

№ 48

  
**PAGINA  
EN BLANCO**



0000298



COORDINACION DE TALENTO HUMANO  
Memorando No. 1312-CGTH- AN-16

PARA : **Mgtr. Mónica Rodríguez Ayala**  
 DE : **Dr. Danilo Granja Camacho**  
 ASUNTO : **COORDINADOR GENERAL DE TALENTO HUMANO**  
 FECHA : **En el t. rto**  
 Junio 15 del 2016



Con un atento saludo y en referencia al memorando No.146-UTL-AN-2016 de junio 13 del año en curso; y , una vez revisado su expediente personal, que reposa en los archivos de esta Coordinación me permito certificar lo siguiente :

	CARGO	FECHA DE INGRESO	FECHA DE SALIDA	CONTRATO O ACCION DE PERSONAL	DURACION	FUNCIONES
ASAMBLEA NACIONAL	Asesora Nivel 1	05-05-13	31-12-13	Contrato No 5834	205 días	Asesora a la señora Presidenta en el proceso de creación de la norma y proveer a las Comisiones Especializadas informes no vinculantes
	Coordinador de Técnica Legislativa	02-01-14	28-02-15	Acción de Personal No 1000DRHAN	422 días	Elaborar informes no vinculantes para conocimiento del Pleno del CAL de las Comisiones Especializadas y de los Asambleístas dentro del proceso de aprobación de las leyes. Proponer proyectos de codificación de diversas leyes. Asesorar en la elaboración de análisis, verificación de concordancia, coherencia y pertinencia de los proyectos de ley. Revisar el lenguaje utilizado en la norma sea claro, preciso y gramaticalmente correcto y además no sea discriminatorio. Realizar el impacto de género de los proyectos de ley. Realizar estimaciones del costo de la implementación de los proyectos de ley. Diseñar la investigación y la elaboración de documentos de técnica legislativa y. Cumplir con las demás que establece la normativa vigente y las disposiciones y delegaciones que le confiere la autoridad competente.
	Coordinador de Técnica Legislativa	01-03-15	14-05-16	Acción de Personal No 1000518 CGTHAN	379 días	Elaborar informes no vinculantes para conocimiento del Pleno del CAL de las Comisiones Especializadas y de los Asambleístas dentro del proceso de aprobación de las leyes. Proponer proyectos de codificación de diversas leyes. Asesorar en la elaboración de análisis, verificación de concordancia, coherencia y pertinencia de los proyectos de ley. Revisar el lenguaje utilizado en la norma sea claro, preciso y gramaticalmente correcto y además no sea discriminatorio. Realizar el impacto de género de los proyectos de ley. Realizar estimaciones del costo de la implementación de los proyectos de ley. Diseñar la investigación y la elaboración de documentos de técnica legislativa y. Cumplir con las demás que establece la normativa vigente y las disposiciones y delegaciones que le confiere la autoridad competente.
	Coordinador General de la Unidad de Técnica Legislativa	15-05-15	15-06-16	Acción de Personal No 1000714 CGTHAN	31 días	Elaborar informes no vinculantes para conocimiento del Pleno del CAL de las Comisiones Especializadas y de los Asambleístas dentro del proceso de aprobación de las leyes. Proponer proyectos de codificación de diversas leyes. Asesorar en la elaboración de análisis, verificación de concordancia, coherencia y pertinencia de los proyectos de ley. Revisar el lenguaje utilizado en la norma sea claro, preciso y gramaticalmente correcto y además no sea discriminatorio. Realizar el impacto de género de los proyectos de ley. Realizar estimaciones del costo de la implementación de los proyectos de ley. Diseñar la investigación y la elaboración de documentos de técnica legislativa y. Cumplir con las demás que establece la normativa vigente y las disposiciones y delegaciones que le confiere la autoridad competente.
	TOTAL				1015 días	

Particular que notifico a usted para los fines pertinentes.  
Cordialmente,

Dr. Danilo Granja Camacho  
COORDINADOR GENERAL DE TALENTO HUMANO

Elaborado por: Ana Cristina Chamorro



Notary seal for Dra. Paulina Anquilla Fonseca, Notaria Trigesima Septima del Cantón Quito. Includes date stamp: 17 JUN 2016. Text: "CONFORME A LO DISPUESTO POR EL ART. 18 NUMERAL 5 DE LA LEY NOTARIAL DEL 1997, EL DOCUMENTO QUE EN ESTE (S) ANTECEDO, ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL QUE SE PRESENTA PARA SU EFECTO Y ACCIÓN. SEGUIDO DEVOLVER AL INTERESADO." Includes seal of the Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Secretaría General.

Nº 48

PAGINA 87  
EN BLANCO

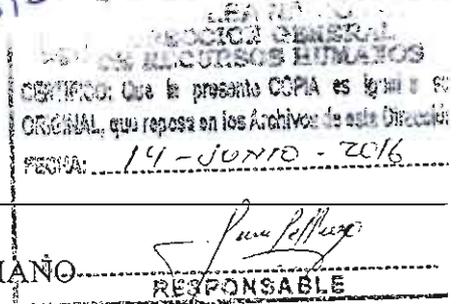




REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

COORDINACIÓN GENERAL DE TALENTO HUMANO



## Acción de Personal N° 1000714 CGTH-AN

Tipo de la Acción: Otros

Fecha de la Acción: 16 marzo 2016

Empleado: **Mónica Silvana Rodríguez Ayala**

Cédula: 1002625844

Rige a partir de: **15 marzo 2016**

## Explicación:

De conformidad con la delegación otorgada por la señora Presidenta de la Asamblea Nacional, mediante Resolución PR-GR-2015-DIC-RES-03 de 09 de diciembre de 2015, en mi calidad de Administradora General, RESUELVO: Cambiar la denominación del cargo que ocupa la señora Mónica Silvana Rodríguez Ayala, conforme consta en el casillero Situación Propuesta.

BASE LEGAL: Disposición General Tercera de la Resolución CAL-2015-2017-115.

REFERENCIA: Resolución del Consejo Administrativo de la Legislatura CAL-2015-2017-115, de 15 de marzo de 2016 y Memorando No. 0183-AG-AN-EMBP-2016 de 16 de marzo de 2016.

SITUACION ACTUAL		SITUACION PROPUESTA	
Institución:	ASAMBLEA NACIONAL	Institución:	ASAMBLEA NACIONAL
Dependencia o Unidad:	Unidad Técnica Legislativa	Dependencia o Unidad:	Unidad Técnica Legislativa
Cargo:	Coordinador Técnico Legislativo	Cargo:	<b>Coordinador(a) General de la Unidad de Técnica Legislativa</b>
Remuneración Mensual Unificada:	3798.00	Remuneración Mensual Unificada:	3798.00

*[Firma]*  
Mario Danilo Granja Camacho

Coordinador General de Talento Humano

*[Firma]*  
Evelyn María Brunner Pita  
Administradora General

*[Firma]*  
Mónica Silvana Rodríguez Ayala

Recibí el \_\_\_\_\_ con  
\_\_\_\_\_ fojas útiles adjuntas.

f. Servidor Legislativo

Declaro bajo juramento que no desempeño otro cargo en el sector público ecuatoriano, y no me encuentro incurso en ninguna de las inhabilidades y prohibiciones establecidas en la Ley.



Registro No.	Fecha de Registro
1000971	15 marzo 2016

Responsable de Registro y Control: Ec. Eduardo García

Nº 48 = =

ESPACIO  
BLANCO



0023302

12 48



REPÚBLICA DEL ECUADOR  
ASAMBLEA NACIONAL  
COORDINACIÓN GENERAL DE TALENTO HUMANO



Acción de Personal N° 1000518 CGTH-AN

Tipo de la Acción: Otros

Fecha de la Acción: 09 marzo 2015

Empleado: **Mónica Silvana Rodríguez Ayala**

Cédula: **1002625844**

Fecha de Inicio: **01 marzo 2015**

**Explicación:**

De conformidad con la Resolución CAL-2013-2015-183 de 05 de marzo de 2015, se procede con la actualización de la remuneración mensual unificada del puesto de Coordinador de Técnica Legislativa, conforme lo detallado en el casillero de la situación propuesta.

**SITUACION ACTUAL**

Institución: ASAMBLEA NACIONAL  
Dependencia o Unidad: Unidad Técnica Legislativa  
Cargo: Coordinador de Técnica Legislativa  
Remuneración Mensual Unificada: 4174.00

**SITUACION PROPUESTA**

Institución: ASAMBLEA NACIONAL  
Dependencia o Unidad: Unidad Técnica Legislativa  
Cargo: Coordinador de Técnica Legislativa  
Remuneración Mensual Unificada: 3798.00

Rommel Oswaldo Proaño Paredes

Coordinador General de Talento Humano

Mónica Silvana Rodríguez Ayala

Recibí el \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ fojas útiles adjuntas  
f. Servidor Legislativo



Declaro bajo juramento que no desempeño otro cargo en el sector público ecuatoriano, y no me encuentro incurso en ninguna de las inhabilidades y prohibiciones establecidas en la Ley.

Paúl Alejandro Ayora Palacio  
Administrador General

**NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO**

Conforme lo dispuesto por el Art. 10 numeral 5 de la Ley Notarial, doy fe que el documento que en \_\_\_\_\_ (fechas) antecede, es FIEL ORIGINAL que me fue presentado para este efecto y acto seguido devolví al interesado.  
Quito, a \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

Registro No.	Fecha de Registro
1000773	01 marzo 2015

Registro No.	Fecha de Registro
1000773	01 marzo 2015

20 JUN. 2015

Razón:

**Dra. Paulina Auquilla Fonseca**  
NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

№ 48

**PAGINA EN BLANCO**



0000304



48



REPÚBLICA DEL ECUADOR  
ASAMBLEA NACIONAL  
COORDINACIÓN GENERAL DE TALENTO HUMANO

Acción de Personal N° 1000316 DRH-AN

Tipo de la Acción: Nombramiento de Libre nombramiento y remoción

Fecha de la Acción: 02 enero 2014

Empleado: Mónica Silvana Rodríguez Ayala

Cédula: 1002625844

Fecha de Inicio: 02 enero 2014

Explicación:

Por disposición de la Presidenta de la Asamblea Nacional contenida en Memorando No. PAN-GR-2014-0001 y de conformidad a la resolución del Consejo de Administración Legislativa, se procede a nombrar en calidad de Coordinadora de la Unidad de Técnica Legislativa a la doctora Mónica Silvana Rodríguez Ayala, a partir del 02 de enero de 2014, conforme lo especificado en el casillero de la situación propuesta.

SITUACION ACTUAL

SITUACION PROPUESTA

Institución:

Institución:

ASAMBLEA NACIONAL

Dependencia o Unidad:

Dependencia o Unidad:

Unidad Técnica Legislativa

Cargo:

Cargo:

Coordinador de Técnica Legislativa

Remuneración

Mensual Unificada:

4174.00

Paúl Alejandro Ayora Palacio

Coordinador General de Talento Humano

Mónica Silvana Rodríguez Ayala

Recibí el

fojas útiles adjuntas

f. Servidor Legislativo

Gabriela Alejandra Rivadeneira Burbano  
Presidenta

Declaro bajo juramento que no desempeño otro cargo en el sector público ecuatoriano y no me encuentro incurso en ninguna de las inhabilidades y prohibiciones establecidas en la Ley.

NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

Conforme lo dispuesto por el Art. 18 numeral 5 de la Ley Notarial, doy fe que el documento que en 1 (una) foja(s) intercedió es: FOLIO COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentada para este efecto y acto seguido devolví al interesado.

Registro No.	Fecha de Registro
1000571	02 enero 2014

20 JUN 2016

Razón:

000030

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

48

**PAGINA**   
**EN BLANCO**

0000306



12 48



REPÚBLICA DEL ECUADOR  
ASAMBLEA NACIONAL  
COORDINACIÓN DE TALENTO HUMANO  
CONTRATO DE SERVICIOS OCASIONALES



Carl

Contrato No.: 5834

**COMPARECIENTES**

A la celebración del presente Contrato de Servicios Ocasionales, comparecen por una parte la Asamblea Nacional representada por el (la) señor(a) Gloria del Carmen Realpe Cevallos, en su calidad de Administrador General de la Asamblea Nacional, debidamente facultado para el efecto, a quien en adelante se le denominará LA ASAMBLEA; y, por otra parte el (la) señor(a) **Mónica Silvana Rodríguez Ayala** por sus propios derechos, a quien en adelante se le denominará el (la) CONTRATADO(A); quienes libre y voluntariamente convienen en celebrar el presente contrato, al tenor de las siguientes cláusulas:

**PRIMERA.- ANTECEDENTES**

La Asamblea, para el cumplimiento de su misión institucional, requiere contratar personal en los diferentes niveles ocupacionales, debidamente calificado y comprometido, para lo cual cuenta con la respectiva asignación presupuestaria y disponibilidad de saldos suficientes, previo a contraer obligaciones.

**SEGUNDA.- OBJETO**

Con estos antecedentes, la Asamblea Nacional contrata al (a la) señor(a) **Mónica Silvana Rodríguez Ayala**, en calidad de **Asesor Nivel 1**, para que preste servicios ocasionales en la Unidad Técnica Legislativa con sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica de la Función Legislativa y en el Reglamento para la Contratación de Asesores, Secretarios Relatores, Prosecretarios Relatores, Consultores, Técnicos Administrativos y Asistentes Administrativos emitido por el Consejo de Administración Legislativa (CAL) y conforme lo previsto en el antepenúltimo inciso del Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público y Arts. 159 y 161 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

**TERCERA.- ACTIVIDADES Y JORNADA DE TRABAJO**

El (la) Contratado(a) tendrá relación de dependencia y ejecutará las actividades inherentes al puesto, así como las que le disponga su jefe inmediato, en una jornada de trabajo de 8 horas diarias.

