ética independientes, nacionales, regionales o locales.

— La información obtenida a partir de los datos genéticos y proteómicos no debe utilizarse para fines discriminatorios en la población, pues ello atentaría contra los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana, y en consecuencia, generaría estigmatizaciones en la sociedad.

— Para efectos de la recolección de datos genéticos y proteómicos, se debe obtener el consentimiento libre, previo, informado y expreso del interesado, o, en su defecto, de su representante legal según las circunstancias del caso; teniendo presente que se le debe brindar el asesoramiento necesario y suficiente acerca de los procedimientos que se van a aplicar, los resultados, las consecuencias, y en general, toda la información pertinente, estableciendo claramente el derecho que le asiste a retractarse de tal consentimiento.

— Las personas tienen derecho al acceso a sus propios datos genéticos, salvo razones de salud, orden público o seguridad nacional.

— Se debe garantizar la privacidad de los datos genéticos y proteómicos de manera que ellos no deben ser dados a conocer ni puestos a disposición de terceros, en particular de empleadores, compañías de seguros, establecimientos de enseñanza y familiares de la persona en cuestión; salvo por una razón importante de interés público en los restringidos casos previstos en el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, o cuando se haya obtenido el consentimiento previo, libre, informado y expreso de esa persona, siempre que este sea conforme al derecho interno y al derecho internacional relativo a los derechos humanos.

— Se debe buscar la cooperación internacional con el fin de fomentar la difusión de los conocimientos científicos sobre los datos genéticos y proteómicos humanos, teniendo presente los postulados consagrados en diferentes instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos

humanos, de manera que de los distintos resultados se obtengan beneficios para la sociedad en general y para la Comunidad Internacional.

— Los datos genéticos que se utilicen para investigaciones legales, solo deben emplearse para efectos de las mismas y por el tiempo estrictamente necesario sin que deban utilizarse para fines distintos.

— Se debe buscar que los Estados realicen acuerdos bilaterales para permitir el intercambio de conocimiento referente a datos genéticos y proteómicos humanos, mediante la promoción de los principios consagrados en la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos.

— Establece que el Comité Internacional de Bioética (CIB) y el Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB) deberán contribuir a la aplicación de la Declaración y a la difusión de los principios que en ella se enuncian, a fin de que concertadamente lleven a cabo el seguimiento y evaluación de su aplicación de acuerdo con los informes que faciliten los Estados.

### C) *Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos*

Del trabajo conjunto entre el IBC y el IGBC, surgió la propuesta para elaborar normas universales en materia de bioética, por lo que en las actas de la Conferencia General de la sesión 31<sup>a</sup> de la Unesco, se invitó en el numeral 22-9 al director general para que se presentaran “los estudios técnicos y jurídicos efectuados en relación con la posibilidad de elaborar normas universales sobre la bioética, en los que se rinda cuenta de las consultas con los organismos del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones competentes”<sup>4</sup>.

En cumplimiento de la citada resolución, el director general en su informe relativo a la posibilidad de “elaborar normas universales sobre la bioética”, luego de analizar la labor del CIB y del CIGB, presentó en el numeral 52, para ser aprobado por la Conferencia General, un proyecto de resolución para elaborar un instrumento internacional de bioética; que de conformidad con la decisión de los Estados miembros, habría de abordar temas como “la atención médica, la reproducción humana y el comienzo de la vida, la mejora genética, la terapia génica y la modificación genética, el final de la vida, el trasplante de órganos y tejidos humanos, los datos genéticos humanos y los demás datos personales relativos a la atención médica, las investigaciones con sujetos humanos, derechos de propiedad

<sup>4</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Unesco. Resolución 19 aprobada por la Conferencia General en su 31<sup>a</sup> reunión.

intelectual, utilización de células madre embrionarias para la investigación terapéutica, genética del comportamiento, organismos genéticamente modificados”, entre otros posibles problemas y dilemas de los que puede ocuparse un instrumento universal.

Y en este orden de ideas, la Conferencia en su 32<sup>a</sup> reunión aprobó la resolución propuesta en la 20<sup>a</sup> sesión plenaria. En desarrollo de esta propuesta, el IBC y el IGBC trabajaron mancomunadamente en la propuesta de un documento de normas internacionales en bioética, y fue así como en junio de 2004 se presentó el primer borrador de normas universales en bioética bajo la denominación en el idioma original de *Universal Declaration on Bioethics [and Humanity/Humankind/Human Beings]*<sup>5</sup>, del que se resalta una visión integral de la vida; esto es, de todas las formas de vida y la correspondiente necesidad de plasmar como principio universal la responsabilidad global, es decir, *de todos por todo y para con todos*, mostrando un interés particular por el respeto tanto al ser humano como a la biosfera, toda vez que se habría de entender la relación necesaria e inseparable entre todos los elementos de esta última.

El borrador hace referencia especial por el respeto por la diversidad y la tolerancia como principios rectores; de manera que buscaba la solución de los dilemas bioéticos a través de un consenso en los valores y principios universalmente compartidos, e igualmente hizo hincapié en la necesidad de implementar mecanismos de seguimiento del instrumento universal propuesto.

El segundo borrador, que se presentó oficialmente en julio de 2004, planteó, en primer lugar, dos posibles denominaciones para el instrumento: “Declaration on Universal Norms on Bioethics o Universal Declaration on Bioethics and Humanity [Humankind/Human Beings]”<sup>6</sup>.

El documento posterior conserva algunos de los lineamientos presentados en el primero, resaltando que dentro del ítem referente a los principios incluye el de *beneficencia* y hace una ampliación al de diversidad y tolerancia con el fin de adjetivizar la diversidad por la *diversidad cultural* y agrega el *pluralismo*.

<sup>5</sup> Comité Internacional de Bioética. Unesco. “Elaboration of the declaration on universal norms on bioethics: First outline of a text”, en [http://portal.unesco.org/shs/en/files/5343/10884079807Outline\\_en.pdf/Outline\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/shs/en/files/5343/10884079807Outline_en.pdf/Outline_en.pdf) [consultado el 21 de enero de 2009].

<sup>6</sup> *Ibidem*. “Elaboration of the declaration on universal norms on bioethics: Second outline of a text”, en [http://portal.unesco.org/shs/en/files/6032/10921484931Outline2\\_en.pdf/Outline2\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/shs/en/files/6032/10921484931Outline2_en.pdf/Outline2_en.pdf) [consultado el 21 de enero de 2009].

Así mismo, en lo concerniente a la promoción e implementación de la declaración, señala con mayor especificidad los compromisos que se deben asumir desde diferentes sectores de la sociedad y el Estado, y de manera particular, la labor que debe asumir la Unesco a fin de vigilar la promoción y aplicación de la referida Declaración.

El tercer borrador<sup>7</sup> presentado en agosto de 2004 continúa con la delimitación del titulado señalado en el informe previo, y en esta ocasión ya se presenta una enumeración de posibles artículos de la Declaración, agregando al principio de beneficencia, el de “no maleficencia”, que es traído de los principios de la ética médica tradicional.

En el articulado presentado, un total de 30 artículos, se hace especial referencia —al igual que en los borradores previos— al respeto por la protección de la biodiversidad y la biosfera, así como al compromiso de la Comunidad Internacional en materia de solidaridad y cooperación.

Un cuarto borrador presentado por el IBC en diciembre de 2004, con un total de 32 artículos, define de manera específica el título del instrumento bajo la denominación de “Universal Declaration on Bioethics and Human Rights”<sup>8</sup>. En su artículo 1º propone “usos y términos” haciendo referencia específica a los conceptos de bioética<sup>9</sup>, temas bioéticos<sup>10</sup> y decisiones y prácticas<sup>11</sup>.

El proyecto preliminar aprobado para la Declaración de Normas Universales en Bioética el 9 de febrero de 2005, con el título de “Universal Declaration on Bioethics and Human Rights”, con un total de 31 artículos, conserva en lo esencial el contenido de la última propuesta antes de esta

<sup>7</sup> *Ibidem*. “Elaboration of the declaration on universal norms on bioethics: Third outline of a text”, en [http://portal.unesco.org/shs/en/files/6231/10940497081PublicOutline3\\_en.pdf/PublicOutline3\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/shs/en/files/6231/10940497081PublicOutline3_en.pdf/PublicOutline3_en.pdf) [consultado el 21 de enero de 2009].

<sup>8</sup> *Ibidem*. “Elaboration of the declaration on universal norms on bioethics: Second outline of a text”, en [http://portal.unesco.org/shs/en/files/7052/11048562191PublicOutline4\\_en.pdf/PublicOutline4\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/shs/en/files/7052/11048562191PublicOutline4_en.pdf/PublicOutline4_en.pdf) [consultado el 21 de enero de 2009].

<sup>9</sup> En término literal del borrador se definió como “the systematic, pluralistic and interdisciplinary field of study involving the theoretical and practical moral issues raised by medicine and the life sciences as applied to human beings and humanity’s relationship with the biosphere”.

<sup>10</sup> Definida por el grupo como “the theoretical and practical moral issues raised by medicine and the life sciences as applied to human beings and humanity’s relationship with the biosphere as well as the availability and accessibility of scientific and technological developments and their applications”

<sup>11</sup> Entendidas como “a decision or practice arising within the scope of this Declaration involving bioethical issues”.

aprobación para presentar a la conferencia general de conformidad con el plazo previamente establecido en la sesión 32<sup>a</sup> de la Unesco del 2003.

Debemos mencionar algunos aspectos relacionados con las recomendaciones realizadas en el encuentro intergubernamental de expertos respecto al documento preliminar presentado con los IBC; así, el interés de algunos representantes porque, además de incluirse aspectos relacionados con principios de aplicación referentes a la biomedicina y la tecnología aplicada a la vida, se incluyan aspectos con temas persistentes en el ámbito global y no solo aquellos emergentes, como los casos de pobreza, desarrollo, salud pública, acceso a los sistemas de seguridad social, entre otros<sup>12</sup>.

Así mismo, algunos manifestaron la necesidad de utilizar explícitamente un verbo que fuese más coercitivo en términos de compromisos y responsabilidades, pues los empleados en el documento presentado no generan esa impresión.

En el segundo encuentro intergubernamental en junio de 2005, se presentaron las últimas recomendaciones al Comité para la presentación del documento final, y fue así como atendiendo algunas de las sugerencias de este encuentro, se presentó en la 33<sup>a</sup> sesión de la Conferencia General el documento de la Declaración, proclamado por unanimidad el 19 de octubre de 2005 como “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”.

La Declaración objeto de análisis, finalmente adoptada por la Unesco, en líneas generales contiene en 28 artículos los siguientes acáپites<sup>13</sup>:

### *Disposiciones generales*

Establece en su artículo 1º el alcance del instrumento en cuanto a su contenido y los objetivos, delimitando que se refiere a “las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos”<sup>14</sup>.

Nótese que se debieron incluir aquellas cuestiones o problemas que en diferentes latitudes del planeta aún no se encuentran resueltos y que están

<sup>12</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Primer Encuentro Intergubernamental de Expertos, París, 6 de abril de 2005. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139593e.pdf> [consultado el 23 de enero de 2009].

<sup>13</sup> *Ibidem*. 33<sup>a</sup> Sesión de la Conferencia General. Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, adoptada el 19 de octubre de 2005, versión en español disponible en [http://portal.unesco.org/es/ev.php?URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php?URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) [consultada el 5 de febrero de 2009].

<sup>14</sup> *Ibidem*.

relacionados con la bioética de manera particular desde la perspectiva de la bioética latinoamericana y que hacen referencia, precisamente, a las condiciones de calidad de vida y respeto por la dignidad humana.

Se resalta que si bien está dirigida hacia los Estados, constituye un criterio de *orientación* para otros actores de la sociedad, aunque hubiese sido deseable que para tales efectos fuese más que un documento de orientación.

Por su parte, el artículo 2º hace referencia a los objetivos específicos de la declaración.

### *Principios*

En lo que respecta a este apartado, menciona como tales: “la dignidad humana y los derechos humanos, beneficios y efectos nocivos, autonomía y responsabilidad individual, consentimiento e incapacidad, respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal, privacidad y confidencialidad, igualdad, justicia y equidad, no discriminación y no estigmatización, respeto de la diversidad cultural y el pluralismo, solidaridad y cooperación, responsabilidad social y salud, aprovechamiento compartido de beneficios, protección de generaciones futuras, protección del medioambiente, la biosfera y la biodiversidad”.

Si bien los principios formulados en la Declaración son de gran importancia, es lamentable que no se haya hecho énfasis en el tema de la responsabilidad ecológica que se había planteado desde el primer borrador realizado por el Comité.

En cuanto a los verbos utilizados en la Declaración, se considera oportuno traer la reflexión que hiciera MARÍA DOLORES VILA-CORO; indica que los empleados no son lo suficientemente expresivos “respecto a lo que se quiere conseguir. Hay que contar con que se trata de una declaración, equivalente a una recomendación, que no es jurídicamente vinculante, a diferencia de un convenio que sí que lo es para los países que lo han ratificado. Aunque tenga una gran fuerza moral, si se pretende que sea un marco normativo que sirva de pauta a los gobiernos para que promuevan legislaciones con arreglo a lo que aquí se propone, sería más efectivo que se redactara en términos más concluyentes. *Should* se traduce en la versión española por el condicional *debería*, aunque podría serlo por *debe*, convirtiendo, así, la recomendación en una opción. En este caso, las normas sacrifican la seguridad a la libertad perdiendo su fuerza persuasiva y dejando abierta la posibilidad de hacer un uso perverso de las mismas”<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> MARÍA DOLORES VILA-CORO, “Reflexiones sobre la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos”, en *La Declaración Universal de Bioética y Derechos*

### *Aplicación de los principios*

En los artículos 18 a 21 establece las herramientas que deberían tomarse para efectos de promover y aplicar los principios recogidos en la Declaración, señalando, entre ellos, la necesidad de adoptar decisiones y estrategias en cuestiones bioéticas y, en particular, para la evaluación y gestión de riesgos dando aplicación especial a los principios mencionados.

Se señala la importancia de la creación y efectivización de los comités de ética como instrumentos idóneos para la toma de decisiones, haciendo énfasis en su composición independiente, pluridisciplinar y pluralista.

Así mismo, hace referencia particular a la obligación que deben asumir los Estados y otras entidades cuando se trate de prácticas transnacionales, dadas las consecuencias positivas y negativas que de ellas se pueden derivar.

### *Promoción de la Declaración*

Para efectos de promover y aplicar el contenido de la Declaración se establece una serie de recomendaciones centradas en dos ámbitos específicos; esto es, en lo que respecta al compromiso de los Estados partes y a las actividades de seguimiento de la Unesco por medio del Comité Intergubernamental de Bioética y el Comité Internacional de Bioética.

En este tema en particular, también se considera pertinente haber retomado lo establecido en los proyectos y borradores de la Declaración previamente elaborados, en el sentido de utilizar el sistema de informes por países o regiones que se encuentra previsto para otros instrumentos internacionales; respecto de los cuales, si bien existen aún serios cuestionamientos en su efectividad, constituyen un mecanismo físico de control de los compromisos adquiridos por los Estados, pues como se encuentra previsto en la actual Declaración, parece que todo queda en la “buena voluntad” de ellos.

### *Disposiciones finales*

En este último ítem, la Declaración incluye cuestiones relacionadas con la interrelación y complementariedad de los principios, reflejando en sentido de integralidad e interdependencia, que ha caracterizado diversos documentos internacionales en materia de protección de derechos humanos.

---

*Humanos de la Unesco*, Yolanda Gómez Sánchez y Hugo Gros Espiell (coords.), Madrid, Ed. Comares, 2006, pág. 38.

La Declaración establece la posibilidad de limitar la aplicación de los principios a la condición que ello se realice a través de leyes, lo cual puede tomarse con beneficio de inventario; que desde una apreciación proteccionista, el Estado ha debido establecer por lo menos un mínimo indiscutible e ilimitable.

Y finalmente establece la “salvedad en cuanto a la interpretación: actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana”, lo cual conlleva a entender que esta Declaración debe interpretarse y aplicarse en consonancia con otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Como se puede apreciar en el texto final adoptado, se excluyó definitivamente cualquier intención de entrar a definir términos relacionados con la Declaración, lo cual puede haber resultado pertinente toda vez que a escala global no existe realmente un consenso en el contenido de ciertos temas relacionados con el objeto de la Declaración.

De la lectura comprensiva de la Declaración, se concluye que es pertinente haber incluido de manera expresa la obligación de los Estados para hacer partícipe a la sociedad civil en la toma de decisiones relacionadas con cuestiones bioéticas, y de manera particular al alcance del documento cuando de comunidades especiales se tratase, como en el caso de los pueblos étnicos.

## 5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La historia jurídica en el campo de la bioética no data de más de 60 o 70 años en la esfera internacional. Es necesario reconocer que muchos países, con mayor o menos preocupación, han adoptado regulaciones específicas en diferentes sectores, basadas en principios mundialmente aceptados o mediante la creación de hipótesis concretas que incluso buscan anticiparse al futuro desarrollo de la ciencia y la biotecnología; bien estableciendo de manera amplia la aceptación de aplicar estos desarrollos, o bien sentando por anticipado prohibiciones específicas contra la implantación de tales adelantos. Y otras simplemente, como en el caso colombiano, están esperando a que la Comunidad Internacional intervenga con referentes legislativos generales, que a la postre se desarrollan más por política económica que por un análisis bioético atendiendo a las circunstancias particulares de cada país.

Sin desconocer que buscar una legislación unificada en los diferentes aspectos bioéticos es una pretensión ambiciosa dada la ambigüedad de

criterios, en especial entre la Iglesia y la comunidad científica, es importante tener en cuenta que precisamente el reto de esta disciplina, y de quienes se preocupan por su desarrollo, es conciliar estos puntos en favor del desarrollo científico, social y jurídico, como aspectos independientes que encuentran puntos de confluencia en la bioética; en donde la simple relación entre esta área y el derecho, en especial, debe transformarse en normas jurídicas que en consecuencia incluyan, reglamenten, *per se*, aquellos principios éticos y bioéticos individuales y universales que se conviertan de obligatorio cumplimiento y formen parte de la legislación interna de cada país, es decir, que pueda hablarse de un Código Específico de Bioética, en cuya elaboración participen representantes de las diferentes disciplinas.

Aunque el primer cuestionamiento que surgiría en torno a la creación de tal normativa sería la realidad del desarrollo biotecnológico que se evidencia en cada uno de los países, bien podría resolverse estableciendo este punto de manera un tanto equitativa, en el sentido de adoptar un Código de Bioética que se adecue al avance tecnocientífico de los países que se encuentran a la vanguardia de estos temas; pero que, a su vez, regule idónea y específicamente la situación de aquellos países, como Colombia, que, por así decirlo, son sujetos pasivos de este desarrollo.

La existencia de una norma de carácter imperativo se justifica, puesto que si bien es cierto que existen otros tipos de normas en la materia, estas revisten el carácter de simples pronunciamientos o declaraciones de comités u otros cuerpos que no forman parte de las instituciones legalmente facultadas en cada país, para establecer las diferentes leyes que han de regir en el seno de los Estados; pues muchos de esos organismos —generalmente de carácter internacional— son privados, y el lenguaje utilizado es más de carácter preceptivo, a diferencia del código que se enuncia, cuyo lenguaje sería eminentemente imperativo por ser de tipo legal.