**CUARTA.- REMUNERACIÓN Y FORMA DE PAGO**

La Asamblea, pagará al (a la) Contratado(a), la remuneración mensual unificada de tres mil trescientos cuarenta (\$3340.0) USD, más los beneficios de ley.

El pago se realizará por mensualidades vencidas y se aplicará a la partida presupuestaria "Servicios Personales por Contrato", valores de los cuales se descontará el aporte al Seguro Social, Impuesto a la Renta y los que corresponda de acuerdo al ordenamiento jurídico.

Las partes acuerdan que, cualquiera que fuere la causa de cesación de funciones, la remuneración acordada se pagará hasta el día efectivamente trabajado o laborado.

NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO  
Se otorga el presente instrumento de conformidad con el documento que en (fechas) antecedente es FIEL COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentado para este efecto y acto seguido devolví al interesado.

Quito, a. 20 JUN. 2016

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

0000367

Nº 48 = =

**PAGINA  
EN BLANCO**



0000308

**Experiencia específica en el  
ejercicio de la Docencia  
Universitaria en diplomados,  
especializaciones, maestrías  
y doctorados**



0000300

ESPACIO  
BLANCO

0000010





La Universidad de postgrado del Estado



### A QUIEN INTERESE

A petición verbal de la interesada, Máster MONICA SILVANA RODRÍGUEZ AYALA, portadora de la C.I. No. 100262584-4, CERTIFICO, que la indicada docente laboró en el Instituto de Altos Estudios Nacionales desde el 20 de junio de 2011 al 17 de mayo de 2013, como Profesora Agregada 2 en el Decanato de la Escuela de Constitucionalismo y Derecho, percibiendo una remuneración mensual de \$2.415,00 (Dos mil cuatrocientos quince dólares mensuales).

En caso de ser necesario, me remito a los archivos de esta Dirección.

Quito, 26 de agosto de 2013

Atentamente,

*Ximena Carvajal*  
Abg. Ximena Carvajal

DIRECTORA DE DESARROLLO HUMANO (ENC.)



48

NOTARIA DECIMO NOVENA DE QUITO  
EN APLICACION A LA LEY NOTARIAL DOY FE  
que la fotocopia que ANTECEDE es igual al  
documento que se me exhibió.

Quito, a .....

26 SET. 2013



Dr. Fausto Mora Vega  
Notario Decimo Noveno  
Cantón Quito



0000312



**A QUIEN INTERESE**

A petición mediante correo electrónico de la interesada, Máster MONICA SILVANA RODRÍGUEZ AYALA, portadora de la C.I. No. 100262584-4, CERTIFICO:

Que la mencionada profesional laboró en el Instituto de Altos Estudios Nacionales, como docente en los siguientes programas académicos:

MATERIA	NUMERO DE HORAS	PRODUCTO	PROGRAMA	FECHA INICIO MODULO	FECHA FIN MODULO
Derecho Internacional Público	64	Maestría en Relaciones Internacionales y Diplomacia (Paralelo B)	Relaciones Internacionales y Diplomacia	25/03/2013	15/05/2013
Derecho Administrativo	64	Maestría en Gestión Pública (tiempo completo)	Gestión Pública	30/01/2012	07/03/2012
Derecho Público	48	Maestría en Gerencia de Empresas Públicas	Gerencia de Empresas Públicas	23/02/2012	10/05/2012
Derecho Internacional Público	64	Maestría en Relaciones Internacionales y Diplomacia (Paralelo A)	Relaciones Internacionales y Diplomacia	25/03/2013	16/05/2013
Derecho Administrativo	64	Especialización en Gestión Pública	Gestión Pública	05/07/2012	15/09/2012
Derecho Administrativo	64	Maestría en Gestión Pública (Paralelo I)	Gestión Pública	15/03/2013	11/05/2013

En caso de ser necesario, me remito a los archivos de esta Dirección.

Quito, 26 de agosto de 2014

*Atentamente,*  
Econ. Oscar Campoverde Ch.  
DIRECTOR DESARROLLO HUMANO

Elaborado  
Abg. Mónica Flóres  
Analista Desarrollo Humano



**PAGINA EN BLANCO** 



0000314

0000000

# OTROS MÉRITOS



0000315

Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



0000316

...

48

# Obras publicadas como autor o coautor en ramas del Derecho y Democracia



0000317

12 48

ESPACIO  
BLANCO



0000318.



48



**Dirección Nacional de Derecho de Autor  
y Derechos Conexos**

**Certificado N° QUI-047818**

**Trámite N° 000186**

La Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en atención a la solicitud presentada el 01 de febrero del año 2016, **EXPIDE** el certificado de registro:

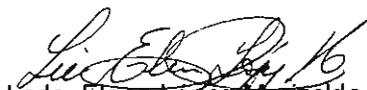
**AUTOR(es):** RODRÍGUEZ AYALA, MÓNICA SILVANA

**TITULAR(es):** RODRÍGUEZ AYALA, MÓNICA SILVANA

**CLASE DE OBRA:** LITERARIA

**TÍTULO DE LA(s) OBRA(s):** LA NUEVA DEMOCRACIA.

Quito, a 02 de febrero del año 2016

  
Licda. Elena Lopez Merizalde  
**Experta Principal en Registro**

Delegada del Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos,  
mediante Resolución N° 295-2015-DNDAYDC-IEPI



*El presente certificado no prejuzga sobre la originalidad de lo presentado para el registro, o su carácter literario, artístico o científico, ni acerca de la autoría o titularidad de los derechos por parte de quien solicita la inscripción. Solamente da fe del hecho de su declaración y de la identidad del solicitante.*

ELM.

0000319

12 48

**PAGINA EN BLANCO**



0000320



# LA NUEVA DEMOCRACIA

**Mónica Silvana Rodríguez Ayala**

NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO

Conforme he leído y he visto el original de la Ley que dice  
lo que dice el artículo 2 de la Ley, es FIEL  
COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentada para este efecto y acto  
seguido de ser el original de la Ley.

Quito, a

17 JUN 2016

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO



0000321

№ 48

**PAGINA**   
**EN BLANCO**



0030322

0030322



Instituto Ecuatoriano  
de la Propiedad  
Intelectual

Nº 48

762-



Certificado N° QUI-044474  
Trámite N° 001562

Dirección Nacional de Derechos de Autor  
y Derechos Conexos

La Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en atención a la solicitud presentada el 03 de septiembre del año 2014, **EXPIDE** el certificado de registro:

**AUTOR(es):** RODRÍGUEZ AYALA, MÓNICA SILVANA

**TITULAR(es):** RODRÍGUEZ AYALA, MÓNICA SILVANA

**CLASE DE OBRA:** LITERARIA (Publicada)

**TÍTULO DE LA(s) OBRA(s):** EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL INDIVIDUO EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES.

Quito, a 04 de septiembre del año 2014

**NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO**  
 Conforme lo dispuesto por el Art. 18 numeral 5 de la Ley Notarial, doy fe que el documento que en \_\_\_\_\_ hoja(s) antecede, es FIEL COPIA DEL ORIGINAL que no fue presentada para este efecto y cuyo sujeción devolví al interesado.  
 Quito, a ..... 17 JUN. 2016

*Paulina Auquilla Fonseca*  
 Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
 NOTARIA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

*Elena López Marzá*  
 Lcda. Elena López Marzá  
 Experta Principal en Registro

Delegada del Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos,  
mediante Resolución N° 002-2012-DNDyDC-IEPI



*El presente certificado no prejuzga sobre la originalidad de lo presentado para el registro, o su carácter literario, artístico o científico, ni acerca de la autoría o titularidad de los derechos por parte de quien solicita la inscripción. Solamente da fe del hecho de su declaración y de la identidad del solicitante.*

E.L.M.

0000323

Nº 48

PAGINA   
EN BLANCO



0000324

**EL DERECHO CONSTITUCIONAL  
A LA TUTELA JUDICIAL  
EFECTIVA DEL INDIVIDUO EN  
EL MARCO DE LOS ACUERDOS  
DE PROMOCIÓN Y  
PRÓTECCIÓN RECÍPROCA DE  
INVERSIONES**

**MÓNICA RODRÍGUEZ AYALA**

**2010**



0000325

Nº 48

**El derecho constitucional a la  
tutela judicial efectiva del  
individuo en el marco de los  
acuerdos de promoción y  
protección recíproca de  
inversiones**

---

Mónica Silvana Rodríguez Ayala



0000326

Nº 48

**DIRECTORA EDITORIAL**

Dalia María Noboa Cruz

**Autora**

Mónica Silvana Rodríguez Ayala

**Editor**

Roman Acosta Chávez

**Diseño e ilustración**

Grafiprint

**Impresión**

Grafiprint

**COPIRIGHT 2010**

Prohibida la reproducción total o parcial de este libro, por cualquier medio.

**DERECHOS DE AUTOR QUI-0444-74**



0000327

12 48 -

Para Karla mi querida hermana:

“El principio de la igualdad de todos-como ciudadanos- es la única constitución que nace de la idea del contrato originario, y sobre el cuál ha de fundarse toda la legislación de un pueblo”.

Kant

0000328



# ÍNDICE

1.	<b>Introducción</b>	1
2.	<b>Presupuestos teóricos de la subjetividad jurídica internacional</b>	9
2.1	Teoría jurídica y tendencias del Derecho internacional público	9
2.2	Subjetividad internacional del individuo en el ámbito de los derechos humanos	19
3.	<b>Subjetividad jurídica internacional</b>	35
3.1	Legitimación activa y pasiva: titularidad efectiva de derechos en el ámbito internacional	35
3.2	Concepto jurídico y técnico: subjetividad versus capacidad jurídica	43
4.	<b>Arbitraje Internacional: Las Doctrinas Drago y Calvo y el arbitraje internacional</b>	55
4.1	Aspectos generales	55
4.2	Doctrinas Drago y Calvo y su incidencia en la inversión extranjera	59



0000329

Nº 48 - 3 - 3

ESPACIO  
BLANCO



0000330

5.	<b>Evolución y Marco de desarrollo normativo de la inversión extranjera</b>	67
5.1	Aspectos generales	67
5.2	Marco normativo multilateral de regulación de las inversiones extranjeras	77
5.3	Marco bilateral de regulación de las inversiones extranjeras	86
5.3.1	Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS)	86
5.3.2	Aspectos generales de los APPRIS	90
5.3.3	Principales efectos jurídicos de los APPRIS	97
5.3.4	El arbitraje internacional, clave de la eficacia jurídica de los APPRIS	103
6.	<b>Arbitraje CIADI</b>	110
6.1	El Sistema de Solución de controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI)	110
7.	<b>Conclusiones</b>	123
8.	<b>Bibliografía</b>	128



## Introducción

Una de las características del Derecho Internacional público contemporáneo es el afianzamiento de la subjetividad jurídica internacional del individuo. El objeto de este trabajo es analizar la dimensión activa y pasiva de la subjetividad internacional del individuo, es decir, la titularidad efectiva de derechos ante los tribunales internacionales y más concretamente nos centraremos en la legitimación del inversor extranjero -persona física o jurídica- y los mecanismos con los que cuenta para hacer valer sus derechos ante instancias internacionales en el marco de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Tratado internacional que permite al individuo en materia de inversiones, prescindir de la mediatización del Estado del que es nacional, que a través de figuras



como la protección diplomática<sup>1</sup>.- que raras veces dará como resultado el sometiendo de la controversia ante un órgano jurisdiccional internacional- y que no generan un clima de confianza y seguridad jurídica para las inversiones.

En el ámbito de la inversión de los capitales extranjeros existen hoy en día sistemas más ágiles y eficaces de protección que la propia protección diplomática, como son por una parte, un sistema de seguros públicos, frente a los riesgos no comerciales y por otra el establecimiento de procedimientos de solución de controversias que permiten a los particulares recurrir directamente a un órgano arbitral internacional.

---

<sup>1</sup> En el "Asunto Barcelona Traction Light and Power Company" el legislador interno puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus nacionales en el extranjero. Puede igualmente conceder a sus nacionales el derecho de que esta obligación sea respetada y revestir ese derecho con las correspondientes sanciones. Sin embargo todas estas cuestiones pertenecen al ámbito del Derecho interno y no modifican la situación sobre el plano internacional". C.I.J. Recueil, 1970, p. 3.



Tradicionalmente el derecho internacional clásico se caracterizaba por el análisis de las relaciones entre estados y su reparto de competencias, por tanto se consideraban sujetos del derecho internacional solo a las entidades creadas o destinatarias de las normas jurídicas internacionales y que poseen legitimidad activa para reclamar por el incumplimiento de tales normas así como legitimidad pasiva para responder internacionalmente por el incumplimiento de obligaciones internacionales, quedando el individuo excluido del ámbito de la subjetividad jurídico internacional por estar sujeto al ordenamiento interno del Estado de su nacionalidad. De este modo tradicionalmente el sistema jurídico internacional no hacía referencia al individuo sino por medio del Estado y por la posesión de las relaciones interestatales<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Eventualmente los individuos participaban en los asuntos internacionales ya sea como beneficiarios de los tratados de comercio y navegación y de las convenciones respecto al trato a extranjeros, o como "puntos de referencia" de los



0000334

La evolución del Derecho internacional y la ampliación de sujetos de derecho internacional pasamos de las dos grandes categorías de sujetos -Estados y Organizaciones Internacionales- a un conjunto de entidades que son el resultado de la expresión del movimiento de la sociedad internacional y de su ordenamiento jurídico<sup>3</sup>. Otro factor determinante es el "proceso de humanización" del ordenamiento internacional que siempre ha estado presente, empoderando

---

poderes estatales lo cual es ejemplificado por la costumbre estatal de brindar protección diplomática o incluso protección judicial a sus nacionales afectados por un Estado Extranjero. Por tanto estamos ante la protección diplomática es una manifestación de la subjetividad jurídica internacional del Estado Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pp. 236 y ss.