Las normas que hoy existen no son más que recomendaciones, guías, protocolos, compromisos u otras similares; producto del discernimiento de unos cuestionamientos éticos con una diferencia significativa en cuanto a la importancia que ostentan las regulaciones jurídicas y, en general, los códigos legales en la cultura que actualmente impera en la mayoría de los países. Pues sin desconocer la importancia que tienen los principios generales existentes en determinada materia, es innegable que en la cultura del derecho escrito (en la cual aún estamos sumergidos) tienen mayor relevancia las normas jurídicas (escritas) que aquellas morales, éticas o bioéticas por el mismo carácter coercitivo que tiene su aplicación en la

sociedad; de manera que ello requiere del compromiso y esfuerzo entre quienes representan los diferentes puntos de vista radicales en la materia, para lograr que esos principios convertidos en recomendaciones y declaraciones se transformen en verdaderos cuerpos legislativos para los Estados. Proceso este que debe ser producto de la convergencia y armonización de las condiciones específicas de cada aspecto en los diferentes tópicos sociales, éticos, políticos, tecnológicos, religiosos y económicos.

Ante esta perspectiva que conjuga en un solo plano la bioética y el derecho, es de señalar que la conexión entre estas dos disciplinas es de tipo material y metodológico<sup>16</sup>. Lo primero porque en el estado actual de la ciencia, la bioética debe formar parte de las discusiones al momento de elaborar las leyes, así como en la resolución de conflictos concretos en los que los jueces deben tomar de la bioética sus principios y postulados para una mejor resolución de los casos; y de tipo metodológico puesto que una y otra ciencia se valen de la casuística como método de pensamiento al dar soluciones a los problemas planteados respecto a la vida y su entorno.

Así las cosas, se debe concluir que la estrecha relación entre bioética y derecho, dado que la una se vale de la otra, y viceversa, es lo que da origen a una disciplina que surge de esa comunicación; esto es, el *bioderecho*, que debe responder de manera coordinada con la bioética a los diferentes problemas que —como se dijo desde un inicio— se plantean en torno a los avances científicos respecto a la vida en general, y la humana en particular.

Es de gran importancia que los Estados que han adoptado los instrumentos jurídicos relacionados con la bioética, asuman compromisos reales que logren irradiar las legislaciones internas de cada uno de los Estados, y para que se trabaje, por medio del Comité Internacional de Bioética y del Comité Intergubernamental de Bioética de la Unesco, en la formulación de protocolos adicionales a las declaraciones, a fin de establecer verdaderos compromisos y mecanismos de seguimiento de la misma, incluso con un posible sistema de denuncias e informes, como opera para otro tipo de documentos internacionales.

Así mismo, se requiere que la situación de los países subdesarrollados y en vías de desarrollo se encuentren presentes en la agenda bioética de la Unesco y otros organismos, para buscar así soluciones efectivas frente a aquellos problemas persistentes, que —como ya se mencionó— aún no se han solucionado desde las disciplinas clásicas.

<sup>16</sup> MANUEL ATIENZA, “Juridificar la bioética”, Isonomía, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 8, abril de 1998, págs. 81 y ss.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, MANUEL: “Juridificar la bioética”, Isonomía, en *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 8, abril de 1998.

BERNAL C., DIANA R. y BERNAL G., MANUEL JOSÉ: *Claves para comprender la bioética*, Bogotá, Edic. UniBoyacá, 2007.

Comité Internacional de Bioética. Unesco. “Elaboration of the declaration on universal norms on bioethics: First outline of a text”, en [http://portal.unesco.org/shs/en/files/5343/10884079807Outline\\_en.pdf/Outline\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/shs/en/files/5343/10884079807Outline_en.pdf/Outline_en.pdf) [consultado el 21 de enero de 2009].

— “Elaboration of the declaration on universal norms on bioethics: Second outline of a text”, en [http://portal.unesco.org/shs/en/files/6032/10921484931Outline2\\_en.pdf/Outline2\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/shs/en/files/6032/10921484931Outline2_en.pdf/Outline2_en.pdf) [consultado el 21 de enero de 2009].

— “Elaboration of the declaration on universal norms on bioethics: Third outline of a text”, en [http://portal.unesco.org/shs/en/files/6231/10940497081PublicOutline3\\_en.pdf/PublicOutline3\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/shs/en/files/6231/10940497081PublicOutline3_en.pdf/PublicOutline3_en.pdf) [consultado el 21 de enero de 2009].

— “Elaboration of the declaration on universal norms on bioethics: Second outline of a text”, en [http://portal.unesco.org/shs/en/files/7052/11048562191PublicOutline4\\_en.pdf/PublicOutline4\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/shs/en/files/7052/11048562191PublicOutline4_en.pdf/PublicOutline4_en.pdf) [consultado el 21 de enero de 2009].

GROS ESPIELL, HUGO: *Ética, bioética y derecho*, Bogotá, Edit. Temis, 2005.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Unesco. Resolución 19 aprobada por la Conferencia General en su 31<sup>a</sup> reunión.

— Primer Encuentro Intergubernamental de Expertos, París, 6 de abril de 2005. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139593e.pdf> [consultado el 23 de enero de 2009].

— 33<sup>a</sup> sesión de la Conferencia General. Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos adoptada el 19 de octubre de 2005. Versión en español disponible en [http://portal.unesco.org/es/ev.php?URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php?URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) [consultada el 5 de febrero de 2009].

VILA-CORO, MARÍA DOLORES: “Reflexiones sobre la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos”, en *La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*, Yolanda Gómez Sánchez y Hugo Gros Espiell (coords.), Madrid, Ed. Comares, 2006.

## ANEXO

### DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

Octubre de 2005

*La Conferencia General,*

*Consciente* de la excepcional capacidad que posee el ser humano para reflexionar sobre su propia existencia y su entorno, así como para percibir la injusticia, evitar el peligro, asumir responsabilidades, buscar la cooperación y dar muestras de un sentido moral que dé expresión a principios éticos,

*Teniendo en cuenta* los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, que afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos,

*Reconociendo* que los problemas éticos suscitados por los rápidos adelantos de la ciencia y de sus aplicaciones tecnológicas deben examinarse teniendo en cuenta no solo el respeto debido a la dignidad de la persona humana, sino también el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales,

*Resolviendo* que es necesario y conveniente que la Comunidad Internacional establezca principios universales que sirvan de fundamento para una respuesta de la humanidad a los dilemas y controversias cada vez numerosos que la ciencia y la tecnología plantean a la especie humana y al medio ambiente,

*Recordando* la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 11 de noviembre de 1997 y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 16 de octubre de 2003,

*Tomando nota del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptados el 16 de diciembre de 1966, la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1965, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del 18 de diciembre de 1979, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica del 5 de junio de 1992, las Normas uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, la Recomendación de la Unesco relativa a la situación de los investigadores científicos del 20 de noviembre de 1974, la Declaración de la Unesco sobre la Raza y los Prejuicios Raciales del 27 de noviembre de 1978, la Declaración de la Unesco sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras del 12 de noviembre de 1997, la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural del 2 de noviembre de 2001, el Convenio de la OIT (No. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes del 27 de junio de 1989, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura aprobado por la Conferencia de la FAO el 3 de noviembre de 2001 y vigente desde el 29 de junio de 2004, el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) anexo al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y vigente desde el 1º de enero de 1995, la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública del 14 de noviembre de 2001 y los demás instrumentos internacionales aprobados por las Naciones Unidas y sus organismos especializados, en particular la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS),*

*Tomando nota asimismo de los instrumentos internacionales y regionales relativos a la bioética, comprendida la Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la medicina y la biología - Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina del Consejo de Europa, aprobada en 1997 y vigente desde 1999, junto con sus protocolos adicionales, así como las legislaciones y reglamentaciones nacionales en materia de bioética, los códigos de conducta, directrices y otros textos internacionales y regionales*

sobre bioética, como la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial relativa a los trabajos de investigación biomédica con sujetos humanos, aprobada en 1964 y enmendada sucesivamente en 1975, 1983, 1989, 1996 y 2000, y las Guías éticas internacionales para investigación biomédica que involucra a seres humanos del Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, aprobadas en 1982 y enmendadas en 1993 y 2002,

*Reconociendo* que esta Declaración se habrá de entender de modo compatible con el derecho internacional y las legislaciones nacionales de conformidad con el derecho relativo a los derechos humanos,

*Recordando* la Constitución de la Unesco aprobada el 16 de noviembre de 1945,

*Considerando* que la Unesco ha de desempeñar un papel en la definición de principios universales basados en valores éticos comunes que orienten los adelantos científicos y el desarrollo tecnológico y la transformación social, a fin de determinar los desafíos que surgen en el ámbito de la ciencia y la tecnología teniendo en cuenta la responsabilidad de las generaciones actuales para con las generaciones venideras, y que las cuestiones de bioética, que forzosamente tienen una dimensión internacional, se deben tratar como un todo, basándose en los principios ya establecidos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, y teniendo en cuenta no solo el contexto científico actual, sino también su evolución futura,

*Consciente* de que los seres humanos forman parte integrante de la biosfera y de que desempeñan un importante papel en la protección del próximo y de otras formas de vida, en particular los animales,

*Reconociendo* que, gracias a la libertad de la ciencia y la investigación, los adelantos científicos y tecnológicos han reportado, y pueden reportar, grandes beneficios a la especie humana, por ejemplo aumentando la esperanza de vida y mejorando la calidad de vida, y destacando que esos adelantos deben procurar siempre promover el bienestar de cada individuo, familia, grupo o comunidad y de la especie humana en su conjunto, en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y en el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales,

*Reconociendo* que la salud no depende únicamente de los progresos de la investigación científica y tecnológica sino también de factores psicosociales y culturales,

*Reconociendo asimismo que las decisiones relativas a las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas pueden tener repercusiones en los individuos, familias, grupos o comunidades y en la especie humana en su conjunto,*

*Teniendo presente que la diversidad cultural, fuente de intercambios, innovación y creatividad, es necesaria para la especie humana y, en este sentido, constituye un patrimonio común de la humanidad, pero destacando a la vez que no se debe invocar a expensas de los derechos humanos y las libertades fundamentales,*

*Teniendo presente también que la identidad de una persona comprende dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales,*

*Reconociendo que la conducta científica y tecnológica poco ética ha tenido repercusiones especiales en las comunidades indígenas y locales,*

*Convencida de que la sensibilidad moral y la reflexión ética deberían ser parte integrante del proceso de desarrollo científico y tecnológico y de que la bioética debería desempeñar un papel predominante en las decisiones que han de tomarse ante los problemas que suscita ese desarrollo,*

*Considerando que es conveniente elaborar nuevos enfoques de la responsabilidad social para garantizar que el progreso de la ciencia y la tecnología contribuye a la justicia y la equidad y sirve el interés de la humanidad,*

*Reconociendo que una manera importante de evaluar las realidades sociales y lograr la equidad es prestando atención a la situación de la mujer,*

*Destacando la necesidad de reforzar la cooperación internacional en el ámbito de la bioética, teniendo en cuenta en particular las necesidades específicas de los países en desarrollo, las comunidades indígenas y las poblaciones vulnerables,*

*Considerando que todos los seres humanos, sin distinción alguna, deberían disfrutar de las mismas normas éticas elevadas en la investigación relativa a la medicina y las ciencias de la vida,*

*Proclama los siguientes principios y aprueba la presente Declaración.*

### *Disposiciones generales*

#### *Artículo 1. Alcance*

1. La Declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales.

2. La Declaración va dirigida a los Estados. Imparte también orientación, cuando procede, para las decisiones o prácticas de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas.

### *Artículo 2. Objetivos*

Los objetivos de la presente Declaración son:

a) proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética;

b) orientar la acción de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas;

c) promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos;

d) reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos se realicen en el marco de los principios éticos enunciados en esta Declaración y respeten la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales;

e) fomentar un diálogo multidisciplinario y pluralista sobre las cuestiones de bioética entre todas las partes interesadas y dentro de la sociedad en su conjunto;

f) promover un acceso equitativo a los adelantos de la medicina, la ciencia y la tecnología, así como la más amplia circulación posible y un rápido aprovechamiento compartido de los conocimientos relativos a esos adelantos y de sus correspondientes beneficios, prestando una especial atención a las necesidades de los países en desarrollo;

g) salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y venideras;

h) destacar la importancia de la biodiversidad y su conservación como preocupación común de la especie humana.

### *Principios*

En el ámbito de la presente Declaración, tratándose de decisiones adoptadas o de prácticas ejecutadas por aquellos a quienes va dirigida, se habrán de respetar los principios siguientes.

### *Artículo 3. Dignidad humana y derechos humanos*

1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

### *Artículo 4. Beneficios y efectos nocivos*

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se deberían potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los participantes en las actividades de investigación y otras personas concernidas, y se deberían reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas.

### *Artículo 5. Autonomía y responsabilidad individual*

Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de estas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.

### *Artículo 6. Consentimiento*

1. Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica solo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.

2. La investigación científica solo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

3. En los casos correspondientes a investigaciones llevadas a cabo en un grupo de personas o una comunidad, se podrá pedir además el acuerdo

de los representantes legales del grupo o la comunidad en cuestión. El acuerdo colectivo de una comunidad o el consentimiento de un dirigente comunitario u otra autoridad no deberían sustituir en caso alguno el consentimiento informado de una persona.

#### *Artículo 7. Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento*

De conformidad con la legislación nacional, se habrá de conceder protección especial a las personas que carecen de la capacidad de dar su consentimiento:

a) la autorización para proceder a investigaciones y prácticas médicas debería obtenerse conforme a los intereses de la persona interesada y de conformidad con la legislación nacional. Sin embargo, la persona interesada debería estar asociada en la mayor medida posible al proceso de adopción de la decisión de consentimiento, así como al de su revocación;

b) se deberían llevar a cabo únicamente actividades de investigación que redunden directamente en provecho de la salud de la persona interesada, una vez obtenida la autorización y reunidas las condiciones de protección prescritas por la ley, y si no existe una alternativa de investigación de eficacia comparable con participantes en la investigación capaces de dar su consentimiento. Las actividades de investigación que no entrañen un posible beneficio directo para la salud se deberían llevar a cabo únicamente de modo excepcional, con las mayores restricciones, exponiendo a la persona únicamente a un riesgo y una coerción mínimos y, si se espera que la investigación redunde en provecho de la salud de otras personas de la misma categoría, a reserva de las condiciones prescritas por la ley y de forma compatible con la protección de los derechos humanos de la persona. Se debería respetar la negativa de esas personas a tomar parte en actividades de investigación.

#### *Artículo 8. Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal*

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.

#### *Artículo 9. Privacidad y confidencialidad*

La privacidad de las personas interesadas y la confidencialidad de la información que les atañe deberían respetarse. En la mayor medida posible, esa información no debería utilizarse o revelarse para fines distintos de los

que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el consentimiento, de conformidad con el derecho internacional, en particular el relativo a los derechos humanos.

*Artículo 10. Igualdad, justicia y equidad*

Se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad.

*Artículo 11. No discriminación y no estigmatización*

Ningún individuo o grupo debería ser sometido por ningún motivo, en violación de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, a discriminación o estigmatización alguna.

*Artículo 12. Respeto de la diversidad cultural y del pluralismo*

Se debería tener debidamente en cuenta la importancia de la diversidad cultural y del pluralismo. No obstante, estas consideraciones no habrán de invocarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales o los principios enunciados en la presente Declaración, ni tampoco para limitar su alcance.

*Artículo 13. Solidaridad y cooperación*

Se habrá de fomentar la solidaridad entre los seres humanos y la cooperación internacional a este efecto.

*Artículo 14. Responsabilidad social y salud*

1. La promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos, que comparten todos los sectores de la sociedad.

2. Teniendo en cuenta que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar:

a) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano;

b) el acceso a una alimentación y un agua adecuadas;

c) la mejora de las condiciones de vida y del medio ambiente;

d) la supresión de la marginación y exclusión de personas por cualquier motivo, y

e) la reducción de la pobreza y el analfabetismo.

*Artículo 15. Aprovechamiento compartido de los beneficios*

1. Los beneficios resultantes de toda investigación científica y sus aplicaciones deberían compartirse con la sociedad en su conjunto y en el seno de la Comunidad Internacional, en particular con los países en desarrollo. Los beneficios que se deriven de la aplicación de este principio podrán revestir las siguientes formas:

a) asistencia especial y duradera a las personas y los grupos que hayan tomado parte en la actividad de investigación y reconocimiento de los mismos;

b) acceso a una atención médica de calidad;

c) suministro de nuevas modalidades o productos de diagnóstico y terapia obtenidos gracias a la investigación;

d) apoyo a los servicios de salud;

e) acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos;

f) instalaciones y servicios destinados a crear capacidades en materia de investigación;

g) otras formas de beneficio compatibles con los principios enumorados en la presente Declaración.

2. Los beneficios no deberían constituir incentivos indebidos para participar en actividades de investigación.

*Artículo 16. Protección de las generaciones futuras*

Se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética.

*Artículo 17. Protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad*

Se habrán de tener debidamente en cuenta la interconexión entre los seres humanos y las demás formas de vida, la importancia de un acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos y su utilización, el respeto del saber tradicional y el papel de los seres humanos en la protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad.

*Aplicación de los principios*

*Artículo 18. Adopción de decisiones y tratamiento de las cuestiones bioéticas*

1. Se debería promover el profesionalismo, la honestidad, la integridad y la transparencia en la adopción de decisiones, en particular las declaraciones de todos los conflictos de interés y el aprovechamiento compartido de conocimientos. Se debería procurar utilizar los mejores conocimientos y métodos científicos disponibles para tratar y examinar periódicamente las cuestiones de bioética.

2. Se debería establecer un diálogo permanente entre las personas y los profesionales interesados y la sociedad en su conjunto.

3. Se deberían promover las posibilidades de un debate público pluralista e informado, en el que se expresen todas las opiniones pertinentes.

#### *Artículo 19. Comités de ética*

Se deberían crear, promover y apoyar, al nivel que corresponda, comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas con miras a:

a) evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos;

b) prestar asesoramiento sobre problemas éticos en contextos clínicos;

c) evaluar los adelantos de la ciencia y la tecnología, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones sobre las cuestiones que entran en el ámbito de la presente Declaración;

d) fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto.

#### *Artículo 20. Evaluación y gestión de riesgos*

Se deberían promover una evaluación y una gestión apropiadas de los riesgos relacionados con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas.

#### *Artículo 21. Prácticas transnacionales*

1. Los Estados, las instituciones públicas y privadas y los profesionales asociados a actividades transnacionales deberían procurar velar por que sea conforme a los principios enunciados en la presente Declaración toda actividad que entre en el ámbito de esta y haya sido realizada, financiada o llevada a cabo de cualquier otra manera, en su totalidad o en parte, en distintos Estados.