<sup>3</sup> El derecho internacional asiste a un proceso, quizá irreversible, de humanización de la sociedad internacional, mediante la incorporación de nuevas categorías de sujetos como las organizaciones internacionales, ONG, los beligerantes y los Gobiernos en el exilio entes de carácter transitorio y dos casos peculiares Santa Sede y el Estado Vaticano y la Soberana Orden de Malta. Rodríguez Carrión, A.J., *Lecciones de Derecho Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pp 139 y ss.



0000335

48

al individuo que ha ido ganando espacio en el ordenamiento internacional, lo que da como resultado un conjunto de normas internacionales de carácter convencional que otorgan subjetividad jurídico internacional a los individuos, rompiendo con la tendencia del derecho internacional clásico que considera al individuo como objeto del Derecho internacional.

Este proceso de humanización y la correspondiente ampliación de los sujetos de derecho internacional, se ve impulsado también por la globalización económica de la sociedad internacional actual, cuyas características dan como resultado, un individuo con mayor fuerza en el ámbito del comercio internacional, sin embargo ese ascenso en las relaciones económicas internacionales, fuera de los límites de los Estados, no lleva aparejada una independencia en el contexto de la relaciones jurídicas internacionales, aspecto que genera inseguridad jurídica para los inversores extranjeros y que en



0000336

el marco de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones APPRIS o Tratados Bilaterales de Inversión<sup>4</sup> se pretende superar y crear un mecanismo de solución de controversias, para que el inversor pueda demandar directamente al Estado receptor de inversión, ante un órgano jurisdiccional de carácter internacional. Esta es, precisamente, la principal aportación de los APPRIS, todos ellos prevén la posibilidad de que los inversores sometan directamente sus controversias con el Estado receptor de la inversión al arbitraje internacional, incluido normalmente el arbitraje del CIADI.

Actualmente ya no es posible poner en duda la subjetividad jurídica internacional del individuo a

---

<sup>4</sup> La evolución y dinámica de la inversión extranjera directa han sido consideradas como dos de los fenómenos más relevantes del proceso de globalización mundial, en particular, por su significativo crecimiento en la década de los noventa y su incidencia en el desarrollo de las economías nacionales y regionales. Fernández Rozas, J.C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Editorial Civitas. Madrid, 2010.



pesar de que no ha sido siempre plenamente reconocida -un sector doctrinal sostiene que solo es receptor de leyes internacionales- y registre una mayor evolución en el ámbito de las normas internacionales que protegen ámbitos específicos - como el de los derechos humanos y libertades fundamentales, derecho humanitario bélico y derecho Internacional Penal- pero las transformaciones y necesidades de la comunidad internacional han contribuido para que el Derecho Internacional sea más receptivo a la hora de considerar la subjetividad internacional del individuo. En este orden de ideas intentaremos dar respuesta a las siguientes preguntas ¿Tiene el individuo subjetividad jurídica en el Derecho internacional, y por tanto es titular de derechos? ¿Puede obrar jurídicamente en el plano internacional, tiene capacidad de actuar o responder frente a actos ilícitos? Empezaremos nuestro análisis con la evolución de la subjetividad internacional de los sujetos del Derecho internacional y posteriormente nos



0000338

ocuparemos del marco jurídico de los Tratados Bilaterales de inversión para constatar los avances que en materia de subjetividad ha alcanzado el inversor extranjero.



12 48

---

## 2

### **Presupuestos teóricos de la subjetividad jurídica internacional**

#### **2.1 Teoría jurídica y tendencias del Derecho internacional público**

Las transformaciones experimentadas en las últimas décadas por el Derecho Internacional han dado lugar a la creación de condiciones más favorables para el reconocimiento de una cierta subjetividad internacional del individuo. En efecto el Derecho Internacional contemporáneo, aún anclado fundamentalmente en una estructura interestatal está inmerso en un proceso de humanización y socialización en consecuencia ha ido incorporado a sus funciones relacionales y competenciales la función del desarrollo integral de los individuos y pueblos mediante la



0000340

cooperación y en muchos aspectos este proceso se encuentra fuertemente institucionalizado.

Entre las teorías que niegan la subjetividad jurídica internacional del individuo en el período del Derecho internacional clásico destacamos la Teoría del Positivismo clásico que considera al Estado como único sujeto de Derecho internacional<sup>5</sup>, en consecuencia este ordenamiento se centraba en regular las relaciones entre Estados y la distribución de competencias entre ellos. Según esta perspectiva doctrinal los individuos eran solo objetos del derecho internacional y como parte integrante de la población del Estado están sometidos a su ordenamiento interno. Postura doctrinal que fue

<sup>5</sup> La consagración jurídica-internacional del Estado como única forma de organización político-territorial con derechos internacionales reconocidos se plasma en el artículo 2.1 de la Carta de Naciones Unidas y la afirmación de los principios de la igualdad jurídica de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos en el artículo 2.7 de la misma.



apoyada por la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional<sup>6</sup>.

A pesar de esta posición reduccionista dominante, existieron en el Derecho internacional clásico, algunos autores que reconocían cierta subjetividad jurídica internacional del individuo<sup>7</sup> y que se fundamentaban en la existencia de normas internacionales convencionales que

---

<sup>6</sup> La CPJI reiteró en el asunto LOTUS (1927): "puesto que el Derecho internacional (*Law of Nations*) es un derecho única y exclusivamente entre Estados, única y exclusivamente los Estados pueden ser sujetos del Derecho internacional"

<sup>7</sup> En el Derecho Internacional clásico existían normas que se preocupaban de la suerte y del bienestar de los individuos y en este sentido pueden citarse, además de las relativas al trato de los extranjeros en general, las referentes a la protección de la persona humana contra prácticas como la esclavitud, trata de blancas y otras y en consecuencia la titularidad efectiva de derechos y obligaciones internacionales por tanto junto a los Estados se reconocían a otras entidades Como la Santa Sede y los grupos rebeldes con estatuto de beligerancia. Sobre el particular. Cfr. Barberis, J., *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 97 y ss.



0000342

Nº 48

otorgan protección a los individuos contra prácticas como la esclavitud.

La Doctrina dualista que sigue la misma línea que había caracterizado al Derecho Internacional clásico, parte de la estricta separación entre el Derecho internacional y el Derecho interno estatal y que por tanto aísla a los individuos de la regulación del Derecho Internacional. Así solo cuando el Derecho internacional pasa a ser parte del ordenamiento interno de los Estados, aquel podía ser invocado por los individuos.

Según Pastor Ridruejo<sup>8</sup> *“...con estas posturas y la inexistencia de normas establecidas por el Derecho internacional que determinen cuáles son sus sujetos ni qué requisitos deben reunir para ser considerados sujetos de este ordenamiento se debe recurrir a la jurisprudencia para inferir la evolución del Derecho*

<sup>8</sup> Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público...*, op. cit., pp, 90 y ss.



12 - 48

*internacional*". Sin embargo la evolución del ordenamiento internacional supera la visión estatocéntrica de la comunidad internacional y reconoce la existencia de nuevos sujetos como las Organizaciones internacionales con personalidad jurídica internacional objetiva.

Hay un precedente de obligada referencia, producto de los acontecimientos históricos que vivió la Comunidad internacional<sup>9</sup>, y que se plasmo en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia. Este tribunal dictó dos actos jurídicos internacionales fundamentales a la hora de establecer un cambio a favor de la subjetividad jurídica internacional en general y de la subjetividad jurídica internacional del individuo:

---

<sup>9</sup> Se distinguen cuatro grandes etapas en la evolución de la Comunidad Internacional 1.- Desde la Paz de Westphalia hasta el fin de la primera guerra mundial; 2) Desde el fin de la primera guerra mundial hasta el fin de la segunda guerra mundial; 3) Desde la Carta de la Organización de Naciones Unidas hasta el fin de la guerra fría; y 4) Desde el fin de la guerra fría hasta el presente.



0000344

12 48

1.- El Tribunal militar de Núremberg<sup>10</sup> creado para juzgar los crímenes internacionales cometidos en la Segunda guerra mundial. Se desarrolló un proceso judicial en el que se reconoce subjetividad jurídica internacional a los individuos<sup>11</sup>, haciéndose efectiva por tanto la protección directa de los derechos humanos y la posibilidad de ser sancionado como resultado de la responsabilidad internacional derivada de una violación grave de una obligación internacional.

Las resoluciones de este tribunal constituyen un punto de inflexión frente a la postura positivista clásica que defiende entre sus presupuestos que el Derecho Internacional es solo aplicable a los

<sup>10</sup> Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Francia y otros vs. Goering y otros, sentencia de 30 de septiembre de 1946.

<sup>11</sup> El Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Núremberg en su art. 60 establece que este tribunal se encargará de juzgar penalmente a los más serios responsables de los crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión acaecidos en la Segunda Guerra mundial, pero no contiene disposiciones sobre participación de las víctimas en los respectivos procesos penales internacionales.



Estados además determina la culpabilidad de los individuos por crímenes tipificados según el Derecho internacional y son sancionados de acuerdo con su capacidad personal.

2.- Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la reparación de daños sufridos al Servicio de la Organización de Naciones Unidas de 11 de abril de 1949<sup>12</sup>. La

---

<sup>12</sup> La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 11 de abril de 1949, sobre la *reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*. El Conde Folke Bernadotte, mediador de la ONU en Palestina, fue asesinado en Jerusalén por terroristas judíos. La ONU debió pagar las indemnizaciones y gastos correspondientes pero, no obstante ello, planteó la cuestión de si tenía la *capacidad* como organismo internacional para reclamar la reparación en su nombre y en el de los causahabientes al Gobierno responsable del daño. La Corte se expidió así sobre la *capacidad de obrar* de las Organizaciones Internacionales. En opinión del más Alto Tribunal, para cumplir con los objetivos que motivaron su fundación, la ONU debía tener una "amplia" y reconocida personalidad internacional y la correspondiente capacidad de obrar: "Se debe admitir que sus miembros, al asignarle ciertas funciones, con los deberes y responsabilidades que les acompañan, la han revestido de la competencia necesaria para cumplir efectivamente sus funciones". Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público...*, op. cit., pp. 90 y ss.



0000046

cuestión que se plantea es si la ONU tiene capacidad para exigir responsabilidad internacional derivada de actos ilícitos lo que implicaría reconocer que la Organización de Naciones Unidas posee subjetividad jurídica internacional.

Esta opinión consultiva recoge la percepción de la existencia de sujetos de derecho internacional distintos al Estado como consecuencia de la evolución de la realidad de la comunidad internacional<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> En consecuencia, la Corte llega a la conclusión de que la Organización es una persona internacional: "Esto no equivale a decir que la Organización sea un Estado, lo que ciertamente no es, o que su personalidad jurídica, sus derechos o deberes sean los mismos que los de un Estado, cualquiera que sea el sentido de esta expresión. Ni siquiera implica ello que todos los derechos y deberes de la Organización deban encontrarse en el terreno internacional, de la misma manera que no todos los derechos y deberes de los Estados deben encontrarse en él. Esto significa que la Organización es un sujeto de derecho internacional, que tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes internacionales y que tiene capacidad para prevalerse de estos derechos por vía de reclamación internacional" CIJ, Recueil, 1949, p.178.



0000347

El Tribunal Internacional de Justicia sostiene que "en cualquier ordenamiento jurídico y más en el internacional, los sujetos no tienen necesariamente que ser iguales en cuanto a su naturaleza o extensión de sus derechos. Puede haber una multiplicidad de sujetos y que no tienen por qué ser iguales: por naturaleza o extensión: la Organización de Naciones Unidas posee subjetividad jurídica internacional". Según Diez de Velasco<sup>14</sup>, en consonancia con lo expuesto por el Tribunal afirma que "...las Organizaciones Internacionales gozan de personalidad jurídica, esto es, de la capacidad de ejercer ciertos derechos y asumir determinadas obligaciones en el marco de sistemas jurídicos concretos: nacional e internacional." Se abre por tanto la posibilidad de reconocer la personalidad jurídica de nuevas entidades diferentes al Estado.

<sup>14</sup> Manuel Diez de Velasco; *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1994.



Ahora bien, a diferencia de los Estados - sujetos soberanos y jurídicamente iguales que poseen una personalidad jurídica plena y general- la personalidad de las Organizaciones Internacionales se ve afectada por el *principio de especialidad* que "inspira" y "determina" todo su régimen jurídico en otras palabras, la existencia de estas organizaciones va a estar "limitada" a los objetivos y funciones que les fueron confiados, tal como aparecen enunciados y descriptos, o que puedan deducirse, de los tratados constitutivos.

A pesar de no definirse en la Opinión consultiva las entidades que pueden ser sujetos del derecho internacional, sí se hace referencia a la responsabilidad internacional del individuo de manera paralela a la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito de la subjetividad jurídico internacional. Contradiendo por tanto las teorías que consideran a los individuos como meros objetos del ordenamiento internacional, así como otros postulados del



positivismo clásico, debido al reconocimiento de la existencia de otras entidades y la progresiva concesión de subjetividad jurídica internacional al individuo -aunque limitada a determinados ámbitos del derecho internacional- y que es consecuencia de la emancipación de los individuos de la tutela exclusiva de sus Estados.

## **2.2. Subjetividad internacional del individuo en el ámbito de los derechos humanos**

Es durante el transcurso del siglo XIX al siglo XX<sup>15</sup> cuando el individuo ve consolidada su

---

<sup>15</sup> Se han producido o se están produciendo tres importantes procesos de cambio, en el ordenamiento jurídico internacional que están transformando los actores, estructuras y dinámicas de la sociedad internacional: a) Desde una sociedad internacional en la que los Estados eran los actores y sujetos casi exclusivos hasta una sociedad en la que los actores transnacionales, subestatales e individuos han pasado a tener un protagonismo creciente y decisivo. b) Desde una sociedad internacional en la que las relaciones no tenían alcance planetario y estaban condicionadas por el espacio y el tiempo hasta una sociedad mundial y global, caracterizada por la instantaneidad y la ubicuidad. c) Desde una sociedad internacional en la que el sistema políticodiplomático era bipolar hasta una sociedad cuyo sistema políticodiplomático es unimultipolar, multipolar o apolar. El resultado es una



plena capacidad procesal en la reclamación de sus derechos ante instancias internacionales, aspecto que se ha ido desarrollando por lo dispuesto en normas convencionales, pioneras en expresar su preocupación internacional por la suerte de los seres humanos en conflictos armados y que reconocen al individuo como beneficiario de las obligaciones convencionales estatales es el caso del Derecho Internacional de los derechos humanos o el Derecho internacional humanitario<sup>16</sup>.

En esta afirmación de la subjetividad internacional del individuo ha contribuido el desarrollo de áreas específicas del Derecho internacional, en las que el individuo – que pasa

---

sociedad internacional *postwestfaliana*, con cambios radicales a nivel de actores, conflictos, formas de ejercer y distribuirse el poder, amenazas a la seguridad, etc. Y que definitivamente influyen en la evolución del ordenamiento jurídico internacional.

<sup>16</sup> La Convención de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos de campaña de 22 de agosto de 1864; La Convención de La Haya de 29 de julio de 1899 y su reglamento.



12 48

a ser el protagonista- es titular de un conjunto de derechos que le son atribuidos directamente por el Derecho internacional general y por tanto es propio ordenamiento jurídico internacional el que da al individuo subjetividad y para ello ha contribuido el desarrollo de áreas como Derecho Penal Internacional<sup>17</sup>, Derecho internacional de los derechos humanos<sup>18</sup> y el Derecho internacional humanitario<sup>19</sup> por lo que los Estados dejan de ser una instancia suprema para sus

---

<sup>17</sup> En el ámbito del Derecho Penal Internacional se desarrolla la dimensión pasiva de la subjetividad jurídica internacional los individuos pueden ser procesados y sancionados ante cortes nacionales de cualquier Estado como consecuencia de la responsabilidad internacional individual o ante una jurisdicción penal internacional con competencia sobre los crímenes respectivos.

<sup>18</sup> La primera mitad del siglo XX ofreció un escaso desarrollo respecto a la protección de los derechos humanos; en todo caso el desarrollo se produjo en parcelas específicas (protección al trabajador de la Organización Internacional de Trabajadores), protección a los refugiados, y minorías nacionales.

<sup>19</sup> En la que los individuos son verdaderos sujetos de derecho internacional según se desprende de los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949.

0000052



súbditos en materia tan importante como los derechos fundamentales del individuo. Se pone de manifiesto un cierto declive de los Estados, que en la opinión de Carrillo Salcedo: *"... son demasiados grandes respecto a muchos problemas de la vida cotidiana y demasiados pequeños, paradójicamente, con relación a las grandes cuestiones globales que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto..."*.

Con este cambio en la concepción y la ampliación de la subjetividad internacional no solamente por la aparición de nuevos sujetos de derecho internacional sino con el otorgamiento de una cierta subjetividad al individuo-que hasta ese momento había sido excluido de la regulación por parte del Derecho internacional- hace que este ordenamiento reafirme su conexión originaria con el Derecho de gentes<sup>20</sup> debido a que siempre

---

<sup>20</sup> En el marco de humanización del Derecho de Gentes, corresponde en nuestros días al individuo un pequeño grado de "personalidad" internacional, al tener en determinados supuestos *legitimación activa* ante instituciones internacionales para reclamar por la violación



12 43

estuvo presente la idea de protección de los bienes fundamentales humanos, protección que es un postulado de convivencia en la comunidad internacional<sup>21</sup>.

En la actualidad se perfila la necesidad de garantizar internacionalmente y de forma permanente determinados valores humanos frente a los poderes estatales que pueden volverse arbitrarios y opresores. Como ha

---

de sus derechos, y al poseer también en casos muy limitados *legitimación pasiva* para responder directamente por las consecuencias de la violación del Derecho Internacional.

<sup>21</sup> Según Barboza: "Al crecer la magnitud del papel comunitario crece también, aunque pueda parecer paradójal, la importancia del individuo. Las entidades intermedias entre individuos y comunidad, que son los Estados, en cierta medida ven su propia esfera de acción limitada y encogida. Y si bien se mira, podrá advertirse que siempre que aparece el individuo en el derecho de gentes lo hace en función de algún interés comunitario y también generalmente en detrimento de alguna competencia estatal". Barboza, J., "Individuo, comunidad y derecho internacional", en *Jurisprudencia Argentina*, Año XXIX, 1967-I del 15/2/1967, p. 6.



0000354

señalado Salcedo Carrillo<sup>22</sup> *"esta situación de cambio es atribuible a tres fenómenos que se interrelacionan un proceso de institucionalización, socialización y humanización..."*. Este fenómeno de humanización que destaca Carrillo tiene su consolidación histórica en la Segunda Guerra mundial y posteriormente con la guerra fría<sup>23</sup> generando una postura de promover una verdadera protección de los derechos fundamentales de los individuos, en

---

<sup>22</sup> La progresiva consideración de los seres humanos como actores y sujetos jurídico-internacionales de la sociedad internacional. Supone romper con la lógica westfaliana que establece el carácter soberano del Estado y la exclusividad de sus competencias sobre su población, la superación del carácter exclusivamente estatocéntrico y marcadamente deshumanizado que tradicionalmente ha tenido la sociedad internacional.

<sup>23</sup> El final de la Guerra Fría ha traído consigo un nuevo consenso internacional, en torno a la democracia, los derechos humanos y la economía de mercado. Con ello se ha introducido en las relaciones internacionales un nuevo orden y unos valores en cuya defensa se justifican diferentes formas de injerencia humanitaria, quebrándose el principio de la no intervención en los asuntos internos de los Estados. Lo que distingue ese consenso de otros existentes anteriormente son algunos de los valores en los que descansa, como la democracia y los derechos humanos, que por primera vez rigen a nivel internacional.



12 - 48

consecuencia se empezó a discutir sobre la noción de "crímenes del derecho internacional"<sup>24</sup>, que condujo a la responsabilidad internacional del individuo por la realización de aquellos.

Con posterioridad aparecieron una serie de instrumentos internacionales de naturaleza universal o regional, que reconocen derechos a

---

<sup>24</sup> La evolución vertiginosa que ha sufrido la figura delictiva de los crímenes de lesa humanidad desde su primera concepción legal en 1948 en la Carta de Londres hasta su definición en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha supuesto que las conductas delictivas consideradas como constitutivas de este tipo de crímenes hayan ido ampliándose y concretándose. Sin embargo, persiste un problema principal: no existe una convención específica dedicada a su definición, sino diversos instrumentos internacionales y nacionales, más toda una amplia jurisprudencia dedicada a la concreción de sus elementos, que dificultan una definición unitaria de los mismos. La responsabilidad penal internacional del individuo es generada como consecuencia de la comisión de conductas que atentan contra valores o intereses superiores amparados y protegidos por la Comunidad Internacional, entre esos valores esta el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y el respeto de la persona ocupan un posición privilegiada Carrillo Salcedo, J.A.: *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.



0000356

favor de los individuos, elevando el respeto de los derechos humanos al rango de principio constitucional del orden internacional contemporáneo. En palabras de Nikken " *en lo estrictamente jurídico puede constatarse el establecimiento de un conjunto de reglas e instituciones de Derecho Internacional con fisonomía propia y novedosa, y con un propósito definido, que se vincula con el interés del ser humano más que con el de los Estados*".

Entre los convenios internacionales que otorgan derechos a los individuos destacamos especialmente:

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas<sup>25</sup> que ha sido completada por los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales de 1966

---

<sup>25</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948 por resolución de la Asamblea general 217 (III) de N.U.

0000357



aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, faculta a los individuos que se consideren perjudicados por una violación de alguno de los derechos enunciados en el Pacto a presentar una comunicación escrita al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Este derecho de petición se resuelve mediante un traslado por parte del mencionado Comité al Estado objeto de la acusación, el que presentará sus observaciones al respecto. El reconocimiento implícito de la existencia de derechos inalienables tiene su concreción en el propio Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 en su artículo 60.5<sup>26</sup>, en virtud de esta disposición queda sin efecto el principio *inadimplenti non est*

---

<sup>26</sup> Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados de, 23 de mayo de 1969 artículo 60.5 "Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados."



000053

*adimplendum* en relación con aquellos tratados que tienden a salvaguardar directamente los intereses individuales evitando posibles represalias contra los particulares protegidos por el Convenio. En efecto las normas internacionales que tienden a salvaguardar de manera absoluta intereses individuales deben garantizar, como consecuencia de la inherente naturaleza de su objeto, que esa particular protección no quede a disposición de los Estados, que tienen una obligación general de protección y respeto de tales derechos ante la comunidad internacional en su conjunto. Estas obligaciones son erga omnes y están insertas en el derecho internacional general contemporáneo

La Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales de 1950<sup>27</sup>. Este

---

<sup>27</sup> Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Enmendado por los Protocolos adicionales números 3,5,8,11, y 14 de mayo de 1963, 20 de enero de 1966, 19 de marzo de 1985, 28 de noviembre de 1996 y 13 de mayo de 2004 respectivamente.



instrumento internacional permite al individuo presentar ante la Comisión Europea de Derechos Humanos reclamaciones contra Estados partes del CEDH que hubieran aceptado la competencia facultativa de dicho órgano es de vital importancia destacar Protocolo Núm. 9 que legitimó el acceso directo de los individuos al TEDH aunque previo trámite ante la Comisión Europea, lo que asegura el acceso directo de los individuos a una instancia internacional de derechos humanos<sup>28</sup>. Es por tanto un Convenio que da lugar a un sistema regional de protección de derechos humanos cuyo ámbito genera una plena subjetividad internacional del individuo (*ius standi*) y otorga al individuo y los Estados el mismo tratamiento asegurando la capacidad jurídico procesal de los individuos.

---

<sup>28</sup> El acceso directo de los individuos al TEDH se consolidó con la entrada en vigor del protocolo núm. 11 al CEDH, que entró en vigor el 10 de noviembre de 1998.



0000560

Sistema Interamericano de protección de derechos humanos: Los individuos pueden presentar denuncias ante la CIDH, por violación de derechos humanos en contra de un Estado miembro de la Organización de Estados Americanos ( OEA) no siendo necesario que el peticionario sea la víctima a diferencia del sistema europeo. Sin embargo ninguno de los tres Reglamentos de la CIDH<sup>29</sup> identificó quienes eran las partes en el procedimiento limitándose a señalar que por la expresión " partes en el caso " se debía entender las partes en un caso ante la CIDH ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por tanto no es hasta el cuarto Reglamento el que reconoce al individuo demandante, de modo indudable y por primera vez en la historia de sistema interamericano, como sujeto de derecho internacional de los

---

<sup>29</sup> El avance más significativo del tercer reglamento de la CIDH fue otorgar a los representantes de las víctimas o de sus familiares, la facultad de presentar, de forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en las en la etapa de reparaciones.



0000361

12 - 48 -

derechos humanos con capacidad jurídico procesal y deja de ser un simple observador del proceso, constituyéndose en parte procesal y material del mismo ( plena locus standi in iudicio) viendo por tanto fortalecido su amplia legitimación procesal, sin embargo dicha legitimación es imperfecta en tanto que no le confiere una acción directa ( ius standi) ante la Corte DH. En esta línea si bien el Reglamento presenta importantes innovaciones es necesaria la creación de un mecanismo más sólido con el fin de consagrar la capacidad autónoma y sin intermediarios del individuo para plantear de manera directa una demanda.

Por otra parte se crearon instrumentos normativos que establecen obligaciones para los individuos entre los que destacamos: La Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio de 1948, Los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 relativas al Derecho Internacional Humanitario o; El



0000362

Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984.

Estos instrumentos normativos convencionales internacionales, motivados por las circunstancias históricas de las cuales no pueden desprenderse, nos ilustran las transformaciones que por este periodo ha recibido el Derecho Internacional y que en voz de esa "humanización del derecho de gente"<sup>30</sup> han originado un reconocimiento de cierto grado de subjetividad jurídica internacional del individuo, en virtud de las distintas

<sup>30</sup> Algunas expresiones de la humanización de la sociedad internacional 1. Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, a partir de la segunda mitad del siglo XIX. 2. Afirmación y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a partir de la Carta de las Naciones Unidas (1945). Este proceso se acentúa y adquiere especial relevancia práctica a partir del final de la Guerra Fría. 3. Consagración de la idea de humanidad y de la noción de bienes comunes de la humanidad. 4. Desarrollo del derecho de asistencia humanitaria, tanto en los conflictos armados como en los casos de desastres. Protagonismo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 5. Desarrollo del concepto de seguridad humana, que incluye los derechos humanos y la seguridad democrática. 6. Afirmación de la condicionalidad política (democracia y derechos humanos). 7. Afirmación de la responsabilidad penal individual de la persona en el ámbito de la justicia internacional,



0000363

12 - 48

obligaciones y derechos que directa o indirectamente le son reconocidas, atribuyendo al individuo una cierta subjetividad jurídica internacional pero que es todavía limitada y varía en función del contenido de cada uno de los instrumentos mediante los cuales se reconoce, pero que siempre dotan de cierta capacidad de obrar, facultades, derechos subjetivos, que en su realización materializan, la subjetividad jurídica internacional del individuo. Según Barboza *"Al crecer la magnitud del papel comunitario crece también, aunque pueda parecer paradoja, la importancia del individuo. Las entidades intermedias entre individuos y comunidad, que son los Estados, en cierta medida ven su propia esfera de acción limitada y encogida. Y si bien se mira, podrá advertirse que siempre que aparece el individuo en el derecho de gentes lo hace en función de algún interés comunitario y también generalmente en detrimento de alguna competencia estatal"*. Postura apoyada por



0000064

Pastor Ridruejo<sup>31</sup> "...la subjetividad jurídica internacional de los particulares, personas físicas o jurídicas que aunque en situaciones específicas, poseen subjetividad jurídica".