2. Cuando una actividad de investigación se realice o se lleve a cabo de cualquier otra manera en un Estado o en varios (el Estado anfitrión o los Estados anfitriones) y sea financiada por una fuente ubicada en otro Estado, esa actividad debería someterse a un nivel apropiado de examen

ético en el Estado anfitrión o los Estados anfitriones, así como en el Estado donde esté ubicada la fuente de financiación. Ese examen debería basarse en normas éticas y jurídicas que sean compatibles con los principios enunciados en la presente Declaración.

3. Las actividades de investigación transnacionales en materia de salud deberían responder a las necesidades de los países anfitriones y se debería reconocer que es importante que la investigación contribuya a la paliación de los problemas urgentes de salud a escala mundial.

4. Al negociar un acuerdo de investigación, se deberían establecer las condiciones de colaboración y el acuerdo sobre los beneficios de la investigación con la participación equitativa de las partes en la negociación.

5. Los Estados deberían tomar las medidas adecuadas en los planos nacional e internacional para luchar contra el bioterrorismo, así como contra el tráfico ilícito de órganos, tejidos, muestras, recursos genéticos y materiales relacionados con la genética.

#### *Promoción de la declaración*

##### *Artículo 22. Función de los Estados*

1. Los Estados deberían adoptar todas las disposiciones adecuadas, tanto de carácter legislativo como administrativo o de otra índole, para poner en práctica los principios enunciados en la presente Declaración, conforme al derecho internacional relativo a los derechos humanos. Esas medidas deberían ser secundadas por otras en los terrenos de la educación, la formación y la información pública.

2. Los Estados deberían alentar la creación de comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas, tal como se dispone en el artículo 19.

##### *Artículo 23. Educación, formación e información en materia de bioética*

1. Para promover los principios enunciados en la presente Declaración y entender mejor los problemas planteados en el plano de la ética por los adelantos de la ciencia y la tecnología, en particular para los jóvenes, los Estados deberían esforzarse no solo por fomentar la educación y formación relativas a la bioética en todos los planos, sino también por estimular los programas de información y difusión de conocimientos sobre la bioética.

2. Los Estados deberían alentar a las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales, así como a las organizaciones no

gubernamentales internacionales, regionales y nacionales, a que participen en esta tarea.

#### *Artículo 24. Cooperación internacional*

1. Los Estados deberían fomentar la difusión de información científica a nivel internacional y estimular la libre circulación y el aprovechamiento compartido de los conocimientos científicos y tecnológicos.

2. En el contexto de la cooperación internacional, los Estados deberían promover la cooperación científica y cultural y llegar a acuerdos bilaterales y multilaterales que permitan a los países en desarrollo crear las capacidades necesarias para participar en la creación y el intercambio de conocimientos científicos y de las correspondientes competencias técnicas, así como en el aprovechamiento compartido de sus beneficios.

3. Los Estados deberían respetar y fomentar la solidaridad entre ellos y deberían también promoverla con y entre individuos, familias, grupos y comunidades, en particular con los que son más vulnerables a causa de enfermedades, discapacidades u otros factores personales, sociales o ambientales, y con los que poseen recursos más limitados.

#### *Artículo 25. Actividades de seguimiento de la Unesco*

1. La Unesco deberá promover y difundir los principios enunciados en la presente Declaración. Para ello, la Unesco solicitará la ayuda y la asistencia del Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB) y del Comité Internacional de Bioética (CIB).

2. La Unesco deberá reiterar su voluntad de tratar la bioética y de promover la colaboración entre el CIGB y el CIB.

#### *Disposiciones finales*

#### *Artículo 26. Interrelación y complementariedad de los principios*

La presente Declaración debe entenderse como un todo y los principios deben entenderse como complementarios y relacionados unos con otros. Cada principio debe considerarse en el contexto de los demás principios, según proceda y corresponda a las circunstancias.

#### *Artículo 27. Limitaciones a la aplicación de los principios*

Si se han de imponer limitaciones a la aplicación de los principios enunciados en la presente Declaración, se debería hacer por ley, en particular las leyes relativas a la seguridad pública para investigar, descubrir y enjuiciar delitos, proteger la salud pública y salvaguardar los derechos y

libertades de los demás. Dicha ley deberá ser compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

*Artículo 28. Salvedad en cuanto a la interpretación: actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana*

Ninguna disposición de la presente Declaración podrá interpretarse como si confiriera a un Estado, grupo o individuo derecho alguno a emprender actividades o realizar actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana.

CAPÍTULO CUARTO

**POLÍTICA DE PRECIOS Y COMPETITIVIDAD  
EN UN MUNDO GLOBALIZADO\***

MARÍA ELENA GRUESO RODRÍGUEZ\*\*

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo es resultado de la investigación adelantada con respecto a la fijación de precios como práctica de competencia desleal.

Para sumergirse en esta investigación, fue necesario nutrirse de una variedad de teorías relacionadas con diferentes disciplinas, como la economía, las finanzas, el mercadeo y, por supuesto, el derecho.

Inicialmente este estudio desarrolla algunos contenidos básicos y definiciones que vienen a ser de obligatorio conocimiento para poder avanzar en el tema de la fijación de precios como práctica competitiva sancionable, destacando la importancia e impacto del mismo, así como su relación directa y puntual con la denominada libre competencia de los mercados.

El presente texto no solo pretende ahondar en los conceptos, importancia y correlación de la fijación de precios, sino que también pretende hacer una concreta explicación del marco legal, no solo en Colombia, también en el derecho comparado, específicamente, indagando los modelos utilizados por Estados Unidos y la Comunidad Europea.

\* Este artículo forma parte de los hallazgos del proyecto de investigación ya terminado: “Regulación Económica y Defensa de la Competencia”, dentro de la línea de derecho comercial y financiero del Grupo de Investigación de Derecho Económico y Estado, de la Corporación Universitaria Republicana.

\*\* Docente-investigadora de la Corporación Universitaria Republicana, Grupo de Investigación Económico. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda, con especialización en derecho comercial y derecho financiero de la Universidad en Rosario y candidata a magíster en derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: [megrueso@hotmail.com.co](mailto:megrueso@hotmail.com.co)

## 2. MARCO TEÓRICO

### A) *Conceptos*

#### a) *El precio*

##### *Definición*

Es imposible comenzar esta investigación sin acudir de manera inmediata a las raíces del tema objeto de estudio, el precio, entendiendo de antemano que se trata de un concepto complejo, debido a que en su fijación confluyen un sinnúmero de consideraciones y factores, entre los cuales se pueden mencionar: la naturaleza del mercado, los factores económicos y políticos a escala nacional e internacional, la política económica del gobierno, la coyuntura económica, el nivel de renta provisional o nacional, la evolución de los artículos sustitutivos, la evolución y ampliación del mercado, entre otros.

Popularmente se entiende el concepto del precio como el valor que se le da a los bienes y servicios o el valor de un producto expresado en términos monetarios; no obstante, un concepto económico simple del precio sería la medida cuantitativa de un producto, que constituye, por tanto, un regulador básico del sistema económico. Algunos consideran que el precio no es solo dinero e incluso no es el valor propiamente dicho de un producto tangible o servicio (intangible), sino un conjunto de percepciones y voluntades a cambio de ciertos beneficios reales o percibidos como tales; el trueque es el método por excelencia utilizado para adquirir un producto, pero entendiendo el trueque incluso como el intercambio de un producto por dinero. En casi todas las definiciones del precio se incluye el concepto de valor; no obstante, debe entenderse claramente la diferencia entre estos dos conceptos, toda vez que desde la perspectiva del cliente, el precio de un producto o servicio se relaciona directamente con su “valor”, es decir, con su capacidad de brindarle un beneficio, resolverle un problema, satisfacerle una necesidad o cumplirle un deseo; pero para el vendedor, en términos económicos, significa una herramienta para convertir sus ventas en ingresos.

Por otro lado, en derecho se entiende que el precio es la contraprestación monetaria en una serie de contratos, como en el contrato de compraventa, convirtiéndose en una parte esencial de tal acto; hasta tal punto que, si en lugar de un precio monetario se intercambiase otro tipo de bien, variaría la naturaleza jurídica del contrato y este dejaría de ser una compraventa, para ser una permuta.

Para concluir, se puede entender de manera simple y concreta que el precio es la cantidad de dinero que se requiere para adquirir un producto, y que irrefutablemente este es de vital importancia para el desarrollo económico y social de una comunidad, pues es el que determina qué bienes y servicios se producirán y quiénes obtendrán los bienes y servicios que se producen. Por un lado, para el productor, el precio afecta su posición competitiva, su rentabilidad y su nivel de participación en el mercado, y por otro, para el consumidor, el precio determina su posibilidad de compra y es un indicador de calidad aunque, en honor a la verdad, en algunos casos esta relación no sea congruente.

### *Importancia*

El precio es como un regulador para el sistema económico, ya que este tiene una influencia directa en los factores de producción (tierra, capital y trabajo), que forma un círculo “vicioso” que se repite constantemente generando así cambios en el sistema social.

El precio admite de igual forma asignar los recursos, es decir, que permitirá determinar qué se va a producir (oferta) y quién lo comprará (demanda). Las variaciones de los precios repercuten en el sistema económico al grado de generar crisis económicas de ser un cambio negativo para la sociedad; por tanto, en principio, la oferta debe buscar siempre establecer un nivel de precios que sea socialmente aceptable, so pena de provocar una intervención gubernamental.

Como consecuencia de su impacto socioeconómico, la fijación del precio ha sido a lo largo de la historia objeto de análisis y estudio, y aunque el pretender establecer un mismo precio para todos los compradores es una idea relativamente moderna que surgió con el desarrollo de las ventas al por menor a gran escala al final del siglo XIX, así como la llamada “política estricta de un solo precio”. Ahora, todo parece indicar que esta tendencia se ha revertido y el mundo está nuevamente explorando los caminos de la negociación, por medio de la libre competencia. Y los productores y comerciantes se valen de diferentes métodos para fijar los precios, entre ellos, el precio de costo, la política comercial de la empresa, el tipo de producto, la influencia de la competencia, incluso, el maquillaje de los precios; es por eso por lo que algunos Estados de manera intervencionista, adoptan diferentes marcos legales que les permitan ejecutar mecanismos de control y supervisión a la fijación de precios por parte de los particulares, con el fin de proteger al consumidor y su economía, pretendiendo garantizar una sana competencia.

### *Historia*

Desde una perspectiva histórica, la fijación de precios como práctica de la competencia ha pasado por varias fases frente a la competencia en la vida económica. Por tanto, decir que en una primera fase la reglamentación del mercado era tan extensa y minuciosa que difícilmente podía hablarse de actividades o mercados competitivos, pues durante la Edad Media y parte de la Edad Moderna, el dirigismo estatal y el monopolio, estatal o privado, caracterizaron la actividad económica.

Como consecuencia de lo anterior, los mercados libres no existían y, para ejercer una industria o comercio, era necesario estar matriculado en las corporaciones de artes y oficios a las que el municipio o el Estado otorgaban privilegios especiales para acceder al mercado; de esta manera, el Estado regulaba la competencia, pero no para protegerla sino más bien para limitarla o controlarla<sup>1</sup>.

La existencia y expansión de los monopolios, sin embargo, no fue pacífica. Los abusos en los precios, ignorados por la autoridad, fueron minando la tolerancia. Una primera manifestación jurídica de la repulsa hacia los monopolios se presentó en Francia bajo el reinado de Jaime I, en el denominado Estatuto de los Monopolios de 1623. Finalizando el siglo XVIII, la Revolución Francesa liberalizó la economía del antiguo régimen, comenzando, en alguna forma, los problemas sobre competencia, pero en todo caso esta liberalización se debió más a problemas políticos que económicos.

De esta manera, la libertad para desarrollar o emprender actividades económicas pasó a figurar en la Declaración Universal en los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 27 de agosto de 1789; así mismo, una ley del 2 de marzo de 1791 estableció la libertad para emprender actividades económicas y ejercer cualquier profesión, arte u oficio. Finalmente, la conocida ley de Le Chapelier, de junio de 1791, terminó de raíz con las corporaciones; el advenimiento de la Revolución Industrial requería necesariamente otra revolución, ahora en el ámbito jurídico, pues el derecho era incapaz, hasta esos entonces, de comprender en sus disposiciones una serie de fenómenos económicos.

La libertad de comercio tuvo consecuencias inesperadas. Una vez suprimidas las disposiciones corporativas provenientes de la Edad Media, los diversos agentes económicos se valieron de todas las armas imaginables

<sup>1</sup> HENRY W. SPIEGEL, *El desarrollo del pensamiento económico. Historia del pensamiento económico desde los tiempos bíblicos hasta nuestros días*, Barcelona, Edit. Omega, 1990, págs. 72-73.

para obtener la finalidad perseguida: la maximización de sus utilidades. Se habían eliminado los gremios y los controles administrativos que impedían el surgimiento de mercados competitivos, pero se había dejado, así mismo, el camino despejado para el fortalecimiento de los monopolios privados (tan o más dañinos que los estatales) y para la materialización de prácticas o acuerdos de precios restrictivos de la competencia. A finales del siglo XIX, la situación, desde la perspectiva de la competencia, era insostenible; la libertad de iniciativa, obtenida un siglo antes, parecía perdida y se levantan las voces requiriendo la intervención estatal para reencauzar el proceso<sup>2</sup>.

Este es el punto cronológico en el derecho que ha tenido una participación fundamental en materia de competencia, y en esta última época se ubican las leyes especiales que van surgiendo para reprimir las prácticas restrictivas. La primera nación en reaccionar en este sentido fue Estados Unidos, convirtiéndose en el país pionero del “derecho de la competencia”; las razones de por qué el derecho de la competencia se desarrolla tan rápidamente en este país, debemos buscarlas en su economía y en la idiosincrasia de su pueblo. Desde luego, el sistema económico norteamericano descansaba en la libertad de emprender.

## B) *Fijación del precio*

### *Definición*

En primer lugar, la fijación del precio podría entenderse como el procedimiento mecánico para establecer precios sobre una base regular, utilizando un método que estructura el cálculo del precio real de un producto, sea bien o servicio<sup>3</sup>, o como la evaluación de las diferentes características por los clientes y por precios de los competidores<sup>4</sup>.

Desde el punto de vista económico, existen errores muy comunes al momento de la fijación de los precios; uno de ellos es cuando la fijación está demasiado orientada a los costos, otro cuando los precios no se modifican con la frecuencia suficiente para aprovechar los cambios del mercado; cuando el precio se fija con independencia del resto de la mezcla de marketing y no como un elemento intrínseco de la estrategia de posicionamiento en el mercado; y también cuando el precio no es lo

<sup>2</sup> J. K. GALBRAITH, *Historia de la economía*, Barcelona, Ariel, 2011, pág. 178.

<sup>3</sup> JOAO DA COSTA, *Diccionario de mercadeo y publicidad*, Caracas, Edit. Panapo, 1992, pág. 274.

<sup>4</sup> [www.sappiens.com/castellano/glosario.nsf](http://www.sappiens.com/castellano/glosario.nsf)

bastante variado para los diferentes artículos, segmentos de mercado y ocasiones de compra.

Desde la perspectiva gubernamental, se considera que la determinación del precio es la actividad clave dentro del sistema capitalista de la libre empresa, pues el precio de mercado de un producto influye en salarios, rentas, interés y utilidades.

El modelo perfectamente competitivo de fijación de precios, parte de un supuesto fundamental: todos los productores y consumidores actúan como tomadores de precios; es decir, se comportan como si las funciones de oferta y demanda fueran infinitamente elásticas para los precios de mercado vigentes, pero tal supuesto no es del todo realista cuando existen pocos agentes en una u otra parte de los componentes del mercado, dado que tales agentes a menudo poseen cierto poder sobre el mercado.

El ejemplo más simple de este tipo de poder se observa cuando existe un único vendedor de un bien; pues el monopolista puede reconocer un incremento en su precio por arriba de los niveles competitivos y puede producir en cualquier punto de la curva de demanda del mercado, de hecho se tiene un efecto similar cuando hay más de un agente, pero no demasiados, en un lado del mercado, o cuando se encuentra concentrado en unos pocos, presentándose un oligopolio.

### *Métodos*

Desde el punto de vista del marketing, la fijación del precio está sometida a diferentes factores externos condicionantes, como la naturaleza del mercado, factores económicos y políticos en el ámbito internacional, política económica del gobierno, coyuntura económica, nivel de rentabilidad, evolución de los artículos, etc., lo cual genera la existencia de un universo de métodos para fijar los precios según las prioridades políticas del productor y comerciante.

Es así como el marketing ha desarrollado una gran variedad de estrategias para fijar los precios, algunas de ellas tienen como base los siguientes ítems:

- El precio de costo.
- La política comercial de la empresa.
- El tipo de producto:
  - De venta continua
  - Temporada
  - En exclusiva

- De primer precio
  - De imagen
- La influencia de la competencia.
- El maquillaje de precios.

No obstante, para esta investigación no es relevante profundizar en los conceptos bases de la economía y el mercadeo en la fijación del precio; lo relevante es profundizar en aquellas prácticas sancionables dentro de ese universo de métodos utilizados por el marketing. A continuación se presentan algunos conceptos o métodos de fijación de precios necesarios en el marco de esta investigación.

— *Fijación deliberada de precios o acuerdo de precios*: da a entender un convenio entre “competidores”, en contraste con la situación idealizada de la competencia perfecta en la que el precio es el resultado automático de un proceso impersonal.

— *Fijación predatoria de precios o de exterminio*: se refiere a la acción de una empresa para establecer un precio por debajo de su punto de cierre para hacer salir del mercado a un competidor.

— *Fijación múltiple de precios*: consiste en fijar precios altos para las primeras unidades adquiridas y precios inferiores cuando la cantidad demandada sea mayor.

— *Fijación de precios por penetración*: se trata de iniciarse en el mercado con precios bajos y luego subir los precios.

— *Fijación de precios por estatus*: consiste en igualar el precio al de la competencia; algunos comentaristas aseguran que es una estrategia segura para sobrevivir a largo plazo<sup>5</sup>.

— *Fijación de precios al máximo*: es la estrategia de aumentar los precios en la temporada alta, en donde el producto cuenta con mucha demanda.

— *Fijación de precios basado en el valor*: es una estrategia que ha surgido del proceso de calidad; en lugar de calcular precios basados en costos o precios de los competidores, empieza con el cliente, considera la competencia y luego determina el precio apropiado, lo importante es que al consumidor le parezca un buen precio en comparación con la competencia<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> CHARLES W. LAMB, *Fundamentos de marketing*, México, D. F., Thomson, Editores S.A., 2005, pág. 624.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pág. 630.

De las definiciones descritas anteriormente, se encuentran aquellas que son consideradas como una práctica competitiva sancionable, las cuales serán objeto de estudio más adelante; sin embargo, para iniciar se puede establecer que en general todos los esfuerzos estatales para proteger la libre competencia apuntan a tres situaciones:

— *Acuerdos anticompetitivos*, donde dos o más empresas acuerdan entre sí fijar precios, limitar la producción, dividir los mercados geográficamente o acordar ofertas cuando se presentan a licitaciones para contratos con el gobierno.

— *Abusos de posición dominante o conducta excluyente*, donde una empresa es tan poderosa que puede actuar sin pensar en sus rivales o puede actuar para excluirlos. Los abusos de posición dominante o conducta excluyente pueden incluir la fijación predatoria de precios (precios que estén por debajo del costo para expulsar a los competidores de un mercado y luego subir nuevamente los precios una vez que el rival desaparece), bloquear las redes de distribución (no permitir a los distribuidores trabajar con productos de los competidores) para excluir a los competidores del mercado, y negarle a los competidores acceso a facilidades esenciales (impedir que una empresa naviera descargue mercadería en un muelle).