---

<sup>31</sup> Pastor Ridruejo, J.A., op. cit., nota 2, p.187.



0000365

---

**3**

**Subjetividad jurídica  
Internacional**

**3.1. Legitimación activa y pasiva: titularidad  
efectiva de derechos en el ámbito  
internacional**

Si un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito en perjuicio de un extranjero, persona física o jurídica, esa situación no habilita al perjudicado para entablar una reclamación en el plano internacional contra el Estado infractor. En este sentido, el particular no puede dirigir una *reclamación directa* en la esfera internacional contra el Estado autor del hecho ilícito ni puede llevarlo ante una jurisdicción u otro órgano internacional. Es muy significativo al respecto lo dispuesto en el artículo 34 del Estatuto del Tribunal de La Haya según el cual *solo los*



0000065

*Estados pueden ser partes* en los casos en que entienda dicho Tribunal.

La subjetividad jurídica internacional del individuo supone el análisis de dos dimensiones de la capacidad de actuar del individuo en el ámbito de la responsabilidad internacional:

Dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional: El individuo pueda reclamar ante instancias internacionales por la violación de determinados derechos y sin la intermediación de otras entidades<sup>32</sup> que en el ámbito de los derechos humanos -como hemos analizado- ha experimentado los mayores progresos<sup>33</sup> y;

<sup>32</sup> La Convención XII de la Segunda Conferencia de la Paz de la Haya de 18 de octubre de 1907 que creó un Tribunal Internacional de Presos para admitir las reclamaciones de ciertos individuos con nacionalidad de un Estado beligerante neutral aunque nunca entró en vigor o la Corte de Justicia Centroamericana.

<sup>33</sup> El Convenio Europeo para la protección de los derechos y libertades fundamentales de 1950 reconoce expresamente la capacidad del individuo para presentar demandas contra los Estados por la violación del algún derecho reconocido por la Convención que permite al



Dimensión pasiva de la subjetividad jurídica internacional: Es la capacidad de ser responsable penal por las violaciones del ordenamiento internacional<sup>34</sup> se trata de aspectos penales de la legislación internacional que consiste en la institucionalización por convenio o por costumbre de un orden internacional por la comisión de conductas que atentan contra valores o intereses superiores amparados y protegidos por la Comunidad Internacional<sup>35</sup>.

---

individuo presentar ante la Comisión Europea de Derechos humanos (CEDH) reclamaciones contra los Estados partes del mismo que previamente hayan reconocido la competencia facultativa de dicho órgano.

<sup>34</sup> La Corte Penal Internacional para exigir responsabilidad internacional del individuo por crímenes del derecho internacional en casos de crímenes de genocidio y de lesa humanidad aunque no son los individuos los que pueden activar un proceso ante la Corte careciendo de legitimación activa.

<sup>35</sup> Existen distintas posiciones doctrinales sobre las conductas que generan responsabilidad penal internacional de los actores sin embargo existe un claro consenso en considerar como Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (crímenes de guerra, genocidio, agresión)



Esta capacidad de actuar tanto activa como pasiva que según Diez de Velasco<sup>36</sup> está fundamentada en la realidad de que el individuo, no puede ser reconocido en el estado actual de la evolución de la sociedad y del orden internacional, como sujeto pleno del Derecho Internacional General, si bien en el Derecho Internacional particular de determinadas Organizaciones internacionales, es donde se definen y crean derechos y obligaciones que permitan sostener la idea de la subjetividad internacional del individuo en sentido amplio.

---

<sup>36</sup> Según Diez de Velasco una "Organización Internacional es *toda asociación de Estados que adopte una estructura orgánica permanente*". Estas asociaciones se ven identificadas por cuatro rasgos esenciales: Conformadas esencialmente por Estados; Creadas por un tratado o acuerdo multilateral, o bien por una resolución de una organización internacional ya existente, como sucedió con la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y desarrollo) originada en la Res. 1995 (XIX) de la Asamblea General de la ONU; Posesión de una estructura orgánica permanente y una personalidad jurídica propia.



0000363

En consecuencia, la consolidación de la subjetividad del individuo depende de la influencia que pueda tener el Derecho de estas Organizaciones Internacionales, en la evolución del Derecho Internacional en General. Así en el ámbito del Derecho interno de las Organizaciones Internacionales existen normas que regulan las relaciones entre estas y sus funcionarios, normas que son invocadas por las personas ante órganos jurisdiccionales específicos de la organización. Tal es el caso del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, órgano judicial competente para conocer en los litigios de la Organización y sus funcionarios<sup>37</sup> quienes pueden demandar a la respectiva Organización

---

<sup>37</sup> Se reconoce personalidad jurídica a la ONU, imprescindible para que cumpla sus funciones reuniendo las cuatro capacidades exigidas por el ordenamiento internacional-capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones, participar en la creación de normas internacionales, reclamar frente a otros sujetos del Derecho Internacional y capacidad para crear otros sujetos de derecho internacional- a pesar de ser su personalidad jurídica derivada puesto a que deben su existencia a la voluntad de los Estados. Rodríguez Carrión, A.J. Pag. 117 ss.



internacional. Esto no es contraproducente con el hecho de que en la actualidad, y en virtud de ese Derecho Internacional particular, al individuo tengo reconocido la titularidad de ciertos derechos y obligaciones internacionales y excepcionalmente, una cierta capacidad para hacer valer esos derechos ante órganos internacionales.

Es notable que todo este proceso de institucionalización, humanización y socialización del Derecho Internacional, tiene como punto de partida, el carácter personalista de las normas internacionales, que con excepción de las normas de carácter administrativo, tienen como finalidad, beneficiar directa o indirectamente al ser humano. En este sentido Charles Visscher<sup>38</sup> ha distinguido perfectamente ambas perspectivas al propósito de la subjetividad internacional del individuo, al decir: "*La concepción personalista no implica [...]*"

---

<sup>38</sup> Visscher, Ch., *Teorías y realidades del derecho internacional público*. pp. 65 ss.



0000371

*la adhesión actual a las doctrinas que tienden a hacer del individuo un sujeto directo del orden internacional. Es esta una situación enteramente contingente, depende del grado de eficacia que podría revestir la acción del individuo, aislada de la del Estado y este es un punto sobre el que no conviene hacerse demasiadas ilusiones...*".

La negación de subjetividad a entes diferentes al Estado era la postura predominante todavía en 1927, cuando la Corte Permanente de Justicia, en su sentencia sobre el asunto "Lotus" (Francia vs. Turquía) afirmaba que: "... el Derecho Internacional rige las relaciones entre Estados independientes [...] las reglas jurídicas que obligan a los Estados proceden de la voluntad de estos, voluntad manifestada en los Tratados o en los usos generalmente aceptados como principios de Derecho...". Es un respaldo al afianzamiento del Estado como sujeto único del Derecho Internacional Público, fue dado por las teorías de la relación entre el Derecho Internacional y el



Derecho Interno de los Estados, principalmente la Teoría Dualista<sup>39</sup>. Esta posición defendida y que servía de base para dejar a un lado al individuo de la regulación del derecho internacional fue admitiendo ciertas excepciones en la dogmática teórica, la aparición en el siglo XIX de estructuras internacionales que dieron origen a las organizaciones internacionales actuales y otras entidades poniendo en evidencia el reduccionismo de la construcción teórica dualista,

---

<sup>39</sup> La teoría dualista fue formulada por el profesor alemán Carl Heinrich Triepel y establece que: "el Derecho Interno y el Derecho Internacional son dos ordenamientos jurídicos absolutamente distintos, por que proceden de fuentes diferentes y tienen distintos destinatarios, pues en el derecho interno procede de la voluntad unilateral del estado, rigiendo las relaciones entre los individuos o entre estos y el Estado, mientras que el Derecho Internacional emana de la voluntad común de varios Estados, regulando por lo tanto las relaciones entre los estados". Ahora bien, para que una norma de Derecho Internacional coligue a los individuos esta tiene que transformarse en una norma Interno, y como consecuencia, por originarse sus normas y por depender su validez de la voluntad de los Estados, prácticamente el Derecho Interno debía primar sobre el Derecho Internacional. Por ejemplo un tratado es obligatorio solamente cuando los Estados signatarios lo ratifican., al separar ambos ordenamientos y consagrar al estado como único sujeto del Derecho Internacional.



que ha sido superada por las diferentes cartas constitucionales de los Estados; incluso la jurisprudencia internacional admite que un tratado pueda crear directamente derechos y obligaciones para los particulares si tal es la *intención* de los Estados partes.

De ahí que hoy se reconozca, junto con la personalidad internacional del Estado, la de las Organizaciones Internacionales, y que en ciertos supuestos se hable con fundamento de la personalidad internacional de los particulares, personas físicas o jurídicas<sup>40</sup>.

### **3.2. Concepto jurídico y técnico: subjetividad versus capacidad jurídica**

En lo que se refiere al concepto jurídico y técnico de sujeto de derecho internacional, este se encuentra relacionado con la tradicional Teoría de la Subjetividad Jurídica. Así según Soerencen, es sujeto del Derecho Internacional

---

<sup>40</sup> CPJI, Serie B, n° 15, p. 17-18.

0000374



Público "quien sufre directamente responsabilidad por una conducta incompatible con la norma cuando la infringe y aquel que tiene legitimación directa para reclamar contra toda violación de la norma". Según este autor, es necesaria una legitimación activa para reclamar por incumplimiento del Derecho, o una responsabilidad pasiva para responder por tal incumplimiento, lo que nos muestra una categoría técnica con un acentuado carácter procesal. Pero se ha constatado también que no todos los entes beneficiados por una norma, o todos a los que una norma imponga una conducta, son sujetos del Derecho Internacional.

Por otra parte, Carrillo Salcedo,<sup>41</sup> define como sujetos del Derecho Internacional: "...aquellas entidades que son destinatarias de las normas jurídicas internacionales, participan en su proceso

---

<sup>41</sup> Carrillo Salcedo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura dinámica y funciones*, Editorial Tecnos, S.A, Madrid, 1994, p.188.



de elaboración y tienen legitimación para reclamar por su incumplimiento o de incurrir en responsabilidad si son ellos los que las infringen...". Se incorpora al concepto de sujeto del derecho internacional la necesidad de que este participe en la elaboración de la norma, elemento que junto al de ser destinatarios de las normas, completa y complementa las dimensiones activa y pasiva del sujeto.

Sin embargo, otro criterio defendido por Díez de Velasco menciona que no basta con ser beneficiario de un derecho o estar afectado por una obligación, sino que se requiere además una aptitud para hacer valer el derecho ante instancias internacionales o para ser responsable en el plano internacional en caso de violación de una obligación; se hace referencia claramente a la capacidad dando por sentado que: "... el contenido de la personalidad internacional en términos de capacidad, no es la misma en todos los sujetos, de modo que, no sería correcto negar



0000076

*la condición de sujeto del Derecho Internacional al individuo, basándose solo en su incapacidad para participar en los procesos de creación de las normas internacionales...".*

En la relación de estos conceptos -sujetividad y capacidad- es acertado referirnos a las diversas características de estos dos conceptos. Fermín Toro Jiménez<sup>42</sup> define sujetividad jurídica internacional como: "... la titularidad que pueda tener un ente sobre determinados derechos y deberes jurídicos internacionales...", señalando además que la característica más importante de la sujetividad es la de tener un carácter absoluto, en el sentido de que un ser humano o un conjunto organizados de seres humanos es o no sujeto del Derecho, pero no puede ser sujeto a medias, no puede ser más o menos sujeto de derecho frente a otros. Esta concepción absolutista está

<sup>42</sup> Toro Jiménez, F., *Derecho Internacional Público*, 1ª Edición, Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, pp.453



0000377

dirigida a los Estados que poseen capacidad jurídica originaria y plena en sus relaciones interestatales, que a su vez encuentra legitimada su subjetividad internacional por el principio de igualdad.

Otros autores admiten que la subjetividad jurídica internacional en el ordenamiento internacional tiene un carácter "subjetivo", a diferencia del Derecho Interno que se caracteriza por su objetividad, en el sentido de que es dependiente del reconocimiento que de ella efectúe un sujeto de Derecho Internacional, existiendo como sujeto solamente para aquel que lo ha reconocido. Esta postura es consecuencia de la ausencia de normas jurídicas específicas que determinen quienes son sujetos de derecho internacional y qué requisitos se deben cumplir para adquirir la subjetividad jurídica internacional.