— *Regulación para el control de fusiones*, donde se estudia a las empresas que desean fusionarse para asegurar que su acuerdo no tenga probabilidades de reducir la competencia de manera significativa. La regulación para el control de fusiones está orientada a asegurar que las fusiones no lleven a demasiada concentración de mercado que pudiera resultar en conductas de abuso de poder. Este tipo de legislación es inusual en el sentido de que es preventiva (los economistas dirían *ex ante*): una autoridad puede bloquear una fusión antes de que esta se produzca. El control de los acuerdos anticompetitivos y abuso de posición dominante es reactivo (*ex post*) en el sentido de que los hechos ya han ocurrido.

### 3. MARCO LEGAL NACIONAL E INTERNACIONAL

#### A) *Internacional*

En materia de competencia y fijación de precios, se podría decir que el marco de acción está delimitado por lo dispuesto por la “política de competencia” en la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Hoy día, la política de competencia en la Organización Mundial del Comercio (OMC), único organismo internacional (integrado por más de 130 miembros, que representan más del 90 por ciento del comercio mundial<sup>7</sup>) que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países, teniendo como principal propósito asegurar que las corrientes comerciales circulen con la máxima facilidad, previsibilidad y libertad posible; dispone de algunos acuerdos específicos, tales como el acuerdo de servicios denominado GATS, el cual se refiere al tema de monopolios y proveedores exclusivos de servicios, y desarrolla un anexo especial para el tema de telecomunicaciones, diseñado para eliminar o menguar una barrera de entrada al mercado de las telecomunicaciones. Existe el llamado acuerdo sobre aspectos de propiedad industrial relacionados con el comercio (TRIPS), el cual contiene una norma sobre control de prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales de derechos de propiedad intelectual. Por último, existe el acuerdo sobre comercio y aranceles (GATT).

En segundo lugar, la competencia en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) recoge las tendencias y preocupaciones predominantes en el mundo en materia de comercio y desarrollo, para nutrir el llamado “Conjunto de principios y normas sobre competencia de las Naciones Unidas”, que viene a ser algo como “Ley Tipo de Defensa de la Competencia”. Estos documentos reconocen el principio según el cual la política de competencia de cada país debe estar de acuerdo con el nivel de desarrollo en que se encuentra, además de reconocer que una sana política de competencia contribuye a asegurar el cumplimiento de los acuerdos de integración económica.

Por otro lado, la política de competencia en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha emitido recomendaciones en materia de políticas de competencia, las cuales tienen como destinatarios a sus países miembros. En términos generales, las recomendaciones consisten en impulsar acciones contra las prácticas restrictivas de la competencia que afecten el comercio internacional, estableciendo mecanismos de cooperación entre los diferentes países. La única conducta puntual sobre la que se recomienda una prohibición interior de cada país, son los carteles intrínsecamente nocivos, es decir, los acuerdos horizontales de fijación de precios o repartición geográfica de mercados.

<sup>7</sup> [www.monografias.com/trabajos7/omc/omc.shtml](http://www.monografias.com/trabajos7/omc/omc.shtml)

a) *Política de competencia en los principales acuerdos regionales.* Existen diferentes directrices o lineamientos generales para la variedad de acuerdos internacionales suscritos; los más relevantes son los siguientes:

### *1. Acuerdos con alcance limitado*

Dentro de los acuerdos regionales cuyas disposiciones sobre políticas de competencia tienen un alcance limitado, se encuentran el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA); el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Canadá y Chile, y el G-e, del que son miembros Colombia, Venezuela y México.

Estos acuerdos establecen unos lineamientos generales, que se refieren principalmente al tema de empresas del Estado y monopolios designados; los temas restantes en materia de política de competencia, quedan del resorte exclusivo de cada país.

### *2. Acuerdos intermedios*

Un segundo grupo de disposiciones sobre políticas de competencia, contenidas en acuerdos regionales, está integrado por aquellos que establecen obligaciones mínimas que debe observar cada país al momento de establecer su normatividad en materia de competencia, a esta categoría pertenecen tratados como el celebrado entre Canadá y Costa Rica.

Estos compromisos mínimos suelen incluir la obligación de tener legislación y autoridad de competencia, así como algún tipo de mecanismo de cooperación internacional efectiva. Este es el mismo esquema del capítulo en materia de políticas de competencia del ALCA. Estos compromisos mínimos suelen incluir la obligación de tener legislación y autoridad de competencia, así como algún tipo de mecanismo de cooperación internacional efectiva.

### *3. Acuerdos con alcance supranacional*

Tratados como MERCOSUR, CARICOM y la Comunidad Andina de Naciones (CAN), cuentan con disposiciones en materia de prácticas restrictivas de la competencia, que tienen alcance supranacional, es decir, las normas sustantivas se aplican en toda la región y existe una autoridad supranacional encargada de hacerlas cumplir. Estos sistemas, análogos al de la Unión Europea (aunque menos elaborados), representan un nivel de integración en aplicación de las políticas de competencia<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> CIJUS. Proyecto de investigación y apoyo del equipo negociador de Colombia en el ALCA y la OMC, Bogotá, D. C., Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, CIJUS, Facultad de Derecho.

#### *4. Acuerdos de cooperación en materia de política de competencia*

En la medida que los temas que se relacionan con políticas de competencia continúan regulados, como regla general, por legislaciones estatales o subregionales, los mecanismos de cooperación resultan una herramienta indispensable para reprimir las prácticas anticompetitivas transfronterizas.

En la actualidad, existen acuerdos de cooperación de diversos tipos entre autoridades de competencia; los más representativos son los siguientes:

- Estados Unidos-Unión Europea (1991 y 1998).
- Estados Unidos-Canadá (1995).
- Canadá-Unión Europea (1999).
- Estados Unidos-Brasil (1999).
- México-Unión Europea (2000).
- Estados Unidos-México (2000).
- Canadá-Chile (2001).

El mecanismo de cooperación internacional más efectivo existente hasta ahora es el denominado “cortesía positiva” o “positive comity”. El mecanismo se pactó entre Estados Unidos y la Unión Europea, y consiste en que un Estado, cuyos nacionales se ven afectados por prácticas anticompetitivas ocurridas en el territorio de un segundo Estado, tiene derecho a solicitar a la autoridad de competencia de este último su intervención para reprimir los comportamientos nocivos.

El mecanismo es voluntario, y opera cuando el comportamiento resulta violatorio a la luz de la ley del país en cuyo territorio ocurre, e independientemente de que sea o no lícito según la legislación del país requirente.

Nivel 1. NAFTA y G3: monopolios y empresas del Estado.

Nivel 2. Canadá/Costa Rica y ALCA: compromisos mínimos.

Nivel 3. MERCOSUR, CARICOM, CAN, UE: norma sustantiva aplicada a la subregión por una autoridad supranacional.

#### *B) Colombia*

a) *Régimen general de libertad de precios.* De acuerdo con lo establecido en el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, la libre competencia es un derecho colectivo. Así mismo, el artículo 333 establece que en Colombia hay libertad de precios, pues tal norma expresa que la

actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común; para ello, el Estado por mandato legal impedirá que se obstruyan o restrinjan y evitará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado. En consecuencia, en Colombia, por regla general, los distribuidores o expendedores podrán fijar libre y autónomamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad, sin sujetar al consenso de otras voluntades el precio, el cual debe estar determinado por el libre juego de la oferta y la demanda<sup>9</sup>.

Por su parte, en el artículo 334 de la Constitución Política se establece que el Estado intervendrá en la economía, por mandato legal; en este sentido, en ejercicio de las facultades constitucionales anotadas, el Estado podrá intervenir en la política de precios. Dado que existen productos y servicios que tienen un impacto social importante dentro de la comunidad, las disposiciones jurídicas previeron que, de manera excepcional, el legislador pudiera limitar la competencia que naturalmente existiría respecto de los mismos; bien sea creando monopolios como arbitrio rentístico de la nación, sometiendo el ejercicio de una actividad o la comercialización de un producto a la obtención de una licencia o autorización previa, o bien mediante la fijación por el Estado de algunos de los factores de competencia, como por ejemplo, mediante la regulación de tarifas o el establecimiento de precios de compra o de venta. Estas limitaciones a la competencia son excepcionales, pues en un sistema de libre competencia como el colombiano, la libertad de empresa y de competencia beneficia a la colectividad, al permitir que los consumidores accedan a una variedad de productos, con diferentes precios y calidades<sup>10</sup>.

En desarrollo de lo anterior, en el artículo 61 de la ley 81 de 1988 se consagra que el establecimiento de la política de precios, su aplicación así como la fijación cuando a ello haya lugar, corresponde a las entidades gubernamentales que allí se enumeran, tales como:

“a) Al Ministerio de Agricultura, para los productos del sector agropecuario;

”b) Al Ministerio de Minas y Energía, para el petróleo y sus derivados, carbón, gas a distribuidores y demás productos mineros;

<sup>9</sup> Concepto 03010950 del 28 de febrero de 2003, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

<sup>10</sup> JAIRO RUBIO ESCOBAR, *La competencia económica y los precios*, Bogotá, D. C., Legis, 2007.

"c) Al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, las tarifas del transporte terrestre, urbano y suburbano, de pasajeros y mixto, cuando sea subsidiado por el Estado, las de transporte terrestre intermunicipal e interdepartamental y las del fluvial;

"d) Al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, las tarifas del transporte aéreo nacional;

"e) A la Corporación Nacional de Turismo, para los servicios hoteleiros, restaurantes, bares y negocios similares;

"f) A la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, las tarifas de agua, energía eléctrica, gas a usuarios finales, alcantarillado, aseo, servicio telefónico local y larga distancia tanto nacional como internacional, telégrafos, télex, fax, transmisión de datos y correo urbano, interurbano, nacional e internacional y electrónico;

"g) Al Ministerio de Desarrollo Económico, para los espectáculos públicos, los productos de la industria manufacturera y los servicios de carácter comercial que no estén expresamente señalados en los literales precedentes"<sup>11</sup>.

Conforme a lo señalado, es claro que las autoridades que tienen la facultad de fijar precios son aquellas del orden nacional, señaladas en el artículo 61 de la ley 81 de 1988, pudiendo las del orden municipal variar tales precios exclusivamente en el caso señalado.

b) *Régimen de competencia.* Se entiende por mercados competitivos, aquellos en los cuales funcionan numerosas empresas que tienen la capacidad de fijar precios, limitada en el sentido de que si cobran por encima del precio del mercado, perderán sus clientes; así mismo, cuando existe amplia disponibilidad de información para productores y consumidores, tanto la entrada como la salida resultan relativamente fáciles para los actores en el mercado; las externalidades son limitadas; la infraestructura es adecuada; los contratos se cumplen y los derechos de propiedad están protegidos. Cuando se aplican estas características, los economistas infieren que el mercado funciona bien como institución y permite que los recursos sean eficientemente empleados y se maximice el bienestar común.

En la búsqueda del escenario antes descrito, la legislación colombiana por medio de la ley 155 de 1959, dictó algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, y en su artículo 1º, modificado por el artículo 1º del decreto 3307 de 1963, prohíbe la siguiente práctica:

<sup>11</sup> Ley 81 de 1988, art. 61.

“... los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”<sup>12</sup>.

Con estas prohibiciones, el legislador colombiano “se orienta a reprimir las limitaciones a la competencia. Tutela la prevalencia de esta en el mercado, como columna vertebral de la economía de mercado”<sup>13</sup>; en términos más sencillos, el legislador posiciona claramente a la libre competencia como bandera de la iniciativa privada para que el desempeño de los distintos participantes se realice libre de trabas.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 46 del decreto 2153 de 1992 establece: “[...] en los términos de la ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados”<sup>14</sup>.

De igual manera, el artículo 47, numeral 1, del mismo decreto considera como acuerdos contrarios a la libre competencia, aquellos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Por otra parte, el numeral 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, señala además como acto contrario a la libre competencia aquellos tendientes a:

“... influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios”<sup>15</sup>.

Es necesario tener en cuenta que el artículo 235 del decreto 1122 de 1999 derogó el inciso segundo del artículo 18 del decreto 3466 de 1982, que permitía a los productores fijar voluntariamente los precios máximos al público.

Todo sistema de libre comercio debe caracterizarse por la libre competencia, buscando siempre que los precios sean fijados de conformidad con la oferta y la demanda; así lo explica la doctrina al señalar que

<sup>12</sup> Ley 155 de 1959, art. 1º.

<sup>13</sup> DELIO GÓMEZ LEYVA, *De las restricciones del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*, Bogotá, D. C., Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, pág. 104.

<sup>14</sup> Decreto 2153 de 1992, art. 46.

<sup>15</sup> *Ibidem*, art. 48.

“cuando la propiedad privada y la libertad de intercambio están presentes, los precios del mercado registran las elecciones literalmente de millones de consumidores, productores y proveedores de recursos, y las ponen en armonía. Los precios reflejan información acerca del consumidor, costos y asuntos relacionados con oportunidad del momento, localización y circunstancias, que está mucho más allá de la comprensión de cualquier individuo o autoridad de planeación central. Este único dato sumario —el precio del mercado— proporciona a los productores todo lo que ellos necesitan saber para poner en armonía sus acciones con las acciones y preferencias de los demás. El precio del mercado dirige y motiva a productores y proveedores de recursos, para que ofrezcan esas cosas que los demás valoran altamente en relación con los costos de las mismas”<sup>16</sup>.

c) *Fijación pública de precios máximos.* La libertad de precios debe desarrollarse dentro de algunos parámetros y límites, pues la defensa de la libre competencia no implica que el Estado haya dejado de lado su obligación de procurar el bien común y evitar cualquier abuso que personas o empresas puedan hacer de su posición dominante en el mercado. Es por eso por lo que por medio del llamado “Estatuto del Consumidor”, decreto 3466 de 1982, el legislador colombiano dictó normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores; y en el artículo 18 de la norma citada señala:

“... todo proveedor o expendedor está obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes o servicios que ofrezca, para lo cual puede elegir, según la reglamentación de la autoridad competente o, a falta de esta, según sus posibilidades o conveniencia, el sistema de fijación en listas o el de fijación en los bienes mismos”<sup>17</sup>.

“En virtud de lo anterior, tenemos entonces que son los proveedores o expendedores quienes tienen la obligación legal de fijar los precios máximos al público, no así los productores, quienes pueden hacerlo voluntariamente o en obedecimiento a lo previsto por autoridad competente, caso en el cual se exonerá al expendedor del cumplimiento de dicha obligación, es decir, que habiendo fijado el productor un precio máximo para el producto, no tendría el proveedor o expendedor que dar cumplimiento a la obligación para él establecida en el artículo 18 citado. Ahora

<sup>16</sup> Vancouver: Fraser Institute, 1993.

<sup>17</sup> Decreto 3466 de 1982, art. 18.

bien, *fijar* un precio implica establecerlo de manera clara y obligatoria, es decir, que permita al consumidor tener certeza sobre cuál es el valor que debe pagar por el bien que va a adquirir. Por tanto, *el precio sugerido al público* indicado por el productor, no puede entenderse como la fijación del precio máximo al público, ya que una sugerencia lo que implica es una recomendación, en este caso, para el proveedor o expendededor para que adopte como precio máximo el precio sugerido. Así, el precio sugerido no exonera al proveedor o expendededor de fijar un precio máximo pero puede ser acogido por este como tal”<sup>18</sup>.

Además, los artículos 19 y 20 del decreto 3466 de 1982 definieron los sistemas de fijación de precios en los bienes mismos y en listas, exigiendo en el artículo 14 del mismo decreto:

“... toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente”<sup>19</sup>.

Prohibiendo, por tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Es importante aclarar que el término “fijación” en este particular, no hace referencia al proceso de determinar el precio, sino al hecho de publicarlo, de hacerlo conocer a los clientes por medios previamente determinados por el legislador.

Como desarrollo legislativo, el decreto 1485 de 1996 reglamentó lo relacionado con la fijación pública de precios; pues aun cuando de manera general existe libertad de precios, todo proveedor o expendededor está obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes y servicios, según la reglamentación de la autoridad competente o a falta de esta, según sus posibilidades o conveniencias, en los bienes mismos, o en góndolas, anaqueles o estantes, estando obligados los consumidores a pagar el precio indicado bajo alguno de estos sistemas<sup>20</sup> y a renglón seguido, el numeral 2.3.1 aclara lo siguiente:

<sup>18</sup> Concepto 05082814 del 31 de octubre de 2005, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

<sup>19</sup> Decreto 3466 de 1982, art. 14.

<sup>20</sup> Circular Única 10 de 2001, t. II, cap. II, num. 2.3.1, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

“En cualquier sistema de información sobre precios dirigida a los consumidores, se deberá indicar el precio total del producto, el cual incluirá cualquier cargo adicional o impuesto a que hubiere lugar, sin perjuicio de su discriminación en las facturas conforme a las disposiciones tributarias”.

En concordancia con lo anterior, “cualquiera que sea el sistema de fijación de precios que el proveedor o expendedor adopte, ya sea por determinación de la autoridad competente o de acuerdo con sus posibilidades o conveniencia, el precio indicado debe siempre corresponder al precio total del producto, el cual constituye el precio máximo que se puede cobrar al público en cualquier circunstancia y, por lo tanto, debe tener incluidos todos los cargos adicionales que se causen, como sería por ejemplo, aquel ocasionado por la utilización de tarjetas de crédito. En tal virtud, una vez divulgado el precio máximo, el empresario no puede establecer recargos sobre ese precio máximo indicado al público”<sup>21</sup>.

De tal manera que cualquiera que sea el sistema de fijación de precios que el proveedor o expendedor adopte, ya sea por determinación de la autoridad competente o de acuerdo con sus posibilidades o conveniencia, el precio indicado debe siempre corresponder al precio total del producto, el cual constituye el precio máximo que se puede cobrar al público en cualquier circunstancia y, por tanto, debe tener incluidos todos los cargos adicionales que se causen, como sería por ejemplo, aquel ocasionado por la utilización de tarjetas de crédito. En tal virtud, una vez divulgado el precio máximo, el empresario no puede establecer recargos.

Además, en caso de que se señalen dos o más precios, el consumidor solo está obligado a pagar el más bajo, de acuerdo con el artículo 21 del decreto 3466 de 1982. En este orden de ideas, “bajo cualquiera de los sistemas legalmente contemplados para la fijación del precio máximo al público, el precio que se anuncie [...] deberá incluir cualquier cargo adicional o impuesto al que hubiere lugar, de tal manera que, si un cargo adicional no se ha incluido en el precio que se ha informado al consumidor, este no puede ser cobrado y el consumidor no estará en obligación de pagarlo”<sup>22</sup>.

Por otro lado, el decreto 3466 de 1982 en su artículo 33 estableció las sanciones aplicables a los proveedores o expendedores, en caso de incumplimiento de las normas sobre fijación pública.

<sup>21</sup> Concepto 060102308 del 5 de diciembre de 2006, pág. 1, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 2, *Idem*.