Por otra parte Matthias Herdegen<sup>43</sup>, considera que la personalidad jurídica de Derecho Internacional "relativa" "... posee efectos respecto de todos los miembros de la Comunidad Internacional...". La prueba de esta eficacia en la práctica internacional está en el reconocimiento de las Organizaciones Internacionales además a través de instrumentos convencionales se ha admitido que existen sujetos del Derecho Internacional distintos a los Estados así el artículo 3 de la Convención de Viena del 23 de marzo de 1969 sobre Derechos de Tratados, se refiere a los acuerdos celebrados entre Estados y otros sujetos del Derecho Internacional. Del mismo modo, la Comisión de Derecho Internacional, preparó la codificación de los Tratados concluidos entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, adoptada

<sup>43</sup> Herdegen, M.S., *Derecho Internacional Público*, Traducido por Marcela Anzola 1ª Edición, Universidad Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México 2005, pp. 69



en la Convención de Viena del 21 de marzo de 1986.

Así la personalidad jurídica de otras entidades depende de su reconocimiento, en consecuencia no estamos ante una subjetividad originaria como la de los Estados sin embargo los efectos de esa relatividad son igualmente eficaces.

Distinta de la subjetividad jurídica internacional es la capacidad de goce, entendida según Toro Jiménez <sup>44</sup> como "... la aptitud para ser titular de deberes y derechos jurídicos internacionales..." A diferencia de la subjetividad jurídica internacional, la capacidad de goce jurídica internacional es "relativa", en el sentido de que los sujetos del Derecho Internacional Público pueden tener más o menos capacidad, en relación con la cantidad de derechos y deberes de los que es titular. Lo que nos lleva a la necesidad de analizar las normas de Derecho Internacional para precisar el

---

<sup>44</sup> Toro Jiménez, F., *Derecho Internacional*,... op. cit., pp.460.



0000380

grado de capacidad de goce jurídica internacional de cada sujeto; además de aclarar que esa cantidad de deberes y derechos no afecta la calidad de la subjetividad internacional, pues varían según la naturaleza de los sujetos.

Si partimos del carácter relativo de la capacidad de goce internacional, podemos decir que la incapacidad en cuanto a limitación de la titularidad derechos y deberes jurídicos internacionales, es la regla, y la capacidad es la excepción; por lo tanto, no hay capacidad jurídica de goce en el Derecho Internacional Público para los entes distintos al Estado sin una norma que lo establezca previamente.

Otro concepto de importancia es el de la capacidad de obrar jurídica internacional, entendida como la medida o grado de aptitud que tiene un sujeto de Derecho Internacional para ejercer por sí mismo, es decir, por actos de su propia voluntad, los deberes y derechos de los cuales es titular. Esta es igualmente es relativa,



en el sentido de que los sujetos de Derecho Internacional pueden tener mayor o menor capacidad.

En conclusión si bien es cierto la capacidad de obrar o de ejercicio, presupone la capacidad de goce en Derecho Internacional, la capacidad de goce jurídico internacional no presupone la capacidad de obrar jurídica internacional, pues un sujeto de Derecho Internacional puede ser titular de deberes y derechos, y sin embargo, puede no ejercerlos por sí mismos, sino por intermedio de otro sujeto que haga las veces de un representante para completar la eficacia de su voluntad.

En este sentido Díez de Velasco, realiza otra construcción teórica, relacionando los rasgos que integran la capacidad jurídica internacional:

- Posibilidad de celebrar acuerdos regidos por el Derecho Internacional.



- Disponer de un cierto grado de "ius representationis"
- Acceder a instancias internacionales para reivindicar sus derechos por vía de reclamación internacional.
- De ejercer ciertas competencias atribuidas por normas internacionales.
- De incurrir en responsabilidad internacional
- Aplicar las reglas del "ius in bello" en caso de participación en un conflicto armado.

Respecto al carácter absoluto de la subjetividad y el relativo de la capacidad, tal posición parece no ser compartida por autores como Pastor Ridruejo, al considerar que en el Derecho Internacional existen diversas categorías o niveles de subjetividad internacional, lo que fundamenta citando al Tribunal de la Haya, en su dictamen sobre reparación de los daños sufridos al Servicios de las Naciones Unidas, al decir: "...los sujetos de Derecho[...] no son necesariamente idénticos en cuanto su



*naturaleza o extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad..."*<sup>45</sup>

Así lo afirma Sorensen<sup>46</sup> en el sentido de que *"toda evolución tendiente a admitir al individuo como sujeto de Derecho Internacional Público, lleva como contrapartida un debilitamiento de la autoridad del Estado. Para bastantes de los Estados recientemente creados, así como para algunos de los antiguos, las exigencias políticas*

---

<sup>45</sup> El papel central de los Estados en la relaciones internacionales, concebido en el modelo onusiano ha sido socavado por diversos acontecimientos económicos políticos y sociales, como la integración transnacional de la economía mundial, el desarrollo de las economías de la telecomunicación y el surgimiento de la sociedad civil transnacional. Esta nueva realidad obliga a una transformación de un nuevo orden jurídico internacional a una democratización del mismo y a un reconocimientos de que los estados han dejado de ser los protagonistas exclusivos de las relaciones internacionales.

<sup>46</sup> La normativa estatal en áreas como el comercio, economía, política y los derechos humanos está condicionada por los procesos de integración, el papel de los nuevos actores internacionales y el orden jurídico mundial.



0000384

van en sentido inverso. De una manera general, es indiscutible que el reconocimiento del individuo como sujeto de Derecho Internacional Público, en la misma medida que este protege sus intereses, modificará radicalmente la estructura tradicional del Derecho Internacional Público. Los primeros pasos se han dado. Es casi imposible dar marcha atrás. Se trata de dar a la evolución un tono realista".



## **Arbitraje Internacional: Las Doctrinas Drago y Calvo y el arbitraje internacional**

### **4.1. Aspectos generales**

A pesar del debilitamiento del Estado<sup>47</sup> como principal sujeto del Derecho internacional, este mantiene su hegemonía y la potestad para poder ejercer sus derechos en las jurisdicciones internacionales, siendo a su vez susceptible de responsabilidad internacional, y por tanto el

---

<sup>47</sup> "Para entender el fenómeno jurídico internacional, como todo fenómeno jurídico hay que pensar en él en términos dinámicos; no puede en efecto, concebirse el Derecho Internacional como un conjunto normativo cristalizado en una forma determinada, sino como algo en constante transformación para adaptarse a una realidad cambiante. Se dice y con mucha razón que el derecho sigue a la realidad: y para que pueda seguirla con eficacia es necesaria que la siga con oportunidad..." Seara Vázquez, M., *Derecho Internacional Público*, México Porrúa, 14.ª, ed., 1992, p. 36.



principal protagonista del ordenamiento internacional.

Sin embargo, se está produciendo una evolución y diversos factores<sup>48</sup> han cambiado la situación tradicional y que es coherente con la transformación de la comunidad internacional que se ha hecho universal, y por tanto el ámbito de las materias reguladas por normas internacionales se ha expandido considerablemente; las actividades colectivas de los Estados han crecido extraordinariamente; y las Organizaciones Internacionales cuya proliferación es uno de los hechos más característico de las relaciones internacionales contemporáneas, influyen en la estructura y

<sup>48</sup> El concepto de soberanía tradicional ya no es aplicable a las relaciones globales de finales del Siglo XX en los mismos términos de los últimos doscientos años, aunque el estado sigue jugando un papel preponderante en las relaciones internacionales los cambios en el sistema y en las necesidades de los individuos dieron lugar al surgimiento de nuevos actores no estatales quienes al ejercer funciones reservadas tradicionalmente al estado, cuestionan el carácter soberano y exclusivo del mismo.



funcionamiento del Derecho Internacional . Una muestra de ello nos los da la ya mencionada Opinión Consultiva sobre el caso Bernadotte, al decir: *"...El desarrollo del derecho internacional, en el curso de la historia, se ha visto influido por las exigencias de la vida internacional, y el crecimiento progresivo de las actividades colectivas de los Estados ha hecho ya surgir ejemplos de acción ejercida en el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados..."*

Esta evolución tiene su reflejo en el desarrollo que ha adquirido el Derecho Internacional Contemporáneo como resultado de las nuevas necesidades de la sociedad Internacional, el cual ha ampliado las funciones de su sistema jurídico y las relaciones internacionales, hoy en día con un enriatizado carácter económico<sup>49</sup>, que tiene

---

<sup>49</sup> En el contexto mundial de los últimos años caracterizado por una importante disponibilidad de capital y una creciente tendencia hacia la globalización económica la capacidad de cada estado para atraer capital extranjero resulta decisivo.



incidencia en la subjetividad jurídica internacional del individuo. Según Fernández de Gurumendi<sup>50</sup> *"...hasta la primera Guerra Mundial el objetivo principal de estos instrumentos fue el de proteger la expansión del comercio y la navegación; con el correr del tiempo se procuró asimismo promover las inversiones en el extranjero mediante la inclusión en los tratados de ciertas reglas de tratamiento de los inversores de ambas partes contratantes..."*. De esta forma, se inicia una larga batalla tanto diplomática, política como jurídica por expandir e imponer al inversionista (inicialmente) como un "actor" de especial atención por el Derecho Internacional.

---

<sup>50</sup> Fernández Gurmendi, S.A., "Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras" en *Relaciones Internacionales*, Publicación del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, Nº 3, noviembre de 1992, p.67.



0000389

#### 4.2. Doctrinas Drago y Calvo y su incidencia en la inversión extranjera

Durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX las controversias entre los Estados y los inversores extranjeros se encontraban altamente politizadas y su protección radicaba esencialmente en gestiones diplomáticas. Según Carlos Puig<sup>51</sup> : *“Cuando el individuo ha agotado todas las posibilidades de recurso que le ofrece el Derecho interno, puede en última instancia acudir a su propio Estado, quien lo “protege”, vale decir, se hace cargo de su reclamación y la plantea directamente ante el Estado infractor por la vía diplomática. Nos hallamos entonces ante una controversia normal entre dos Estados [...]. Sin embargo, otorgar la protección es facultad discrecional del Estado. Es así, como con arreglo al Derecho de la comunidad internacional, el Estado puede “proteger” o no a su nacional,*

---

<sup>51</sup> Puig, J.C.; *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., p. 276.



conformarse con una reparación inadecuada, admitir simplemente una reparación moral y suspender la protección. El individuo no tendrá en estos casos recurso alguno para impulsar una decisión favorable a sus intereses". Seguidas con frecuencia del uso de la fuerza<sup>52</sup>.

Como reacción a tales intervenciones, dos doctrinas se desarrollaron en América Latina que constituyeron el punto de partida de una tradición jurídica regional, basada en la defensa a ultranza de las prerrogativas territoriales del Estado nacional en materia de inversiones. La primera de ellas se llamó Doctrina Drago, al basarse en una nota enviada en 1902 por el canciller argentino Drago a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos; y aspiraba a prohibir la

---

<sup>52</sup> Basta recordar a modo de ejemplo, las intervenciones armadas de Francia en México en el período 1838/1839; los conflictos entre los Estados Unidos y México (1835/1861); las intervenciones armadas de Francia e Inglaterra en el Río de la Plata (1838/1850); la segunda intervención armada de Francia en México (1861/1867); la intervención de Alemania, Francia, Gran Bretaña y otros países en China en 1900; entre otras.



0000391

utilización de la fuerza para el cobro de la deuda pública de los países de América Latina. La segunda, denominada Doctrina Calvo<sup>53</sup>, se originó a raíz de declaraciones efectuadas por el diplomático e internacionalista argentino Carlos Calvo.

Como consecuencia de esta doctrina – desarrollada en el marco de las intervenciones armadas de Francia en México- diversos países de América Latina impusieron la llamada “Cláusula Calvo”, aplicada a los acuerdos contractuales con inversores extranjeros, obligando a estos últimos a renunciar al recurso de protección diplomática y acudir a los tribunales del Estado receptor y bajo la legislación local

---

<sup>53</sup> En palabras de Fernández de Gurmendi, “Calvo, preocupado por los excesos de la protección diplomática ejercida por Estados extranjeros, sostenía que un Estado independiente, en virtud del principio de igualdad de los Estados, no debía estar sometido a la injerencia de otros Estados. Asimismo, los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias ante los tribunales internos del Estado territorial”.



para obtener una reparación por cualquier violación contractual suscitada. Es en este marco en el que el arbitraje se constituye como una nueva "protección" al inversor extranjero adaptada al mundo de hoy. Actualmente, el incesante desarrollo de las actividades comerciales internacionales, la "protección diplomática"<sup>54</sup> es una herramienta obsoleta e inadecuada para las modernas prácticas de las relaciones económicas internacionales.

---

<sup>54</sup> Según Puig: "Cuando el individuo ha agotado todas las posibilidades de recurso que le ofrece el Derecho interno, puede en última instancia acudir a su propio Estado, quien lo "protege", vale decir, se hace cargo de su reclamación y la plantea directamente ante el Estado infractor por la vía diplomática. Nos hallamos entonces ante una controversia normal entre dos Estados [...]. Sin embargo, otorgar la protección es facultad discrecional del Estado. Es así, como con arreglo al Derecho de la comunidad internacional, el Estado puede "proteger" o no a su nacional, conformarse con una reparación inadecuada, admitir simplemente una reparación moral y suspender la protección. El individuo no tendrá en estos casos recurso alguno para impulsar una decisión favorable a sus intereses". Puig, J.C., *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., p. 276.



0000393

Los principios de la Doctrina Calvo invocada generalmente para restringir el derecho del inversor extranjero a recurrir a la protección diplomática en disputas con el Estado receptor de la inversión- se incorporaron rápidamente en diversos textos constitucionales de algunos Estados de América Latina (incluidos los de Bolivia, Honduras, Venezuela), así como en instrumentos relevantes y en contratos celebrados con empresas extranjeras.