Es oportuno señalar que en la actualidad el representante a la Cámara por Bogotá, Simón Gaviria, es el autor de un proyecto de ley en virtud del cual se actualiza el decreto 3466 de 1982 (Estatuto de Protección al Consumidor). El proyecto de ley 82 de 2008, Senado, “por medio del cual se actualiza el Estatuto 3466 de 1982, y se dictan otras disposiciones”, busca adecuar el Estatuto a la nueva organización económica; pues dentro de sus motivaciones asegura que luego de transcurridos 25 años desde la expedición del decreto 3466 de 1982 y una vez puestas en práctica sus disposiciones, se torna evidente la necesidad de adecuar su contenido a las nuevas realidades a las que se enfrenta el consumidor, más aún teniendo en cuenta que el decreto 3466 de 1982 fue expedido por el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias establecidas en la ley 73 de 1981 en respuesta a las necesidades de los consumidores de ese momento y que este fue concebido para una economía cerrada y bajo una concepción del Estado eminentemente protecciónsta.

Dentro de las motivaciones del proyecto de ley, el autor expone que las acciones judiciales contempladas en el actual Estatuto del Consumidor son confusas y, en esa medida, inaplicables. Además, que la definición del campo de aplicación de la ley es impreciso y carece de elementos de importancia como el concepto de destinatario final; la consagración de las garantías establecidas es confusa e imprecisa, toda vez que no se sabe si son discrecionales del productor, si son obligatorias únicamente cuando son impuestas por la administración o la ley, o si se entienden incorporadas en todos los casos; las funciones de las autoridades administrativas se limitan a la imposición de multas y órdenes de cesación de producción y comercialización de bienes y servicios y no permiten la adopción de decisiones que satisfagan las necesidades del consumidor.

d) *Supervisión, procedimiento y sanciones.* Tratándose de bienes sometidos al régimen de control, conforme al decreto 2876 de 1984<sup>23</sup>, los alcaldes e inspectores de policía son competentes para adelantar las investigaciones por las contravenciones a las normas sobre control y vigilancia de precios. Es decir, que tienen la facultad de controlar y vigilar los precios de aquellos bienes o servicios sometidos al régimen de control, cuyos máximos se han determinado por las autoridades competentes del orden nacional, las cuales, se reitera, están señaladas en el artículo 61 de la ley 81 de 1988.

<sup>23</sup> Decreto 2876 de 1984, art. 12: “*Competencia.* Son competentes para investigar las contravenciones a las normas sobre control y vigilancia de precios: (...) 2. Los alcaldes municipales, el alcalde mayor del Distrito Especial de Bogotá, los alcaldes menores del Distrito, dentro de su jurisdicción. 3. Los inspectores de policía”.

El decreto 2876 de 1984, artículo 18, determina que las infracciones contravencionales en materia de precios controlados como la especulación indebida, entre otras, de acuerdo con el artículo 19 del mismo decreto, corresponde a los alcaldes y los inspectores de policía la facultad de imponer las sanciones señaladas en los artículos 15, 16 y 17 del decreto 863 de 1988, las cuales corresponden a multas, previo cumplimiento del procedimiento descrito en los artículos 20 a 33 del decreto 2876 de 1984, existiendo la obligación de adelantar por escrito las investigaciones correspondientes.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del decreto 3466 de 1982, se le atribuye a la Superintendencia de Industria y Comercio y a las alcaldías la siguiente facultad:

“Imponer las sanciones administrativas previstas en el presente decreto [...] por falta de correspondencia con la realidad o inducción a error de las marcas, las leyendas y la propaganda comercial, o por incumplimiento de las normas sobre fijación pública de precios, de conformidad con el procedimiento igualmente contemplado en este decreto”.

Los alcaldes municipales tienen competencia para imponer sanciones administrativas por incumplimiento de las normas sobre fijación o indicación pública de precios. Dichas sanciones se encuentran previstas en el artículo 33 de la citada norma y pueden consistir según se trate, en el cierre del establecimiento o en la imposición de multas. En caso de indicar dos o más precios, o de tachaduras o enmendaduras respecto del precio indicado en el empaque, es procedente la imposición de multa; si falta la fijación o indicación de precios, es procedente el cierre del establecimiento.

Es importante precisar que la obligación que establecen las normas descritas respecto a la fijación de precios se refiere a la indicación de precios máximos de los bienes o servicios, ya sea por medio de listas, en los bienes mismos o en góndolas, anaqueles o estantes. “En tal sentido, las facultades de control y vigilancia que tienen los alcaldes o los inspectores de policía en relación con la fijación o indicación de precios, se restringe a la verificación de que efectivamente se cumpla con la obligación de indicar de manera pública los precios; y en caso que no se verifique el cumplimiento de la misma, imponer las sanciones antes descritas previo el trámite correspondiente”<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Concepto 03010950 del 28 de febrero de 2003, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

Por su parte, el artículo 32 del mismo decreto, establece las sanciones administrativas relacionadas con la responsabilidad de los productores, proveedores y expendedores anunciantes en razón de las marcas, las leyendas y la propaganda comercial.

En caso de incumplimiento comprobado de las normas relativas a la fijación pública de precios, los proveedores o expendedores estarán sujetos a las siguientes sanciones:

“a) Multa hasta por diez veces el valor de un salario mínimo legal mensual vigente. [...].

”b) Cierre del establecimiento en caso de falta de fijación pública de precios de los bienes o servicios allí ofrecidos al público hasta por el término de ocho (8) días calendario.

”c) En caso de reincidencia dentro del año siguiente a la fecha en que se haya impuesto la sanción de que se trata el literal a), el valor de la multa será igual a quince (15) veces el valor de un salario mínimo legal mensual vigente [...]; si la sanción que se hubiere impuesto fuere la considerada en la letra b), se ordenará el cierre del establecimiento por el término de un (1) mes.

”d) En el evento de una reincidencia dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se haya impuesto alguna de las sanciones de que se trata la letra c) precedente, se dispondrá el cierre definitivo del establecimiento y el proveedor o expendedor quedará inhabilitado para ejercer el comercio.

”Sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar, si se comprobare que el consumidor pagó un precio superior al señalado en la lista o en el producto mismo o en su envase, empaque o etiqueta, en la providencia que imponga la sanción se ordenará al proveedor o expendedor reintegrar las sumas pagadas en exceso y el pago de intereses moratorios por dichas sumas a la tasa vigente, a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia. Para estos efectos, la providencia presta mérito ejecutivo ante los jueces civiles”.

Las sanciones anteriormente transcritas también pueden ser aplicadas por las alcaldías municipales, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del decreto 3466 de 1982.

Además, el artículo 16 del Estatuto del Consumidor, refiriéndose a la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, señala que los productores serán responsables frente a los consumidores en los términos de los artículos 31 y 32 del mismo decreto, cuando con la propaganda de que trata dicho artículo:

“[...] se induzca o pueda inducirse a error al consumidor respecto del precio, calidad o idoneidad del bien o servicio respectivo, lo cual se entenderá por el hecho de que, simultáneamente con el ofrecimiento de los incentivos y hasta seis (6) meses después del retiro del ofrecimiento de estos, se aumente el precio del bien o servicio, así como por el hecho de que por el incentivo o a la par con este, se afecte desfavorablemente la calidad o la idoneidad del bien o servicio. Para efectos de lo dispuesto en este artículo, en la propaganda se indicará la fecha exacta hasta la cual será válido el ofrecimiento de los incentivos”.

Con relación al régimen de competencia, mediante el trámite de un proceso abreviado, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado y cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, así como determinadas autoridades y asociaciones, está legitimada para el ejercicio de las siguientes acciones:

1. *Acción declarativa y de condena*, para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y, en consecuencia, se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante.

2. *Acción preventiva o de prohibición*, para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.

Las anteriores acciones procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal. Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, dichas acciones deben dirigirse contra el patrono.

Por último, mediante la ley 256 de 1996 se derogó expresamente el artículo 10 de la ley 155 de 1959 que consagraba el concepto de competencia desleal; los artículos 75 a 77 del decreto 410 de 1971 que hacían alusión a los hechos que constituyen competencia desleal, las acciones judiciales contra la competencia desleal y la prohibición de la propaganda comercial tendiente a establecer competencia desleal, y los artículos 975 y 976 del Código de Comercio que se referían a las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro.

Según el decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, sin perjuicio de las competencias señaladas

en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados, como también de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor a que se refiere este decreto y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes.

De igual manera, dicha Superintendencia tiene la facultad de imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas del suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

Con relación al procedimiento, el artículo 54 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación, teniendo en cuenta principios procesales básicos, como ordenar abrir una investigación, notificar personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, practicar las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

Después de instruida la investigación, se presentará al superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción y de dicho informe se correrá traslado al investigado, teniendo en cuenta el principio de contradicción. Durante el curso de la investigación, el superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

### C) Estados Unidos

El marco regulatorio americano consta de cuatro pilares, alrededor de los cuales se desarrolla toda la doctrina y jurisprudencia actual sobre fijación de precios, estos son:

- La Ley Sherman, 15 U.S.C. Secciones 1-7.
- La Ley Clayton, 15 U.S.C. Secciones 12-27.
- La Ley de la Comisión Federal de Comercio, 15 U.S.C. Secciones 41-51.
- Numerosos estatutos federales que rigen el trato antimonopólico de sectores particulares de la economía.

La Ley Sherman contempla lo siguiente:

“Todo contrato, (...) o pacto colusorio para restringir el libre comercio es ilegal”.

Esta ley es considerada la ley antimonopolio de Estados Unidos; aprobada en 1890 para reducir el comportamiento anticompetitivo; en su primera parte establece que es ilegal la fijación de precios, y en su segunda sección declara ilegales los intentos de monopolizar.

Su objetivo principal fue preservar el ejercicio de una competencia libre e irrestricta como norma de comercio. La ley se fundamenta en la premisa de que “la libre interacción de las fuerzas competitivas generará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mejor calidad y el máximo progreso material, al mismo tiempo que produce un entorno que nos permita preservar nuestras instituciones políticas y sociales democráticas”<sup>25</sup>. En la actualidad existe un sólido consenso en torno a que el fomento de la eficiencia económica y la maximización del bienestar del consumidor son los objetivos apropiados de la política antimonopolio de Estados Unidos.

Durante toda la historia de esfuerzos antimonopólicos estadounidense, ha persistido una fuerte presunción en contra de la exención de sectores económicos de la aplicación de las leyes antimonopolio. Es por ello por lo que ningún sector se encuentra totalmente excluido de las leyes antimonopolio; sin embargo, con el transcurrir del tiempo, algunos sectores o tipos de comportamiento económicos se han eximido de las leyes antimonopolio, mediante autorización estatutaria explícita o decisiones judiciales basadas en una interpretación estatutaria.

Las leyes antimonopólicas de Estados Unidos se aplican sobre cualquier conducta comercial anticompetitiva que afecte tanto el comercio interno como el comercio internacional de Estados Unidos. Bajo la doctrina de los efectos, existe jurisdicción sobre el comercio de importación cuando existen efectos reales o intencionales en el mercado estadounidense; para el comercio de no importación, cuando existe un “efecto directo, significativo y razonablemente previsible” sobre el comercio e intercambio estadounidenses o en el comercio e intercambio de exportación estadounidenses.

Existen excepciones a la aplicación de las leyes antimonopolio para ciertas actividades en algunos sectores. En muchos casos, un ente regulatorio especializado con responsabilidades en sectores específicos aplica

<sup>25</sup> Corte Suprema, “Northern Pacific Railway Co. vs. United States”, 356 u.s. 1,4 (1958).

normas de competencia análogas a las leyes antimonopólicas federales, y los organismos antimonopolio desempeñan un papel de asesoría y de defensa y apoyo de la competencia.

Los sectores que gozan de algún tipo de exención o trato especial en la aplicación de las leyes antimonopolio incluyen: cooperativas agrícolas, cooperativas de pescadores, bancos y otras instituciones financieras, industrias de títulos-valores y bolsa de productos, seguros (hasta el grado en que el sector esté regulado por la ley estatal), prensa escrita, deportes profesionales, transportistas interestatales terrestres, ferroviarios y marítimos, transporte oceánico, fuerza laboral organizada y transporte aéreo. La tendencia clara es la de reducir estas excepciones, las cuales son interpretadas muy estrictamente por las cortes. El grueso del comercio estadounidense continúa sujeto a las disciplinas antimonopólicas.

a) *Prácticas prohibidas y restringidas.* En Estados Unidos todo contrato, combinación bajo la forma de monopolio o de otra índole, o confabulación que restrinja el comercio o el intercambio entre los diversos estados o con otros países es considerado ilegal<sup>26</sup>. Igualmente, es contra la ley el monopolizar o intentar monopolizar, o combinarse o confabular con otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio o intercambio entre los diversos estados o con otras naciones<sup>27</sup>, además se prohíbe utilizar métodos desleales de competencia en el comercio o que afecten el mismo<sup>28</sup>.

La Ley Sherman, que se ha interpretado en el ámbito de la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio (FTC), prohíbe los acuerdos o entendimientos, expresos o implícitos, entre dos o más personas o firmas que restrinjan irrazonablemente el comercio de cualquier producto o servicio. Para determinar si un acuerdo restringe irrazonablemente la competencia, las cortes han aplicado uno de dos métodos de análisis, dependiendo del tipo de acuerdo en cuestión.

Ciertos acuerdos (llamados “delitos *per se*”) son considerados tan inherentemente anticompetitivos, que siempre son ilegales, independientemente de la intención de las partes o el efecto real de los acuerdos sobre la competencia. Estos acuerdos incluyen acuerdos entre competidores para fijar los precios o los términos y condiciones de crédito y ventas, repartirse clientes o territorios, no negociar con determinada persona o personas (boicot de grupos) y, en ciertas circunstancias, vender un producto

<sup>26</sup> Ley Sherman, sec. 1.

<sup>27</sup> *Ibidem*, sec. 2.

<sup>28</sup> Ley de la Comisión Federal de Comercio, sec. 5.

bajo la condición de que el comprador adquiera otro producto distinto (“venta condicionada”). El mantenimiento de precios de reventa es también ilegal *per se*.

El delito de monopolización ilegal tiene dos elementos: posesión de poder de mercado en el mercado correspondiente y la adquisición voluntaria o mantenimiento de dicho poder, a diferencia del crecimiento o desarrollo como consecuencia de contar con un producto superior, tener buen juicio comercial o en razón de una circunstancia histórica. El poder de mercado consiste en la capacidad para controlar precios o excluir a la competencia, y el porcentaje del mercado es el factor más importante para medir el poder de mercado; por lo general, si el porcentaje supera el 70 por ciento, se considera que es suficiente para determinar que hay poder de mercado. Por el contrario, un porcentaje menor del 40 por ciento de las acciones es generalmente considerado un valor insuficiente. Para el segundo elemento, las cortes exigen que se demuestre una conducta anticompetitiva o predatoria, esfuerzos para excluir rivales sobre una base que no sea la eficiencia. Como ejemplos de tales conductas, cabe mencionar la asignación de precios inferiores a los costos, introducción de demandas improcedentes contra la competencia o la negación de acceso a un bien o servicio esencial.

El delito de intento de monopolización tiene tres elementos: intención específica de controlar los precios o destruir a la competencia, conducta predatoria o anticompetitiva dirigida hacia un objetivo ilegal y una “peligrosa probabilidad de éxito” en el logro de un monopolio en el mercado correspondiente.

Las prácticas potencialmente anticompetitivas que no corresponden a la categoría *per se* (compras exclusivas o contratos de suministro y otras limitaciones verticales no vinculadas a los precios, actividades de ventas cooperativas, etc.), son analizadas conforme a una norma llamada “regla de la razón”, la cual estipula la conducción de un análisis profundo del efecto sobre la competencia en el mercado correspondiente. En el análisis de la regla de la razón, la intención y el efecto son medidos en relación con la justificación comercial de la actividad en cuestión para determinar su legalidad. Es de hacer notar que un análisis de regla de la razón no “exime” la conducta prohibida, sino que determina si una conducta que no es prohibida *per se* debería clasificarse dentro de las prohibiciones de las leyes antimonopolio.

Por otro lado, las fusiones y adquisiciones son prácticas prohibidas “en cualquier rama del comercio o cualquier actividad que afecte el

comercio en cualquier parte del país, cuyo efecto sea el de reducir significativamente la competencia o tienda a crear un monopolio (...)"<sup>29</sup>. Las fusiones y adquisiciones también pueden ser objeto de demandas bajo las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman, así como bajo la sección 5 de la Ley de la FTC.

b) *Supervisión, procedimiento y sanciones.* Los dos organismos federales responsables de velar por la observancia de las leyes antimonopolio son el Departamento de Justicia (DOJ), por medio de su División Antimonopolio, y la Comisión Federal de Comercio (FTC), entidad autónoma instituida en 1914.

La FTC está integrada por cinco comisionados designados por períodos de siete años por el presidente, con la asesoría y la venia del Senado. La FTC no forma parte del poder ejecutivo. Los dos organismos llevan a cabo un procedimiento de cotejamiento para asegurarse de que no investigan simultáneamente a las mismas partes o las mismas conductas.

Las leyes antimonopolio se aplican, en primer lugar, mediante demandas presentadas ante las cortes federales, ya sea por el Departamento de Justicia, partes privadas o por los fiscales generales de los distintos estados. La FTC ejecuta sus propios procesos administrativos internos para determinar las violaciones a las leyes antimonopolio. No obstante, también en tales casos, la FTC debe recurrir a los tribunales para obtener mandamientos judiciales preliminares o para denunciar el incumplimiento de sus fallos resolutorios. Las cortes tienen, pues, un importante papel que desempeñar en la aplicación e interpretación de las leyes antimonopólicas estadounidenses, aunque la gran mayoría de las medidas de observancia emprendidas por el DOJ o la FTC es dirimida antes de que se inicien los litigios judiciales.

Los gobiernos estatales también son pieza importante en la aplicación de la legislación antimonopolio: cada uno de los 50 estados puede demandar judicialmente para que se apliquen las leyes antimonopólicas federales cuando la violación de alguna de las leyes cause daños al estado mismo o a sus ciudadanos. Además, 49 de los 50 estados tienen sus propias leyes antimonopolio, las cuales son aplicadas mediante demandas incoadas por los estados o partes privadas en las cortes estatales.

El DOJ es un departamento del poder ejecutivo; por su cuenta corre la ejecución de las leyes antimonopolio (Leyes Sherman y Clayton, pero

<sup>29</sup> Ley Clayton, sec. 7.

no la Ley FTC) mediante la introducción de demandas penales y civiles ante las cortes federales. El DOJ es la única entidad autorizada para llevar adelante los casos de infracciones penales federales.

La FTC es un órgano regulatorio autónomo; es responsable de hacer cumplir las leyes antimonopolio (la Ley Clayton, las disposiciones de la FTC sobre “métodos desleales de competencia”, pero no la Ley Sherman), sobre todo a través de procesos administrativos. La FTC también se encarga de velar por la aplicación de las disposiciones de la Ley FTC que protegen a los consumidores contra prácticas o actos desleales o engañosos. Además de su autoridad adjudicadora, la FTC está facultada para promulgar normas regulatorias de la industria o el comercio, sobre todo para asuntos de protección al consumidor; en algunos casos, la infracción de estas normas podría conducir a penalizaciones monetarias civiles. El recurso final de la FTC para hacer cumplir sus fallos son las cortes federales.