El Código de Inversiones Extranjeras adoptado en virtud del Pacto Andino reafirma las posiciones latinoamericanas clásicas en lo que se refiere al tratamiento de los inversores. El artículo 50 prohíbe a los Estados miembros acordar a los inversores extranjeros un tratamiento más favorable que el acordado a los inversores nacionales y el artículo 51 impone no introducir en un instrumento aplicable a los inversores extranjeros ninguna cláusula que establezca un



mecanismo internacional de diferendos en materia de inversiones.

El Protocolo de Cartagena de Indias que reforma la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) del 5 de diciembre de 1985 recuerda expresamente que las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores de inversión (artículo 35). Este principio también fue recogido en el dictamen sobre las empresas transnacionales del Comité Jurídico Interamericano de 1976 y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas de 1974.

Si bien gobiernos como el de los Estados Unidos interpretaron la Cláusula Calvo como un requerimiento del agotamiento previo de los remedios locales, pero su invocación por diversos gobiernos latinoamericanos resultó durante mucho tiempo una constante, oponiéndose a la



0000395

conclusión de Tratados Bilaterales de Inversión con los países desarrollados y a la firma de la Convención de Washington de 1965 para la solución de diferencias en materia de inversiones (CIADI).

Actualmente debido a las necesidades de financiación de los Estados estos modificaron su legislación interna con el fin de favorecer los procedimientos arbitrales internacionales y crear un clima de inversión y atraer la inversión extranjera ofreciendo mayor seguridad jurídica a modo de ejemplo destacamos el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA)<sup>55</sup>, en su capítulo XI prevé que el inversionista, después de haber intentado resolver la controversia a través de consultas o negociaciones, pueda someterla a arbitraje conforme con las reglas del arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

---

<sup>55</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Agrupa como miembros a Canadá, EE UU de América y México configurando un proceso de integración de mercados.



relativas a Inversiones o de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Otro ejemplo es el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela que incluye la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional. En el ámbito de la Comunidad Andina, la Decisión 220 del Pacto Andino permite a cada uno de sus miembros elegir, bajo su legislación nacional, los mecanismos de solución de controversias aplicables a los contratos de inversiones extranjeras.

Lo expuesto permite valorar la verdadera y real dimensión del cambio que significó para ciertos países de América Latina la suscripción, desde finales de la década del 80 y principios de los 90, de estos convenios que tenían como objetivo la promoción de las inversiones y la protección del inversor extranjero.



---

# 5

## **Evolución y Marco de desarrollo normativo de la inversión extranjera**

### **5.1. Aspectos generales**

A principios del siglo XIX la inversión extranjera era pequeña no es hasta el final de las guerras napoleónicas período cuando se produce un auge de la inversión extranjera debido a la aparición de entidades financieras especializadas, como bancos comerciales o establecimientos de inversión precedentes que facilitaron las operaciones de comercio exterior.

Se pasa de un proceso de acumulación de capital que circulaba en el territorio nacional en los diversos sectores productivos a un proceso de internacionalización no solamente de la producción sino de la circulación de capital. La internacionalización del capital se extendió hasta



la primera guerra mundial financiándose grandes infraestructuras y segmentos productivos, proceso interrumpido por la guerra, la gran depresión de los años 30 y la segunda guerra mundial factores que unido al mayor intervencionismo estatal debilitaron ese proceso de internacionalización del capital.

A partir de la segunda mitad del siglo XX los Estados como consecuencia de déficit presupuestario y la expansión del gasto público se ven obligados a recurrir a la financiación exterior y a promover la entrada de capital financiero, por lo que dejan de depender del ahorro nacional y tienen la posibilidad de ofrecer a prestamistas e inversores los rendimientos más elevado de los que podrían obtener en sus respectivos países de origen.

Los Estados para hacer atractiva la inversión establecen condiciones favorables, respetando las disposiciones del Derecho Internacional sobre



la materia, permitiendo la repatriación de fondos y ofreciendo garantías contra la expropiación.

Los esfuerzos por proteger la inversión foránea se remiten a los tratados de amistad navegación y comercio que aparecieron a finales del decenio de 1700; ahora bien, el precedente inmediato de este tipo de convenciones lo constituyen los tradicionales Tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación, su objetivo principal es facilitar los intercambios comerciales, incluían, junto con previsiones relativas a la propiedad extranjera

Los tratados de inversión originalmente se concibieron como instrumentos para proteger la propiedad privada de los inversionistas extranjeros<sup>56</sup> en un periodo en la que el nacionalismo económico estaba en auge, y en el

---

<sup>56</sup> Las condiciones que más interesan a los países inversionistas son la transparencia y la seguridad jurídica de sus empresas en el exterior y el trato según el principio de no discriminación, especialmente en la etapa posterior al establecimiento.



0000400

que las expropiaciones discriminatorias y las nacionalizaciones de destacados sectores productivos eran comunes en los países en desarrollo. De ahí la importancia de fijar, por medio de un tratado, estándares mínimos en materia de expropiaciones, así como establecer la posibilidad de que en casos de controversias entre un inversionista de una Parte y el gobierno de otra Parte, se pueda acudir al arbitraje internacional.

El proceso de descolonización generado fundamentalmente en torno a los años sesenta del pasado siglo supuso la emergencia de nuevas economías que superaron el limitado marco de los convenios descritos. La inversión privada extranjera ha generado un nuevo modelo de convención internacional, los Acuerdos de Promoción y Protección recíproca de inversiones (*Bilateral Investment Treatie -BIT-* en la



terminología inglesa y APPRI en la española)<sup>57</sup>, que ha sido un instrumento esencial para establecer las reglas a través de las que los intereses de las inversiones extranjeras pueden ser salvaguardadas.

La principal razón de existencia de los tratados bilaterales de inversión<sup>58</sup> es la protección de los inversores nacionales de uno de los países signatarios, en lo que se refiere a sus inversiones

---

<sup>57</sup> El Derecho internacional en materia de inversión evolucionó con el tiempo en respuesta a los dinámicos patrones comerciales y las mutantes realidades políticas, de modo que a finales de la década de los setenta los EE UU comenzaron a promover la firma de estos acuerdos; sin embargo el primer precedente fue el APPRI suscrito entre la República Federal de Alemania y Pakistán el 25 de noviembre de 1959.

<sup>58</sup> El proceso de descolonización generado fundamentalmente en torno a los años sesenta del pasado siglo, supuso la emergencia de nuevas economías que superaron el limitado marco de los convenios descritos. La inversión privada extranjera ha venido a representar un importante cometido generando un nuevo modelo de convención internacional, el Acuerdo de protección y promoción recíproca de inversiones (*Bilateral Investment Treatie -BIT*) que ha sido un instrumento esencial para establecer las reglas mediante las cuales las inversiones extranjeras pueden ser salvaguardadas.



en el territorio del otro país signatario. Una violación de lo acordado en el tratado es considerada una violación del Derecho internacional, en virtud del principio *pacta sunt servanda* y lo reitera el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 por la que "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

La actividad inversora tiende a desbordar el ámbito de los mercados nacionales extendiéndose al mercado global<sup>59</sup> en la creencia

---

<sup>59</sup> La internacionalización y la privatización de la economía mundial, particularmente en el orden monetario y financiero, engloba profundas aplicaciones para la existencia del Estado-nación independiente y soberano, que sigue siendo un supuesto fundamental del actual orden internacional, pues los fenómenos descritos no han generado un sistema mundial autorregulado al margen del control político, pese a las posiciones vertidas desde la ideología neoliberal. Pero no es menos cierto que los Estados nacionales están perdiendo el control de importantes esferas de actividad



de que este brinda mayores oportunidades de negocio. Sin embargo, la realidad jurídica, se encuentra lejos de ser global y está conformada por numerosos ordenamientos jurídicos estatales que insertan normas que establecen los derechos de propiedad, reducen los costos de resolución de las controversias o que hacen más predecibles las interacciones económicas proporcionando al inversor importantes medidas de protección contra los abusos eventuales.

Se intenta crear las condiciones más adecuadas para que el sector privado asuma el papel de motor de la inversión y la captación de capital extranjero es un elemento clave de esta estrategia. Para ello se requiere un marco legal

---

pública, como la oferta monetaria y los instrumentos esenciales de la política económica, con lo cual el contenido de la soberanía nacional y el papel del Estado-nación como actor de las relaciones internacionales se diluye progresivamente en un vasto mercado global. Además el Estado-nación ya no puede ejercer los instrumentos de defensa tradicionales como el proteccionismo territorial, el refuerzo de su industria nacional, la defensa de los intereses públicos o el incremento de la salvaguardia de los consumidores nacionales.



0500404

que ofrezca incentivos y garantías al inversor extranjero y se ha iniciado un proceso que tiende a la flexibilización de los trámites y mecanismos existentes. El tradicional control estatal sobre las actividades económicas vinculadas a su mercado territorial por un fuerte proceso de desreglamentación y de desterritorialización. Dicho control está hoy sometido a las previsiones de numerosos tratados internacionales a la vez que está siendo reemplazado por la acción de las Organizaciones internacionales.

La existencia de un entorno favorable a la inversión precisa el estudio de criterios políticos (eventuales boicots, existencia de monopolios estatales, participación local obligatoria...), económicos (posibilidad de repatriar capitales, nivel de precios...), están los estrictamente jurídicos: estudio de la legislación sobre inversiones extranjeras, conocimiento de las reglas que regulan el mercado, señaladamente las relativas a la libre competencia, impacto que



Nº 48

puede producir una normativa en materia de medio ambiente, ámbito de protección de la propiedad industrial, repercusión de la legislación laboral, etcétera.

La inversión que accede a un mercado extranjero queda sometida al Derecho y a las autoridades judiciales de dicho Estado. La celebración por el Estado receptor de la inversión de un tratado de protección de inversiones con el Estado de nacionalidad del inversionista no representa para este, una garantía jurídica suficiente, por muy amplias que sean las obligaciones asumidas. Tampoco basta con que ambos Estados se sometan a mecanismos obligatorios de solución de controversias. El inversor debe contar con la posibilidad de demandar directamente al Estado receptor ante un órgano jurisdiccional de carácter internacional.

Se asiste en la actualidad a dos etapas en la elaboración de normas en materia de inversión: una primera que pone el acento en la soberanía



estatal y por ello en la legislación nacional o la regulación pactada bilateralmente entre los dos Estados implicados y una segunda que se podría denominar mundializadora, tendente a la elaboración de normas a un nivel más amplio, en consonancia por tanto con la globalización de la inversión y de las economías nacionales. Las dificultades por las que está atravesando esta segunda etapa, a su vez, tienen una vinculación profunda con el movimiento de rechazo de la globalización.

A continuación desarrollaremos estas dos etapas, el marco multilateral de regulación de las inversiones y la regulación pactada bilateralmente a nivel de estados y su contribución a la subjetividad internacional del individuo en el ámbito de las inversiones.



## 5.2 Marco normativo multilateral de regulación de las inversiones extranjeras

Desde la Carta de la Habana de 1948 han sido muchas las iniciativas para establecer una ordenación internacional de los movimientos internacionales de capitales, en esta labor han figurado entidades de carácter privado, no gubernamental o participada por Estados<sup>60</sup>. Pero todas estas iniciativas fracasaron pues se gestaron en un ambiente caracterizado por la descolonización y por el "Nuevo Orden Económico Internacional"<sup>61</sup> que tuvo en cuenta

---

<sup>60</sup> La Cámara de Comercio de París que en un intento de beneficiar a los inversores elaboró en 1949 un Código para el trato justo de las inversiones extranjeras, así también en 1967 la OCDE elaboró el Proyecto de Convenio sobre la protección de la propiedad extranjera.

<sup>61</sup> La Conferencia de Nairobi de 1976 en el seno de la UNCTAD del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) a través del cual se querían trasladar desde una perspectiva global las políticas intervencionistas que los gobiernos ya aplicaban a escala local: controles del comercio de ciertos productos primarios, subsidios de países ricos a pobres, preferencias y otros.



particularmente la situación de los países en vías de desarrollo en el marco de la economía mundial de los años setenta que contemplaba con recelo los intentos de protección de los intereses de los inversores extranjeros procedentes de los Estados desarrollados.

Las iniciativas para constituir un marco de regulación de las inversiones no se detuvieron, así los países de la OCDE<sup>62</sup> que constituyen la mayoría de los flujos de la inversión extranjera directa, tienen interés en la creación de reglas que rijan las inversiones internacionales. Además de los estudios y análisis que realiza la OCDE, esta siempre ha sido para sus países miembros,

---

<sup>62</sup> La OCDE creada el 30 septiembre 1961, sucediendo a lo que fue la Organización para la Cooperación Económica Europea instituida en abril de 1948, encargada en su origen de administrar los fondos del "Plan Marshall" y de organizar la cooperación para la recuperación económica europea después del desastre causado por la Segunda Guerra Mundial. Desde su creación su atención ha estado centrada en ayudar a los Estados miembros a promover la liberalización del comercio internacional de bienes y servicios y de los pagos, así como la progresiva liberalización de los movimientos de capitales.



0000409

un foro en el que se toman decisiones manifestadas en reglas y procedimientos para la cooperación internacional en muchos campos como el de movimientos de capital, impuestos, política de competencia, donde se dio un progreso normativo que obedeció a que la OCDE contó con un amplio consenso que no se ha dado en otros organismos internacionales. Surgieron en contexto multilateral conocidos programas de garantía de inversiones de carácter multilateral desarrollados por el Banco Mundial, el Consejo de Europa, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia de Garantía Multilateral de Inversiones (*Multilateral Investment Guarantee Agency* – MIGA)<sup>63</sup> que nos interesa destacar de entre todos ellos, debido a que tiene por objeto fomentar la inversión extranjera directa en los países en desarrollo, ofreciendo protección a los inversionistas contra riesgos no comerciales (y no

---

<sup>63</sup> La Agencia Multilateral de Garantías (MIGA) fue creada el 12 de abril de 1988 como una organización miembro del Grupo del Banco Mundial. Su finalidad es fomentar la inversión extranjera en los países en desarrollo.



los derivados de la actividad comercial) es decir relacionados con las expropiaciones, guerras, disturbios civiles, incumplimiento de contratos por parte del gobierno del país receptor de la inversión.