Ambos organismos tienen la capacidad para llamar testigos y producir evidencias para las investigaciones antimonopólicas, aunque sujetos al seguimiento de estrictas reglas para la protección de la confidencialidad.

Las leyes antimonopolio se ejecutan principalmente por medio de procesos incoados ante cortes federales. La FTC conduce sus propios procesos administrativos para adjudicar violaciones a las leyes antimonopolio; no obstante, también en estos casos, la FTC debe recurrir a las cortes para obtener desagravios preliminares por mandato judicial o denunciar el incumplimiento de sus fallos resolutorios. Para los casos de enjuiciamientos penales federales, el DOJ se vale de procedimientos penales estándar, tales como el gran jurado o los testimonios con inmunidad. En los procesos penales del DOJ, los acusados pueden solicitar un juicio por jurado, mientras que en los procesos civiles del mismo DOJ rigen las normas comunes de procesamiento civil, pero los acusados no tienen derecho a juicio por jurado.

*Sanciones penales.* Las infracciones penales a la Ley Sherman son castigadas con multas de hasta US\$ 10 millones para los acusados corporativos y US\$ 350.000 para otros demandados. Las multas pueden igualmente ser fijadas en el doble del monto bruto obtenido con la violación de la ley o el doble de lo perdido por la víctima. Las infracciones penales a la Ley Sherman también pueden acarrear condenas de hasta tres años de prisión.

*Desagravio por mandato judicial.* Las cortes federales están facultadas para obligar a una parte a realizar o abstenerse de realizar una acción determinada, lo cual puede incluir la prohibición de repetir infracciones

pasadas. Estas órdenes pueden ser introducidas luego de un proceso o por consentimiento de las partes. El DOJ puede obtener un mandamiento judicial solo a través de la corte. La FTC puede emitir una orden de abstención y renuncia, luego de que el demandado haya aceptado los hechos recabados por la FTC o tras un juicio administrativo sobre los méritos, ejecutable mediante sanciones civiles impuestas por la corte o desprecio de sanciones de la corte.

*Daños.* La causa de acción privada por infracción de las leyes antimonopolio es un componente fundamental del sistema antimonopólico estadounidense y es independiente de cualquier acción gubernamental. Sin embargo, si se introduce una demanda privada luego de una demanda gubernamental incoada en virtud de la Ley Sherman o la Ley Clayton en la cual el demandado fue encontrado culpable, el demandante privado puede utilizar el fallo de ese primer juicio como prueba *prima facie* de la infracción. Las partes privadas pueden obtener mandamientos judiciales y generalmente tienen derecho al resarcimiento triple de daños por concepto de violación de las leyes antimonopolio, así como a la recuperación de un monto razonable de los honorarios de los abogados. El gobierno de Estados Unidos también puede demandar por resarcimiento triple de daños para recuperarse de los perjuicios infligidos a su actividad o propiedad como resultado de una infracción de la legislación antimonopólica.

*Otras indemnizaciones.* Las cortes pueden ordenar la restauración de las condiciones competitivas, incluidos el embargo de activos y la rescisión de contratos. Las cortes tienen amplios poderes para ordenar desgravios que prohíban violaciones futuras o en desarrollo de las leyes antimonopolio. Existen sanciones financieras específicas que imponen las cortes por incumplimiento de las normas relativas a la notificación previa a la fusión. La FTC tiene amplias facultades para elaborar las órdenes de prohibición, ejecutables mediante sanciones civiles impuestas por las cortes o desprecio de sanciones de la corte en razón de su incumplimiento. Las indemnizaciones que contemplan las leyes antimonopólicas estatales varían, pero en líneas generales son similares a las federales; además, muchos estados contemplan sanciones penales por la violación de sus leyes antimonopolio.

Todas las acciones del DOJ y algunas de la FTC para hacer cumplir las leyes son introducidas ante cortes de distrito federales y están sujetas a revisión normal de apelación en las cortes federales de apelación.

Las decisiones administrativas de la FTC son apelables directamente ante las cortes federales de apelación. Las demandas privadas son tam-

bién introducidas ante las cortes y sujetas a revisión de apelación. En contadas ocasiones, la Corte Suprema ejerce su jurisdicción discrecional para revisar la decisión de una corte federal de apelaciones en un caso antimonopólico.

#### D) *Unión Europea*

La doctrina coincide en afirmar que la normatividad de la Unión Europea, relacionada con la fijación de precios, como práctica competitiva sancionable, se encuentra resumida en el artículo 85 del Tratado de Roma, el cual expresa lo siguiente:

“Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

”a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

”b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

”c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

”d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;

”e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

”Art. 85. [...] 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas; que contribuyan a 1) mejorar la producción o la distribución de los productos o 2) a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de

eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”<sup>30</sup>.

La filosofía de la normatividad europea, con relación a la fijación de precios, se podría resumir en la frase “la economía de mercado no es la selva donde rige la ley que imponen los más fuertes”<sup>31</sup>.

Teniendo en cuenta la imperfección del mercado, la Unión Europea (UE) determina por medio de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (TR), cuáles son las conductas que se consideran atentatorios contra la libre competencia; no obstante, es preciso aclarar que en el llamado caso Pro-nuptia, el cual fue sometido a conocimiento del Tribunal de Justicia de la UE, se emitió sentencia el 28 de enero de 1986, excluyendo de los artículos 85 y 86 del TR a las franquicias de formato de negocio, bajo determinadas consideraciones y los expertos consideran que este precedente coadyuva a otorgar mayor seguridad jurídica a la figura contractual de la franquicia.

En la Unión Europea, la fijación de precios, exclusividad, repartición de mercados y discriminación de precios o condiciones constituyen, en términos generales, prácticas prohibidas salvo que no tengan el objeto o efecto de restringir o afectar la competencia.

Este principio de reconocimiento mutuo garantiza la libre circulación de mercancías y servicios sin que sea necesario armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Así pues, la venta de un producto legalmente fabricado en un Estado miembro no puede estar prohibida en otro Estado miembro, así las condiciones técnicas o cualitativas difieran de las impuestas a los propios productos, aunque obviamente existe una única excepción: en caso de interés general como la protección de la salud, los consumidores o el medioambiente y servicios.

Con sus 370 millones de consumidores, el mercado interior europeo es hoy el mayor mercado del mundo. En general, prevalecen las normas del Estado miembro de origen, lo que garantiza el respeto del principio de subsidiariedad, evitando la instauración de una normativa detallada a escala comunitaria y garantizando un mayor respeto de las tradiciones locales, regionales y nacionales; lo que permite, así mismo, el mantenimiento de la diversidad de los productos y servicios, y el reconocimiento mutuo constituye así un medio pragmático y potente de integración económica.

a) *Prácticas prohibidas.* En el marco europeo se entiende que afectar la competencia es afectar la habilidad para operar en el mercado sin

<sup>30</sup> Tratado de Roma, art. 85.

<sup>31</sup> Julio Pascual y Vicente, magistrado del Tribunal de Defensa de la Competencia de España.

interferencias artificiales; estas conductas o prácticas pueden deberse a diferentes objetivos:

- Desalentar la competencia desleal entre franquiciados.
- Procurar mayor inversión en la actividad comercial.
- Integrar y preservar capacidades productivas.
- Prevenir la distribución al público de los productos a través de canales distintos a la franquicia. Segmentación de mercados.
- Preservar el valor asociado a la propiedad intelectual de la franquicia.
- Evitar el aumento injustificado de precios en productos sensibles.
- Ampliar el mercado. Poner los productos al alcance de mayor cantidad de consumidores.

Específicamente, en España, la regulación de la competencia libre empezó con la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, del 20 de julio de 1963. Esta ley sigue las directrices del Tratado de Roma en cuanto a la prohibición de los acuerdos verticales para la fijación de precios.

La política de regulación de precios en España comenzó con la expedición del decreto-ley del 3 de octubre de 1966, con el que se pretendía ajustar los precios al valor real del mercado y fijar los límites máximos para evitar los abusos de las posiciones monopolísticas; se crearon de esta forma diversos tipos de precios, que fueron experimentando modificaciones sucesivas, hasta que el decreto-ley del 20 de diciembre de 1974 dejó establecidos los siguientes tipos de regímenes de precios, entre ellos el llamado “Régimen de precios autorizados”, compendiando los bienes y servicios en los que se cumplían las condiciones siguientes:

- Solo se podrá modificar el alza, previa autorización administrativa.
- Hasta un alza del 3 por ciento es competente la Junta Superior de Precios; cuando supere esta tasa, entenderá el Consejo de Ministros.
- La fijación de precios de nuevos productos o la comercialización de los servicios de una nueva implantación habrá de solicitarse a la Junta Superior de Precios.

Así mismo, se estableció el “Régimen de precios de vigilancia especial”. Comprende aquellos bienes y servicios en los que la modificación de precios exige:

- Notificación de la modificación con un mes o dos de antelación.
- Cuando se rebasen los niveles de incrementos que se consideren aceptables en los precios, la Junta Superior de Precios lo comunicará al gobierno para que se adopten las medidas adecuadas de corrección;

incluso se podrá proponer la inclusión del producto en el régimen de precios autorizados.

Por último, el “Régimen de precios de los demás bienes y servicios”, el cual comprende aquellos bienes y servicios no incluidos en los apartados anteriores y exige:

— El mantenimiento a disposición de la administración, durante seis meses, de la documentación referente a los incrementos de los costes repercutidos en los precios.

— En las subidas anormales de los precios, comprobadas por la Junta Superior de Precios, se podrán incluir estos bienes y servicios.

b) *Supervisión, procedimiento y sanciones.* Las prácticas y actuaciones restrictivas de la competencia que produciendo sus efectos en el territorio de la Unión Europea, afecten al comercio entre los Estados miembros, dan lugar a la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 (TCEE). Ahora bien, ello no excluye que las referidas prácticas y actuaciones queden sometidas también a las normas sobre defensa de la competencia establecidas en los derechos nacionales de los Estados miembros; es por ello por lo que cada Estado debe determinar las reglas que han de resolver en tales casos la aplicación del derecho comunitario y del derecho interno de los Estados miembros.

Las normas sobre protección de la libre competencia contenidas en el TCEE y en los reglamentos dictados por el Consejo y la Comisión de las Comunidades Europeas, se integran en un ordenamiento jurídico supranacional de aplicación directa en todos los Estados miembros, que, además, no pueden ser alteradas en su aplicación a los referidos Estados por medidas de carácter legislativo o administrativo adoptadas por ellos. Esta doctrina, basada en la primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales de los Estados miembros, se ha mantenido uniformemente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE); así, reiterando el criterio sustentado en la sentencia del 15 de julio de 1964 (caso Flaminio Costa contra E.N.E.L.), la sentencia del TJCE del 13 de febrero de 1969 (caso Walt Wilhelm y otros contra Bundeskartellamt) declara:

“Que el Tratado CEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones; que sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros puedan adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado; que la fuerza ope-

rativa del Tratado y de los actos jurídicos adoptados para su aplicación no podría variar de un Estado a otro como consecuencia de actos internos, sin que se obstaculice el funcionamiento del sistema comunitario y se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado; que, por tanto, los conflictos entre la regla comunitaria y las reglas nacionales en materia de ententes deben resolverse por la aplicación del principio de la primacía de la regla comunitaria”.

Sin embargo, la primacía de las normas del derecho comunitario relativas a la protección de la libre competencia sobre el derecho nacional de cada Estado miembro no comporta la inaplicación de las respectivas legislaciones nacionales sobre defensa de la competencia.

Por lo anterior, es admisible la aplicación de las normas del derecho comunitario (arts. 85 y 86, TCEE) y del derecho nacional del Estado en el cual se presente la conducta objeto de sanción, siendo, en consecuencia, posible la iniciación de dos procedimientos distintos, uno ante las autoridades comunitarias y otro ante las autoridades nacionales.

#### 4. CONCLUSIONES

La fijación de precios como práctica competitiva sancionable está íntimamente relacionada con la defensa de la competencia, en la búsqueda estatal de la denominada libre competencia, por cuanto es un factor fundamental para garantizar el adecuado desarrollo de la economía. La actuación de las autoridades gubernamentales colombianas en materia de competencia tiene como objetivo la protección de los consumidores, pero siempre teniendo en cuenta que las leyes de defensa de la competencia no deben servir para aislar algunas empresas de los procesos competitivos que caracterizan una economía de mercado, pues la competencia produce inevitablemente ganadores y perdedores entre las empresas que operan en un mismo mercado.

En el ámbito mundial, la época de ejercer la competencia sin limitaciones ha pasado y la vertiente que prevalece es la conciencia de que el mundo real de la economía presenta ciertos desequilibrios que no pueden ser corregidos por la mera actuación de las fuerzas del mercado competitivo, y en este sentido, en la actualidad se comprende casi unánimemente que una moderada política de regulaciones puede hacer mucho bien a la economía<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> F. MOCHON, *Economía*, Madrid, Mc Graw-Hill Interamericana de España, 1995.

En las últimas décadas, se ha presenciado la intensificación de un proceso que se conoce como “globalización”; este término describe una serie de tendencias entre las cuales se encuentran el aumento del intercambio y comercio transfronterizo, la mayor importancia que adquiere el capital privado, el incremento de la inversión extranjera directa por parte de corporaciones multinacionales y la liberalización de sectores que antes estaban bajo control o propiedad del Estado. Es así que la competencia ha llegado más que nunca a un número mucho mayor de regiones y países, y las prácticas que pueden sofocar esa competencia se han vuelto más visibles, en particular en aquellos casos donde los monopolios del Estado se han sustituido por monopolios privados, los cuales constituyen los denominados carteles que involucran empresas que acuerdan entre ellas restringir la producción, dividir los mercados y fijar precios.

Existe un problema clave en la sancionabilidad de la fijación de precios a escala internacional, y es que la competencia de las autoridades se ve limitada geográficamente al país en el cual está situada; es decir, que las autoridades pueden experimentar una cierta dificultad para emprender acciones judiciales con respecto a determinados casos cuando la información se encuentra fuera del país o cuando la actividad anticompetitiva se lleva a cabo en otra parte, como el caso del cartel en el mercado de carbón en trozos en Turquía, donde la investigación realizada por la Autoridad de Competencia de Turquía (TCA) reveló que los precios del carbón habían subido notablemente como resultado de la fijación de precios por parte de varias empresas, dos de las cuales tenían casa matriz en ultramar, una en Suiza y la otra en Austria. Las empresas nacionales fueron multadas por su participación en el cartel, mientras que a la única firma extranjera que se encontró culpable no se le pudo imponer una multa.

Debido a lo anterior, es necesario fortalecer los acuerdos de cooperación internacionales, acompañado del fomento de la cooperación informal entre autoridades que enfrentan abusos similares, y reforzado con una disposición de “cortesía positiva”, que permita que a las transgresiones a la norma de competencia en una jurisdicción se le pueda interponer una acción judicial en otra.

La legislación colombiana comparada con la defensa de la competencia en Europa, muestra ciertos vacíos, toda vez que la Comunidad Europea protege a los consumidores frente al poder de mercado de ciertas empresas; pero este es solo un objetivo entre varios. Las autoridades comunitarias se preocupan de otros objetivos tales como la protección de la pequeña y mediana industria, el empleo, la unidad de mercado interior, etc.

En la actualidad, el concepto de la fijación de precios como práctica competitiva sancionable en Colombia está en un momento de suspenso o espera con relación a la definición de su vertiente fundamental, toda vez que de hacer carrera la tesis del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la labor de la Superintendencia de Industria y Comercio se complicaría significativamente; puesto que para demostrar la anticompetitividad de las conductas tendría que indagar y probar con apoyo de un análisis económico considerable, lo bueno o lesivo de la conducta que se imputa, bajo conceptos netamente subjetivos.

El sistema sancionatorio colombiano necesita desarrollar un sistema de graduación objetiva de la pena, teniendo en cuenta aspectos fundamentales como el nivel de activos de la empresa, o el volumen de comercio involucrado en la infracción cometida, acompañando este escenario con una filosofía correctiva por parte de las autoridades donde sea una prioridad fundamental establecer multas significativas y ejemplarizantes.

El mecanismo procesal de la garantía existente en la legislación colombiana debe regularse con carácter urgente, toda vez que debido a la falta de definición de sus alcances y procedibilidad se constituye en una herramienta de impunidad frente a las conductas que afectan la libre competencia.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

CIJUS, Proyecto de investigación y apoyo del equipo negociador de Colombia en el ALCA y la OMC, Colombia, Bogotá, D. C., Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas CIJUS, Facultad de Derecho.

DA COSTA, JOAO: *Diccionario de mercadeo y publicidad*, Caracas, Edit. Panapo, 1992.

GALBRAITH, J. K.: *Historia de la economía*, Barcelona, Ariel, 2011.

GÓMEZ LEYVA, DELIO: *De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*, Bogotá, D. C., Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.

GWARTNEY, JAMES D. y STROUP, RICHARD: *Lo que todos deben saber sobre economía y prosperidad*, Canadá, Vancouver: Fraser Institute, 1993.

LAMB, CHARLES W.: *Fundamentos de marketing*, México, D. F., Thomson Editores S. A., 2005.

MOCHON, F.: *Economía*, Madrid, Mc Graw-Hill Interamericana de España, S. A., 1995.

RUBIO ESCOBAR, JAIRO: *La competencia económica y los precios*, Bogotá, D. C., Legis, 2007.

SPIEGEL, HENRY W.: *El desarrollo del pensamiento económico. Historia del pensamiento económico desde los tiempos bíblicos hasta nuestros días*, Barcelona, Edit. Omega, 1990.

[www.monografias.com/trabajos7/omc/omc.shtml](http://www.monografias.com/trabajos7/omc/omc.shtml)

[www.sappiens.com/castellano/glosario.nsf](http://www.sappiens.com/castellano/glosario.nsf)

## CAPÍTULO QUINTO

# EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE EN COLOMBIA, EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN\*

RICARDO MOTTA VARGAS\*\*

### 1. INTRODUCCIÓN

El tema de la protección al agua como un derecho humano consagrado en la legislación internacional mediante convenios y pactos internacionales, es fundamental para la legislación colombiana. La ratificación de convenios y pactos internacionales por el Estado colombiano, afianza la figura constitucional del derecho humano al agua amparado a través de la figura del bloque de constitucionalidad.

Las políticas de ajuste estructural, encaminadas a generar cambios en la estructura económica de los países y en sus estrategias de desarrollo, propias de la globalización o internacionalización de la economía, tienen puesto el énfasis en la liberalización de los mercados y en la privatización<sup>1</sup>, haciendo del agua potable un negocio rentable para algunos

\* Este capítulo es producto del proyecto de investigación sobre la problemática del agua en Colombia, desarrollado dentro de la línea Política Territorial y Medio Ambiente, del Grupo de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria Republicana, grupo reconocido por Colciencias.

\*\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Derecho Administrativo del Colegio Mayor del Rosario, Derecho Constitucional de la Universidad Nacional, Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Republicana. Candidato a maestría en Educación con la Universidad Libre y las Tunas Cuba. Autor del libro *Ordenamiento territorial en el quinquenio de Rafael Reyes*, lo mismo que de otros ensayos jurídicos. Actualmente, líder del Grupo de Derecho Público de la Corporación Universitaria Republicana categorizado por Colciencias.

<sup>1</sup> BÁRBARA STALLINGS, “La influencia internacional en las políticas económicas: deuda, estabilización y reforma estructural”, citado por NÉSTOR RAÚL RAMÍREZ MORENO, “Internacionalización de la economía y política económica”, en *Revista Republicana*, publicación del Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana, núm. 1, julio-diciembre, 2006, pág. 33.

sectores económicos, amparados por la ley 142 de 1993, con la cual se inició el proceso de privatización de las empresas de servicios públicos en Colombia, que a partir de ello, solo buscan el lucro particular dejando a un lado el bien general de la población.

En la actualidad existe un gran debate jurídico que busca establecer si el agua es una necesidad o un derecho humano. Al hacer referencia a una necesidad, se estaría considerando al agua como un bien que permite un desarrollo económico y social, este beneficio trae consigo un alto costo en la prestación del servicio; mientras que cuando se hace alusión a un derecho de carácter fundamental, se hace referencia a un elemento sin el cual no podría sobrevivir la especie humana lo cual lo convierte en un derecho inherente al ser humano.

En este análisis se puede plantear dos preguntas: ¿existe un derecho humano al agua? Si existe ese derecho, ¿qué disposiciones jurídicas internacionales consagran ese derecho? El agua potable constituye un derecho constitucional fundamental cuando está destinada al consumo humano, pues es indispensable para la vida; así lo ha sostenido la Corte Constitucional en varios fallos de tutela. El derecho humano al agua potable no está establecido en la Constitución colombiana de manera explícita, pero tal derecho está incluido en el derecho a la vida digna, y en los convenios y pactos internacionales ratificados por Colombia que forman parte del bloque de constitucionalidad.

En Colombia, las políticas públicas han regulado históricamente los servicios públicos domiciliarios, y han determinado la distribución y el consumo equitativo de sus recursos para proporcionarlos a todos los individuos de la nación, tal como la Constitución Política lo ha establecido como función primaria del Estado.

El agua dulce tan solo equivale hoy al 1 por ciento del total de agua disponible en el mundo, de ahí la importancia de su normatividad internacional para proteger su consumo que alcance a un gran número de la población del mundo. Un informe de las Naciones Unidas, señala que la falta de agua pura y apta para el consumo humano es la principal causa de muerte, que destruye más vidas que los conflictos armados.

Las normas internacionales que Colombia ha acogido, representan importantes herramientas jurídicas para proteger su recurso hídrico, en contravía del propósito de privatizar fuentes hídricas y excluir a la población del derecho humano al agua. Debe tenerse en cuenta, que los jueces u operadores judiciales de tutela han resuelto varios fallos, aplicando tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

El presente capítulo busca, en primera instancia, hacer un diagnóstico de la normatividad internacional vigente para Colombia, que protege el recurso hídrico, su aplicación y alcance, en el desarrollo de políticas públicas de medio ambiente. En un segundo plano, busca revisar si estos convenios y recomendaciones mundiales son reales herramientas que puedan servir para enfrentar jurídicamente los desequilibrios naturales producto del cambio climático, efecto invernadero, calentamiento global, lluvias y veranos extremos, entre otros.

## **2. EL AGUA POTABLE COMO DERECHO HUMANO EN LAS DISPOSICIONES DE LA ONU**

La ONU, en su Asamblea General, ha reconocido, en varias ocasiones, el agua como derecho humano para ser incorporado en convenios de derecho internacional. La resolución 54/175 de febrero de 2000, expedida por la Asamblea General, dispone que el derecho al agua pura es un derecho fundamental para todos los seres humanos, y exhorta a todos los Estados hacerlo jurídicamente realizable<sup>2</sup>.

El profesor PETER H. GLEIK sostiene que desde principios de la década del setenta, la ONU viene promoviendo conferencias internacionales sobre acceso a los recursos básicos y el derecho al agua. Por ejemplo —sostiene este autor—, la declaración final de la Conferencia sobre el Agua, en Mar de Plata en 1977, reconoció expresamente el derecho al agua para satisfacer necesidades básicas<sup>3</sup>. Finalmente, la ONU, en julio de 2010, aprobó una resolución propuesta por Bolivia, acogida por más de 122 países, de reconocer el acceso al agua como un derecho humano. La delegación de Estados Unidos se abstuvo de votar dicha resolución.

### *A) Instrumentos internacionales de la ONU sobre el agua*

La ONU destaca los siguientes instrumentos para proteger el agua como derecho humano:

a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Establece la autodeterminación de todos los pueblos. En virtud de este derecho,

<sup>2</sup> JAVIER VELÁSQUEZ MUÑOZ, ponencia: “La legislación ambiental en el mundo y su relación con la atención real en agua potable y saneamiento básico”, en <http://www.uninorte.edu.co/extensiones/ids>

<sup>3</sup> PETER H. GLEIK, “El derecho humano al agua”, en <http://www.pacinst.org/publications/foreign>

todos los pueblos pueden disponer de sus riquezas y recursos naturales. Además, establece el derecho a la vida como inherente al ser humano, y, por tanto, para lograr ese derecho se necesita el agua pura para todos los pueblos<sup>4</sup>;

b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>5</sup>. En sus artículos 11 y 12 reconoce los derechos de toda persona a un nivel de vida adecuado; incluye alimentación, vestido y vivienda. Reconoce que toda persona debe gozar de salud física y mental, y, por tanto, involucra el derecho a consumir agua potable y saneamiento básico;

c) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>6</sup>. En el artículo 14, ordinal 2º, literal f), dispone que los Estados aseguren a las mujeres el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, en el abastecimiento de agua pura;

d) La Convención de los Derechos del Niño<sup>7</sup>. En el artículo 24 establece para los Estados la obligación de adoptar medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud, mediante el suministro de alimentos nutritivos y agua potable y salubre;

e) La Declaración de los Derechos Humanos de 1948<sup>8</sup>. En el artículo 25 reconoce el derecho de toda persona a un nivel adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar; lo que incluye contar con abastecimientos de agua potable y servicios de saneamiento, y

f) Observación General No. 15, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se refiere al fundamento jurídico del agua, en su artículo 11 del PIDESC. Enuncia varios derechos que son fundamentales para la vida, entre ellos el agua. Este Comité ha constatado la denegación al agua en más de mil millones de personas y varios miles no tienen derecho al agua pura, generando gran mortandad en el mundo.

<sup>4</sup> Este pacto lo adoptó la Asamblea General en su res. 2200 A (xxi, del 16 de diciembre de 1966). Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

<sup>5</sup> Adoptado por la Asamblea General en su res. 2200 A (xxi, del 16 de diciembre de 1966). Entró en vigencia el 3 de enero de 1976.

<sup>6</sup> Adoptada por la Asamblea General en su res. 34/180 del 18 de diciembre de 1979. Entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981. Colombia la ratificó mediante la ley 51 de 1981.

<sup>7</sup> Adoptada por la Asamblea General en su res. 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990. Ratificada por Colombia en virtud de la ley 12 de 1991.

<sup>8</sup> Adoptada por la Asamblea General en su res. 217 (III) del 10 de diciembre de 1948.

Recomienda que los Estados partes deban adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua, sin discriminación alguna.

En la Observación General No. 12 de 1997, el Comité señala la importancia de garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio de una alimentación adecuada.

La Observación General No. 15 del Comité, se fundamenta en los principios de vivir con dignidad, y el derecho humano al agua atribuye a toda persona el derecho a tener acceso al agua suficiente, salubre y aceptable. Una cantidad de agua salubre en un ser humano es necesaria para prevenir la muerte por deshidratación<sup>9</sup>.

El derecho humano al agua está también relacionado con el derecho a la salud, al derecho a vivienda y alimentación adecuadas, consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Este informe del Comité recomienda lo siguiente:

1. *Disponibilidad.* El suministro de agua para cada ser humano debe ser suficiente y continuo para uso personal y doméstico.

2. *Calidad.* El agua requerida para el uso personal o doméstico, debe ser salubre. Libre de microorganismos, sustancias químicas y demás peligros para la sociedad.

3. *Accesibilidad.* El agua y sus instalaciones y servicios hídricos, deben ser accesibles para todos, sin discriminaciones<sup>10</sup>.

#### B) *Obligaciones generales del Estado en materia de disponibilidad de agua potable*

La Observación General No. 15 y varios convenios de derecho internacional acogidos por Colombia, han señalado unas obligaciones específicas para que los Estados firmantes las cumplan:

##### a) *Obligaciones de respeto:*

1. Abstenerse de atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, como las instalaciones y reservas de agua potable (Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra referentes a la protección de las víctimas, art. 54).

<sup>9</sup> ONU, “Adopción del derecho humano al agua”. Observación. Ginebra, 11-29 de noviembre de 2002. Núm. 15 del Comité del DESOC, Asamblea General de la ONU, en <http://www.ubp.edu.ar/todoambiente/publicaciones>

<sup>10</sup> *Ibidem.*

2. Abstenerse de privar a una persona del mínimo indispensable de agua (Observación General No. 15)<sup>11</sup>.

3. Abstenerse de atacar, destruir, sustraer o inutilizar las reservas de agua potable como método de combate (Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra II, art. 14).

4. Abstenerse de atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como las reservas de agua potable (Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra I, art. 54)<sup>12</sup>.

*b) Obligaciones de protección:*

1. Adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales, a fin de realizar el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 14)<sup>13</sup>.

2. Impedir toda discriminación basada en motivos sobre los que internacionalmente pesen prohibiciones en el suministro de agua y los servicios de abastecimiento de agua (Observación General No. 15, párr. 15).

3. Adoptar medidas para que no se impida a los niños ejercer sus derechos por falta de agua potable en las instituciones de enseñanza y los hogares (Observación General No. 15, párr. 16, lit. b).

4. Regular y controlar eficazmente los servicios de suministro de agua (Observación General No. 15, párr. 44, lit. b).

5. Adoptar medidas para impedir que terceros exploten en forma no equitativa los recursos de agua, incluidas las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de disposición de agua (Observación General No. 15, párr. 23)<sup>14</sup>.

*c) Obligaciones de cumplimiento:*

1. Facilitar agua y garantizar su suministro necesario a quienes no disponen de medios suficientes (Observación General No. 15, párr. 15).

<sup>11</sup> Defensoría del Pueblo, “El derecho humano al agua”, Serie estudios especiales DESC, Bogotá, 2005, pág. 76.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 77.

<sup>13</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

<sup>14</sup> Defensoría del Pueblo, *op. cit.*, pág. 78.

2. Garantizar la disposición de agua indispensable para la salud e higiene personal de los reclusos (Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, art. 20, num. 2).

3. Garantizar que todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada tengan acceso permanente al agua potable, a instalaciones sanitarias y de aseo, de eliminación de desechos y de drenaje (Observación General No. 4, sobre vivienda).

4. Garantizar que los factores determinantes de la salud, agua limpia potable y servicios sanitarios adecuados, se encuentren a una distancia geográfica razonable, incluso en las zonas rurales (Observación General No. 14, sobre salud, párr. 12, lit. b)<sup>15</sup>.

5. Adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio del derecho al agua (Observación General No. 15, párr. 26).

6. Adoptar estrategias y programas amplios e integrados para que las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre (Observación General No. 15, párr. 28).

7. Adoptar medidas necesarias que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho al agua (Observación General No. 15, párr. 26).

8. Reconocer en grado suficiente el derecho al agua en el ordenamiento político y jurídico, de preferencia mediante la aplicación de las leyes (Observación General No. 15, párr. 26)<sup>16</sup>.

### **3. HACIA UN DERECHO HUMANO AL AGUA EN PACTOS INTERNACIONALES**

La comunidad internacional, en varios pronunciamientos, ha manifestado la importancia de proteger las reservas hídricas en todo el mundo y el reconocimiento mundial del derecho humano al agua en todas las constituciones y legislaciones de los Estados vinculados a la Asamblea General de la ONU, entre ellas la Declaración del Milenio de la ONU, y fija, entre los objetivos para el 2015, la disminución del porcentaje de personas que no tienen acceso al agua potable<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 77.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pág. 80.

<sup>17</sup> Véase la Declaración del Milenio de la ONU. Res. 55\2, Asamblea General, 8 de septiembre de 2000.

Posteriormente, en el 2002, tras la Declaración de Johannesburgo, adoptada en la cumbre mundial de desarrollo sostenible, se incrementó la meta de incorporar el derecho humano al agua en varias normas constitucionales de los Estados que forman parte de la ONU. Este reconocimiento internacional del derecho humano al agua, puede servir para desarrollar elementos jurídicos a los países que conforman la ONU para limitar los procesos de privatización del recurso hídrico.

La Declaración Ministerial de La Haya, adoptada en el Segundo Foro Mundial del Agua, reconoce: “El acceso seguro y suficiente de agua potable y de saneamiento básico son necesidades humanas básicas y son esenciales para la salud y el bienestar”<sup>18</sup>.

Existen tratados internacionales que consagran el derecho humano al agua de forma implícita, como componente integral de otros derechos humanos reconocidos como el derecho a una vida digna, el derecho a la salud, vivienda adecuada, a un ambiente sano y a la alimentación. Además, se puede relacionar este derecho en los convenios del DIH, que humanizan la guerra y conflictos armados. En el mundo son muy pocas las constituciones que han consagrado el derecho fundamental al agua, como la Constitución de Uruguay. En Colombia se intentó algo similar con una propuesta de la sociedad civil de referendo, que fue archivada por el Congreso colombiano.

La lucha por el derecho humano al agua está muy ligada a movimientos sociales que defienden los intereses de los pueblos en América Latina. Uno de los varios casos de lucha social por el agua es el movimiento gestado en Bolivia, en la población de Cochabamba, contra la privatización con altos costos. Sobre esta situación de Bolivia, que ha recorrido el mundo, se publicó el libro de RAFAEL MARCOS ORTIZ JIMÉNEZ, titulado *La gestión del agua en Cochabamba, Bolivia*. Se refiere a la administración del agua como una de las preocupaciones más críticas del siglo XXI, debido a la escasa dotación y carestía que afecta a las personas dificultando su cotidiano vivir. Dentro de este marco, el autor contextualiza la guerra del agua en Bolivia como fruto de las reivindicaciones de un movimiento social-urbano, que después de quince años de neoliberalismo logró detener la estrategia capitalista de privatización del agua<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Véase la Declaración Ministerial de La Haya, 22 de marzo de 2000, Segundo Foro Mundial del Agua.

<sup>19</sup> “Movimientos sociales y luchas por el derecho humano al agua en América Latina”, *El otro derecho*, núm. 34, en <http://www.ceppas.org>

Históricamente, Colombia ha gestado movimientos sociales por la lucha por el agua. Entre 1957 y 1977, de treinta y siete paros cívicos el 26 por ciento lo fueron por agua y alcantarillado. En el gobierno de Virgilio Barco, los servicios públicos domiciliarios abarcaron el 29,5 por ciento de las demandas.

Para RAFAEL COLMENARES, exdirector ejecutivo de Ecofondo, existe una tradición de lucha por el acceso al agua en Colombia, que se mantiene como una tendencia, a pesar de algunos mejoramientos en el suministro y calidad del agua. Esta lucha tiende a intensificarse en los años recientes por los efectos de la privatización de los servicios públicos que pretenden subir las tarifas de los servicios de agua<sup>20</sup>.

A continuación se presenta un recuento del reconocimiento internacional que identifica, ya sea de forma explícita o implícita, estos derechos:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 3º, derecho a la vida. El disfrute de la vida está condicionado al disfrute al acceso del agua potable.

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (PIDCP). La autodeterminación de los pueblos de disponer de sus recursos naturales y la obligación política de los Estados de brindar agua potable a la población.

3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (PIDESC). Reconoce a toda persona tener una vida digna y, por tanto, incluye el derecho al agua potable y saneamiento básico.

4. Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988). Este protocolo reconoce el principio de progresividad, además establece el derecho a la salud, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y el derecho de toda persona a tener acceso a servicios públicos básicos<sup>21</sup>.

5. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965). Reconoce en su artículo 5º, literal e), el derecho a la salud pública sin distinción alguna<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> RAFAEL COLMENARES, “La campaña colombiana de defensa del agua como bien público, como expresión de los procesos comunitarios de resistencias en una perspectiva latinoamericana”, Bogotá, Corporación Ecofondo, 2008.

<sup>21</sup> El Protocolo de San Salvador, aprobado el 17 de noviembre de 1988, entró en vigencia para Colombia mediante la ley 389 de 1996.

<sup>22</sup> Adoptada por la Asamblea General en su res. 2106 (xx) del 21 de diciembre de 1965. Entra en vigencia el 4 de enero de 1969.

6. Convención sobre los Derechos de los Niños (1989). En su artículo 24.2, exige a los Estados la obligación de combatir las enfermedades, y la malnutrición mediante, entre otras cosas, el suministro de agua potable y salubre<sup>23</sup>.

7. Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición. Consagra que todos los hombres, mujeres, niños y niñas tienen el derecho inalienable a no padecer de hambre y malnutrición<sup>24</sup>.

8. Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra (1949). Relativos a la protección a las víctimas de conflicto armado. Se prohíbe atacar y destruir las reservas de agua potable.

9. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Se reconoce el derecho a la salud para todas las personas<sup>25</sup>.

#### **4. EL DERECHO HUMANO AL AGUA EN FOROS INTERNACIONALES DE MEDIO AMBIENTE**

No solo la normatividad internacional ha reconocido el derecho humano al agua, también las declaraciones, conferencias y resoluciones de encuentros ambientales internacionales. Entre las más importantes se destacan:

*La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano*

Reunida en Estocolmo en junio de 1972, señaló que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”<sup>26</sup>.

*La Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua*

Celebrada en 1977, acordó fijar las metas de brindar y prestar el servicio de abastecimiento de agua y saneamiento a toda la población del mundo: “Todos los pueblos, cualquiera que sea su etapa de desarrollo y

<sup>23</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

<sup>24</sup> Aprobada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación.

<sup>25</sup> Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948.

<sup>26</sup> Defensoría del Pueblo, *op. cit.*, pág. 49.

sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acorde con sus necesidades”<sup>27</sup>.

*La Conferencia Internacional sobre el Agua y Medio Ambiente*

Celebrada en 1992, adoptó la declaración de Dublín, en la que se anotó lo esencial de reconocer el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso al agua salubre y a servicios de saneamiento a un precio asequible.

*La Cumbre de Rio de Janeiro*

En 1992, se le prestó atención a pronunciamientos en la protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce, y se establecieron criterios integrados para el aprovechamiento, la ordenación y el uso de los recursos de agua dulce<sup>28</sup>.

*La Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos de la ONU*

Se destaca la resolución 18 de 1997, titulada “Promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento”, como el derecho de cada mujer, hombre y niño a disponer de agua potable y servicios de saneamiento para vivir en dignidad, seguridad y paz. Posteriormente, otras resoluciones confirman la importancia de reconocer el derecho humano al agua<sup>29</sup>.

*El Tribunal Latinoamericano del Agua*

Proclamó el agua como un derecho fundamental. Señala que el agua es un derecho fundamental inherente al ser humano y a la vida. Este tribunal se creó en 1998 y funcionó por primera vez en San José de Costa Rica en el 2000, y ha realizado audiencias de conflictos de recursos hídricos, especialmente con pueblos indígenas. El TLA declaró, respecto al agua para los pueblos latinoamericanos, lo siguiente:

*Declaración del TLA sobre el agua para los pueblos latinoamericanos*

“Primero. El derecho al agua es un derecho fundamental, inherente a la vida y dignidad humanas. La población de la región latinoamericana es titular del derecho fundamental al agua en adecuada cantidad y calidad.

<sup>27</sup> VÍCTOR M. SÁNCHEZ, “Hacia un derecho humano fundamental al agua en el derecho internacional”, en *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, 2008, en <http://www.reei.org/reel%2016/doc/SANCHEZ>

<sup>28</sup> Defensoría del Pueblo, *op. cit.*, pág. 50.

<sup>29</sup> La Subcomisión es un órgano subsidiario del Consejo de Derechos Humanos en la ONU, y actualmente está conformada por 26 miembros expertos en el tema de derechos humanos.

”Segundo. Todas las mujeres y hombres latinoamericanos tienen los mismos derechos de acceso e idénticas opciones a los beneficios de los cuerpos de agua y sistemas hídricos de la región.

”Tercero. El agua de la región es patrimonio común de las presentes y futuras generaciones de América Latina. Su conservación y uso sostenido es una obligación compartida de los Estados, las colectividades y la ciudadanía.

”Cuarto. El cuidado de las aguas y su provisión es un asunto de justicia ambiental. Los y las latinoamericanas tienen derecho a una pronta y efectiva justicia ambiental, con el propósito de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y ambientales.

”Quinto. La población latinoamericana tiene derecho a participar en los proyectos, obras y decisiones que afecten o puedan afectar a los cuerpos de agua y sistemas hídricos a nivel local, nacional e internacional. La consulta ciudadana debe ser procedimiento obligatorio en estos casos.

”Sexto. La población latinoamericana tiene derecho a la información sobre el estado actual y tendencias de los cuerpos de agua y sistemas hídricos. El derecho a la información comprende el conocimiento y la investigación científica sobre las cuencas hidrográficas, cuerpos de agua y ecosistemas asociados.

”Séptimo. La población latinoamericana tiene derecho a la inversión de los recursos financieros e institucionales necesarios para garantizar el ejercicio pleno de su derecho fundamental al agua. En el mismo sentido, tiene derecho a la compensación y pago de la deuda ecológica en los casos de daño a los cuerpos de agua y sistemas hídricos”<sup>30</sup>.

### *Convenio de Ramsar*

Importante convenio que favorece los humedales en Colombia, firmado el 2 de febrero de 1971 en Irán, el cual entró en vigor en 1975. Este convenio permite la protección de acuíferos en todos los países firmantes y la conservación de los hábitats de aves propias de los humedales. Colombia adoptó este convenio mediante la ley 357 de 1997 y entró en vigor el 18 de octubre de 1998.

### *Convención de Helsinki*

Uno de los más importantes desarrollos legislativos para la protección de aguas continentales se realizó en la Convención de Helsinki, relativo a la protección de lagos internacionales y aguas fronterizas. Este convenio, adoptado en 1992, entró en vigor en el mismo año, y dos protocolos lo han desarrollado: el primero, relativo al agua y salud, de 1999, y el segundo,

<sup>30</sup> “Declaración Latinoamericana del Agua”, Tribunal Latinoamericano del Agua, en <http://www.tragua.com>

del 2003, se refiere a las posibles responsabilidades civiles y daños por violaciones a la norma internacional<sup>31</sup>.

*Compendio de los principales instrumentos internacionales que reconocen el derecho humano al agua*

- Convención sobre el Desarrollo de Obras Hidroeléctricas que afecten más de un Estado (Ginebra, 1923, art. 4º).
- Carta de las Naciones Unidas (1945).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, arts. 25 y 30).
- Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1967, arts. 5º, 11 y 12); Observación General No. 15: el derecho al agua; Observación General No. 6: los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.
- Carta Europea del Agua (Estrasburgo, 1968).
- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica, 1969).
- Declaración de Estocolmo (1972).
- Convención sobre la Prevención de la Polución Marina por Basuras y otras Materias (Londres, México, Moscú, 1972).
- Convención Internacional para la Prevención de la Polución por Barcos (Londres, 1973).
- Carta de las Naciones Unidas sobre Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974, arts. 3º y 30).
- Declaración de Mar del Plata (ONU, Conferencia del Agua, 1977).
- Declaración Alma-Ata (Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, 1978).
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).
- Convención sobre el Derecho del Mar (Ginebra, 1982, arts. 192 al 237).
- Carta Mundial de la Naturaleza (1982).
- Declaración de Rotterdam (1983).
- Protocolo de San Salvador (1988, art. 11).

<sup>31</sup> JAVIER VELÁSQUEZ MUÑOZ, *op. cit.*

- Declaración de La Haya sobre Medio Ambiente (1989).
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (oIT, 1989).
- Declaración de Nueva Delhi (1990).
- Carta de la Comunidad Europea sobre Derechos y Obligaciones Ambientales (diciembre de 1990).
- Principios de las Naciones Unidas para Personas Mayores (Asamblea General, res. 46/91, de 1991).
- Declaración de Rio sobre Ambiente y Desarrollo (1992).
- Agenda 21 (ONU, Conferencia de Ambiente y Desarrollo, 1992).
- Declaración de Dublín (1992).
- Declaración de Ámsterdam (1993).
- Declaración de Noordwijk (1994).
- Hábitat agenda (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Hábitat, Estambul, 1996).
- Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial (1996).
- Declaración de París (1998).
- Reportes de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1º al 6º).

## 5. LA REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

El trabajo del profesor ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS hace un relato interesante sobre la evolución de este derecho en varias legislaciones latinoamericanas, que han acogido instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos por la ONU y la OEA, en los pactos y convenios internacionales de derechos sociales, económicos y culturales y sus respectivas observaciones.

En el siguiente cuadro<sup>32</sup> se resume el derecho humano al agua en algunas constituciones latinoamericanas:

<sup>32</sup> Fuente: ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS, *El derecho al agua en el constitucionalismo ambiental de América Latina*, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 234.

País	NORMA INTERNA
Argentina	No tiene norma que reconozca expresamente el derecho humano al agua. Constitución de 1994: art. 41, todos los habitantes tienen el derecho a gozar de un ambiente sano.
Brasil	Protección al derecho al agua, desde lo procesal y material. Constitución Política de la República Federal del Brasil, 1988: art. 74, acciones populares; art. 23, protección del medio ambiente.
Colombia	No consagra expresamente el derecho al agua potable. Constitución Política de 1991: arts. 49, 79 y 366, todos los habitantes tienen el derecho a gozar de un ambiente sano.
Costa Rica	Se refiere en forma indirecta a la protección al agua. Constitución Política de 1949, modificada en 1994 y 1996: arts. 46 y 50, la ley regulará la materia cuando esté en peligro el ambiente, la salud, la seguridad, la protección al ambiente sano.
Cuba	Constitución Política de 1976: protección indirecta del agua a través de la obligación de proteger la naturaleza.
Chile	Constitución Política de 1980: la protección del agua se hace también de forma indirecta en el derecho que tienen los chilenos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
Ecuador	Constitución Política de 1998: protección indirecta del agua, el Estado se obliga a garantizar a la persona humana, el derecho a vivir en un ambiente ecológicamente equilibrado y libre de competencia.
El Salvador	Constitución Política de 1985: protección indirecta del agua. El art. 34 hace referencia al entorno familiar y ambiental en el que debe vivir el menor.
Guatemala	Constitución Política de 1985: el art. 127 señala que todas las aguas son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles.
Honduras	Constitución Política de 1982: protección indirecta del agua. Art. 145, es un deber del Estado la obligación de conservar el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas.
México	Constitución Política de 1917 (con varias reformas). La reforma de 1999 consagró el derecho de toda persona a gozar de un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Otros artículos disponen a gozar de un medio ambiente adecuado para el disfrute del agua potable.
Nicaragua	Constitución Política de 1987: el art. 89 reconoce los derechos de las comunidades nicaragüenses que habitan en la Costa Atlántica de disfrutar de las aguas y bosques de las tierras comunales.
Panamá	Constitución Política de 1972: el art. 114 se refiere al deber que tiene el Estado de garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación.

Paraguay	Constitución Política de 1992: protección indirecta del agua. Varios artículos se refieren al vivir en un ambiente sano.
Perú	Constitución Política de 1993: se ocupa del derecho al agua en forma indirecta. Derechos que tienen las personas a gozar de un ambiente sano.
Uruguay	Constitución Política de 1997. La reforma constitucional del 2004 consagra, en forma directa, el derecho fundamental al agua. Es la Constitución más avanzada de América en este tema.

## 6. EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE EN EL DERECHO COLOMBIANO

La Constitución Política de 1991, influenciada por el derecho internacional, acogió la protección y defensa del medio ambiente y amplió la lista de derechos humanos al consagrar los derechos de tercera generación o derechos ambientales, con mecanismos de protección mediante las acciones populares y acciones de grupos.

El derecho humano al agua no está consagrado en forma expresa en la Constitución de 1991, pero sí reconoce, de manera expresa a todos los humanos relacionados con el agua, el derecho a una vida digna, a la salud, vivienda y gozar de un ambiente sano, y se establecen responsabilidades para el Estado en relación con el suministro de agua potable y el saneamiento básico.

La Corte Constitucional, en aplicación de la figura del bloque de constitucionalidad, ha realizado pronunciamientos importantes para el suministro de agua potable en la población, como la sentencia T-410 de 2003, que reconoció que el suministro de agua potable constituye un servicio público domiciliario, de carácter esencial para la vida, que cuenta con un espacio propio en la configuración constitucional del Estado social de derecho<sup>33</sup>.

El profesor ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS señala, en su trabajo titulado “El derecho al agua en el constitucionalismo ambiental de América Latina”, lo siguiente:

“La Constitución Política no se refiere expresamente al derecho al agua de Colombia, no es menos cierto que de las lecturas de las normas constitucionales citadas (arts. 49, 79, 80, 365 y 366), así como de las jurisprudencias presentadas, se desprende claramente que la satisfacción de las necesidades esenciales de los habitantes debe ser garantizada por el Estado social de derecho. Una de las formas de satisfacer esas necesidades

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sent. T-410 de 2003.

es a través de los servicios públicos domiciliarios, que tiene suficiente protección constitucional”<sup>34</sup>.

#### A) *Derecho humano al agua en el bloque de constitucionalidad*<sup>35</sup>

Las normas internacionales anteriormente señaladas, consolidan en Colombia el derecho humano al agua, interpretado por el operador judicial de la Corte Constitucional que ha reconocido en varias sentencias de tutela este derecho. La Corte Constitucional ha establecido tres pautas importantes para que un derecho se pueda considerar como fundamental: la conexión directa con un principio, la eficacia directa y un contenido esencial. En este caso, el agua se reconoce como un derecho económico y social fundamental. En un trabajo reciente, la Defensoría del Pueblo ha señalado el agua potable como derecho humano, que tiene por fin garantizar a cada ser humano una cantidad mínima de agua de buena calidad y suficiente para la vida y la salud<sup>36</sup>.

La Corte Constitucional, en las sentencias T-232 de 1993 y T-413 de 1995, dispuso: “No es razonable que se restinga el agua que los usuarios requieren para su uso diario, para gozar de un ambiente sano para la salud. Lo razonable es atender primero las necesidades domésticas y si hay excedente de agua entonces, de manera reglamentada, se puede aprovechar excepcionalmente para otros usos”<sup>37</sup>.

En el núcleo del derecho al agua, reside el principio de que nadie puede ser privado de la cantidad suficiente de agua para satisfacer sus necesidades fundamentales. No puede existir ningún tipo de discriminación para acceder a ese derecho. Sin embargo, son muy pocos los municipios en Colombia que tienen acceso al agua potable de calidad.

#### B) *Un mínimo vital de agua gratuito*

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto del “mínimo vital” como un derecho fundamental, amparado por el bloque de constitucionalidad, que se desprende de una interpretación sistemática de la

<sup>34</sup> ÓSCAR DARIO AMAYA NAVAS, *op. cit.*, pág. 234.

<sup>35</sup> La sent. C-225 de 1995, dispone que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios, que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como lineamientos del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

<sup>36</sup> Defensoría del Pueblo, *op. cit.*

<sup>37</sup> Véanse las sents. T-232 de 1993 y T-413 de 1995 de la Corte Constitucional.

Constitución. Uno de los primeros reconocimientos, es el derecho a la subsistencia mediante el cual el Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de condiciones dignas para vivir; es una tesis central del fenómeno epistemológico del mínimo vital<sup>38</sup>. El agua forma parte del elemento básico de la subsistencia. La Corte Constitucional señaló el concepto del “mínimo vital”, como un mínimo de condiciones necesarias para que cualquier persona pueda vivir con dignidad. De ahí que la jurisprudencia sobre el mínimo vital protege a las minorías.

En sentencia SU-111 de 1997, la Corte considera que los derechos económicos y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables por acción de tutela. Así, el derecho fundamental al agua ha sido reconocido por la Corte en varias jurisprudencias, en casos concretos en el ejercicio de la acción de tutela.

La primera sentencia en la que la Corte relaciona el concepto del mínimo vital es la T-426 de 1992 y reconoce una posible subregla constitucional en estos términos: “La tutela procede por violación al derecho fundamental al mínimo vital cuando está en peligro el mínimo vital de las personas y el Estado, pudiendo prestar el apoyo material mínima, no lo hace”<sup>39</sup>.

El manejo constitucional de este derecho innominado al mínimo vital, influyó de manera considerable en el movimiento del Referendo por el Agua, que se desarrolló recientemente en Colombia, al reconocer por las vías constitucionales el derecho al mínimo vital de agua potable. En la exposición de motivos, los promotores de la iniciativa popular relacionan los principios y normas que forman parte del bloque de constitucionalidad para el reconocimiento del derecho humano al agua como fundamental. Se tienen en cuenta las consideraciones hechas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), el cual define el agua como un recurso natural limitado y un bien público para la vida y la salud, y afirma, además, que debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico.

Los instrumentos de derecho internacional que reconocen el derecho humano al agua, permiten afirmar, para Colombia, cinco componentes claves en este tema, como lo asegura ÓSCAR DARÍO AMAYA: suficiente agua

<sup>38</sup> RODOLFO ARANGO y JULIETA LEMAITRE, “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital”, en *Revista Estudios Ocasionales del CIJUS*, Edic. Uniandes, Facultad de Derecho, 2002, pág. 12.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sala de Tutela, sent. T-426 de 1992; M. P. Eduardo Ci-fuentes Muñoz.

para el uso personal y doméstico; el agua debe ser de calidad; acceso al agua; el agua debe ser asequible de acuerdo con el ingreso de las personas, y no debe existir ningún tipo de discriminación para el suministro de agua<sup>40</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

La consagración del derecho humano en el derecho internacional es indispensable para los Estados, a fin de consagrar en sus disposiciones constitucionales este derecho fundamental que ejerce una relación directa para el goce pleno del derecho a la vida, la alimentación, la vivienda, la salud y a la educación. Infortunadamente, más de ochocientos millones de personas del planeta continúan sin el disfrute de agua potable y saneamiento básico, y esa negación masiva de agua a la población es el reflejo de violación a los referidos derechos contenidos, principalmente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

En Colombia, la lucha popular por el agua como un derecho humano surge de la ratificación de varios tratados internacionales de derechos humanos, que forman parte de la figura del bloque de constitucionalidad (art. 93, Const. Pol.); entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). El Comité del PIDESC, en su Observación General No. 15, reconoce la existencia del derecho humano al agua y resalta la importancia de su realización por parte de los Estados firmantes en este pacto, entre ellos Colombia.

En decisiones judiciales de la Corte Constitucional, se reconoce este derecho como un derecho fundamental innominado, en la línea jurisprudencial del mínimo vital formulada por el tribunal desde 1992, y a través de sus fallos de tutela que amparan derechos humanos.

Finalmente, se puede afirmar que la crisis del agua no deriva de su escasez, sino de la pobreza y marginamiento de la población, despojada de este servicio, muchas veces manejado por multinacionales del agua. En Colombia se han gestado procesos populares de la sociedad civil que se resisten a la privatización y a la defensa del agua como bien público.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

AMAYA NAVAS, ÓSCAR DARÍO: *El derecho al agua en el constitucionalismo ambiental de América Latina*, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

<sup>40</sup> ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS, *op. cit.*, pág. 252.

ARANGO, RODOLFO y LEMAITRE, JULIETA: “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital”, en *Revista estudios ocasionales del CIJUS*, Bogotá, Edic. Uniandes, 2002.

CEPPAS: “Movimientos sociales y luchas por el derecho humano al agua en América Latina”, *El otro derecho*, núm. 34, en <http://www.ceppas.org>

COLMENARES, RAFAEL: “La campaña colombiana de defensa del agua como bien público, como expresión de los procesos comunitarios de resistencias en una perspectiva latinoamericana”, Bogotá, Corporación Ecofondo, 2008.

Corte Constitucional, Sala de Tutela, sent. T-426 de 1992; M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Defensoría del Pueblo: “El derecho humano al agua”, Serie estudios especiales DESC, Bogotá, 2005.

GLEIK, PETER H.: “El derecho humano al agua”, en <http://www.pacinst.org/publications/foreign>

ONU: “Adopción del derecho humano al agua”. Observación. Ginebra, 11-29 de noviembre de 2002. Núm. 15 del Comité del DESOC, Asamblea General de la ONU, en <http://www.ubp.edu.ar/todoambiente/publicaciones>

RAMÍREZ MORENO, NÉSTOR RAÚL: “Internacionalización de la economía y política económica”, en *Revista Republicana*, publicación del Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana, núm. 1, julio-diciembre, 2006, pág. 33.

SÁNCHEZ, VÍCTOR M.: “Hacia un derecho humano fundamental al agua en el derecho internacional”, en *Revista electrónica de derecho internacional*, 2008, en <http://www.reei.org/reei%2016/doc/sanchez>

STALLINGS, BÁRBARA: “La influencia internacional en las políticas económicas: deuda, estabilización y reforma estructural”, en Haggard, Stephan y Kaufman, Robert (comps.), *La política de ajuste económico. Las restricciones internacionales, los conflictos distributivos y el Estado*, Bogotá, CEREC, 1994.

Tribunal Latinoamericano del Agua: “Declaración Latinoamericana del Agua”, en <http://www.tragua.com>

VELÁSQUEZ MUÑOZ, JAVIER: Ponencia: “La legislación ambiental en el mundo y su relación con la atención real en agua potable y saneamiento básico”, en <http://www.uninorte.edu.co/extensiones/ids>



ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE  
NOMOS IMPRESORES, EL DÍA VEINTIUNO DE FEBRERO DE DOS  
MIL DOCE, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE EDUARDO  
BASAVILBASO MOSQUERA (n. 21, II, 1835 y m.  
26, XI, 1907).

LABORE ET CONSTANTIA