El MIGA supuso la aceptación por los Estados receptores de inversión de normas internacionales que incorporaban las disciplinas que se habían rechazado en otros foros<sup>64</sup>. En 1991, solo tres años después de su entrada en vigor, cien Estados (entre ellos ochenta y tres en vías de desarrollo) se habían adherido al Convenio de Seúl, y ciento cincuenta y cuatro en octubre de 2000.

El MIGA fue recibido como un hito en la evolución histórica del Derecho de la inversión, y

---

<sup>64</sup> Su éxito implicaba un cambio de tendencia, al adherirse la mayor parte de los países latinoamericanos y algunos de los aún países socialistas, antes de la desaparición del bloque soviético.



12 48

su creación tuvo la capacidad de modificar la normatividad internacional, al arrastrar con su éxito a los tratados bilaterales de inversión<sup>65</sup> y al CIADI. Además de asesorar a los países en desarrollo sobre la manera de atraer inversión extranjera, en caso de incumplimiento de la resolución resarcitoria o de imposibilidad de llevar a cabo un mecanismo de resolución de controversias, debido a la acción del gobierno, la OMGI garantiza el pago o lo hará provisionalmente mientras no exista un acuerdo sobre el mecanismo de solución de la controversia.

El MIGA funciona también como un seguro contra riesgos políticos, con periodos de cobertura de hasta 20 años, en caso de

---

<sup>65</sup> El hecho de haber aceptado ya en un marco multilateral como el MIGA las normas sobre inversiones propugnadas por los países exportadores de capital y la necesidad de inversión para el desarrollo en el contexto de la crisis de la deuda, hizo que muchos Estados receptores fuesen concluyendo Acuerdos para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS) con otros Estados.



0900412

producirse el riesgo el MIGA paga al inversor y se subroga en los derechos del inversor contra el Estado receptor de la inversión, por tanto la garantías otorgadas proveen de un alto nivel de seguridad a las inversiones facilitando el acceso de los inversionistas a los mercados de capitales internacionales.

De obligada mención es también el fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones<sup>66</sup> constituido

---

<sup>66</sup> Las líneas maestras del proyectado AMI pueden resumirse como sigue. A partir de una definición extremadamente amplia de "inversión," que comprendería de "todo tipo de activo que directa o indirectamente esté bajo el control o sea de propiedad de un inversionista", se contemplaban los siguientes aspectos: a) La concesión de "Trato Nacional" y "Trato de Nación más Favorecida" para los inversionistas extranjeros en todo lo referido al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, y venta de inversiones. b) El compromiso de "seguridad" y una "protección completa y constante" para las inversiones extranjeras, incluyendo la prohibición de "expropiar o nacionalizar directa o indirectamente una inversión" excepto para un propósito de interés público, en cuyo caso deberá ocurrir el pago "sin dilación" y "en efectivo" de una compensación "adecuada" y "libremente transferible" equivalente al "valor libre de mercado" de la inversión expropiada. c) El otorgamiento, a los gobiernos para que los gobiernos fijen algún requisito de desenvolvimiento o de resultados para las inversiones extranjeras.



por Acuerdo de Marrakech de 1997. La OMC<sup>67</sup> se encarga de analizar y debatir la relación existente entre el comercio y las inversiones internacionales y el modo que esta incide en el desarrollo y el crecimiento económico<sup>68</sup>. El Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI)<sup>69</sup> discutido en el seno de la OMC pasaría

---

<sup>67</sup> La OMC administra los acuerdos comerciales negociados por sus miembros además de esta función principal, es un foro de negociaciones comerciales multilaterales; administra los procedimientos de solución de diferencias comerciales.

<sup>68</sup> El volumen ha conferido un especial protagonismo a la dinámica del capitalismo global, hasta el punto de que se ha identificado la expansión de este último como la "globalización financiera", lo cual ha traído consigo la primacía del sector financiero frente al productivo o al comercial conferido un especial protagonismo a la dinámica del capitalismo global, hasta el punto de que se ha identificado la expansión de este último como la "globalización financiera", lo cual ha traído consigo la primacía del sector financiero frente al productivo o al comercial.

<sup>69</sup> De acuerdo con sus detractores que son muchos, el proyecto AMI estaba impulsado por los grupos transnacionales, y tenía como objetivo construir el escenario legal que garantizase la seguridad de sus movimientos y el establecimiento de su hegemonía por encima incluso de los estado)

0000414



después al ámbito de actuación de la OCDE, estaba impulsado por los grupos transnacionales, y tenía como objetivo construir el escenario legal que garantizase la seguridad de sus movimientos de capitales y el establecimiento de su hegemonía por encima del sistema comunitario, incluidos los Estados<sup>70</sup>.

No obstante, la regulación multilateral de las inversiones extranjeras se ha desplazado actualmente al marco de los movimientos de integración regional, destinados a implantar espacios de libertad de circulación y de movimiento para las inversiones, entre los que

---

<sup>70</sup> En la Declaración ministerial de Singapur, adoptada el 13 de diciembre de 1996, se decidió crear un grupo de trabajo encargado de examinar la relación entre comercio e inversiones y con posterioridad en la Declaración ministerial de Doha de 2001 se programó la celebración de negociaciones en la materia de inversiones transfronterizas, sobre la base de un acuerdo que debía alcanzarse en la Conferencia Ministerial de la OMC prevista para Cancún en el 2003. No obstante, la falta de dicho consenso derivó en la Decisión de 1 de agosto de 2004, mediante la cual, el tema de las inversiones transfronterizas fue eliminado del Programa de Doha.



destacan la Unión Europea, el Mercosur, el TLCAN o el ASEAN.

En el marco del Tratado de Asunción existen dos Protocolos sobre inversión, ambos de 1994, que todavía se encuentran en proceso de ratificación: el Protocolo de Buenos Aires, sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes de Mercosur y el Protocolo de Colonia para la Promoción Recíproca de Inversiones en el Mercosur. Por su parte, el TLCAN contiene en su Capítulo XI las cuestiones relacionadas con la inversión y la solución de controversias derivada de la misma, registrándose una práctica considerable en la materia. Por último, el ASEAN elaboró el Acuerdo para la promoción y protección de las inversiones, hecho en Manila, el 15 de diciembre de 1987, que reproduce el modelo de los APPRIS.



**5.3. Marco bilateral de regulación de las inversiones extranjeras**

**5.3.1. Acuerdo de Promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIS)**

En los años ochenta, el inversor extranjero solo contaba con la eventual protección diplomática del Estado de su nacionalidad sin embargo el aumento de los flujos internacionales de capitales y el interés de los países en desarrollo por atraer inversión extranjera condujeron a celebrar Acuerdos internacionales de inversión (AI) entre los que destacamos los Acuerdos bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de inversiones (APPRIS).

Desde este punto de vista, los Acuerdos de Promoción y protección de inversiones (APPRIS) sirven como una especie de "seguro normativo" que permite a los inversores extranjeros que sus inversiones serán tratadas respetando los derechos adquiridos y de conformidad con un



0000417

estándar internacionalmente aceptado. La celebración de este tipo de convenios destinados a la protección de los inversores ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos tiempos, llegando a constituirse, según la doctrina, en una suerte de "régimen jurídico internacional de la inversión extranjera"<sup>71</sup>.

Se entiende que la razón de esta tendencia, sin perjuicio de una serie de motivos políticos y económicos<sup>72</sup> que conducen a los Estados a

<sup>71</sup> El *Derecho del Inversor Extranjero* como el conjunto de normas de distinta naturaleza, de fuente convencional o interna, que tienen por objeto regular la protección de tal operador internacional ante los riesgos políticos – no comerciales inherentes a la actividad propia de la inversión transfronteriza. Dotando de seguridad jurídica en cuanto a que, por su propia naturaleza, se presenta siempre como un régimen o conjunto de normas o disposiciones que establece estándares de conducta esperados. Este *Derecho del Inversor Extranjero* provee seguridad jurídica en cuanto "previsibilidad", puesto que allí donde rige un ordenamiento jurídico en términos generales eficaz, los sujetos saben a qué atenerse, conociendo lo que el Derecho demanda de ellos y de los demás sujetos y cuáles serán las consecuencias de sus actos.

<sup>72</sup> Por la politización del conflicto o dudas en la imparcialidad o efectividad de la jurisdicción nacional.



0000413

celebrar este tipo de tratados, es por un lado, la incertidumbre que genera en los inversores extranjeros el carácter controvertido de las normas de Derecho Internacional Público en esta materia<sup>73</sup>; y por otro, la situación generada desde el Derecho Internacional Privado respecto a la aplicamos ley del domicilio del inversor o derecho del lugar de ejecución de la inversión y las implicaciones de cada alternativa. Estos tratados contienen un conjunto de normas, que detallaremos más adelante, destinadas a los Estados, pero cuyos beneficiarios son los inversores de uno u otro Estado parte.

Desde el punto de vista de la aplicabilidad se pueden distinguir dos grandes categorías de tratados:

- a) tratados dirigidos exclusivamente a los Estados y,

<sup>73</sup> Tempone, R.E.; *Protección de Inversiones...* op. cit., p. 30.



- b) tratados dirigidos a los Estados y a los particulares.

En la primera categoría son los Estados los sujetos que deben cumplir con las normas de dichos tratados, sin que las mismas trasciendan el plano interestatal. Así si un Estado viola un acuerdo internacional puede ser considerado responsable por el incumplimiento de una obligación internacional ante un tribunal internacional. En la segunda categoría, los tratados pueden adquirir formas diversas: bien pueden considerar a los particulares como meros beneficiarios de un sistema jurídico dado o bien, se puede ir más allá, y otorgar derechos específicos a los individuos, debiendo los Estados reconocer estos derechos en sus ordenamientos internos.

Las categorías mencionadas suelen presentarse con ciertos matices en la realidad jurídica, para tener una percepción precisa de los efectos de las normas convencionales



internacionales sobre los particulares, se deberá determinar si estos aparecen en los textos como meros beneficiarios o, si además, se les reconoce la capacidad necesaria para exigir el respeto y cumplimiento de los derechos conferidos por aquellos tratados.

**5.3.2. Aspectos Generales de los APPRIS**

En la actualidad contamos con más de 2.000 Acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante "APPRIS") celebrados entre Estados industrializados y países en desarrollo, en su mayoría a partir de 1987. Estos han servido de fundamento para reclamaciones formuladas por inversores de países industrializados, como se desprende, entre otros, del laudo del tribunal arbitral CIADI en el asunto *Maffezzini C. España*.

La protección del inversor extranjero frente al Estado receptor de la inversión ya no va a depender de la voluntad del Estado de su



nacionalidad que tiene la potestad de ejercer o no la *protección diplomática*<sup>74</sup> - protección diplomática que, por lo demás, raras veces dará como resultado el sometiendo de la controversia ante un órgano jurisdiccional internacional. Así también, el inversor extranjero no se verá en la necesidad imperativa de agotar previamente los recursos internos disponibles en el Estado de inversión-cláusula Calvo- antes de formular una reclamación arbitral contra el Estado receptor<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Señala Jiménez Aréchaga " la perfecta protección de los extranjeros o a las inversiones extranjeras no es la meta ni la ratio legis de dichas normas de Derecho Internacional: Los intereses que tiene en cuenta y se protegen por dichas reglas no son los de los individuos, sino los de los Estados en el mantenimiento de un sistema equilibrado, que por una parte confiera un cierto grado de - reconocimiento limitado- de protección a los intereses extranjeros, y por otra, respeta la soberanía y la jurisdicción interna del estado territorial"

<sup>75</sup> La mencionada Cláusula Calvo se interpretó como el requerimiento del agotamiento previo de los remedios locales, su invocación por diversos gobiernos latinoamericanos resultó durante largo tiempo una constante, oponiéndose a la conclusión de Tratados Bilaterales de Inversión con los países desarrollados y a la firma de la Convención de Washington de 1965 para la solución de diferencias en materia de inversiones.



Las similitudes de los APPRIS<sup>76</sup>, tanto en su estructura como en sus contenidos, son cada vez mayores.

La protección que cada parte asegura a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de la otra parte cubre entre otros aspectos los que desarrollamos a continuación:

1.- Derecho a un tratamiento justo y equitativo es decir tratar a los demás inversores extranjeros de forma igualitaria por tanto no establecer discriminaciones entre los diversos inversionistas extranjeros;

---

<sup>76</sup> Los APPRIS están estructurados con bastante uniformidad en los aspectos principales, pero también se caracterizan por la variedad de las disposiciones específicas que incorporan que reflejan las diferentes posiciones de muchos de los países que han concluido tales tratados. Acostumbran a basarse en el principio de la reciprocidad y se han establecido con la finalidad principal de regular el trato de las inversiones extranjeras una vez autorizada su entrada de acuerdo con lo que se prevea en ese sentido en la legislación nacional.



12 48

2.- El derecho a recibir el mismo tratamiento que los inversores nacionales;

3.-El derecho a recibir una indemnización en caso de medidas de expropiación<sup>77</sup>, incluidas medidas de expropiación indirecta<sup>78</sup>; básicamente, los inversores extranjeros solo pueden ser privados de sus derechos de propiedad: por una finalidad pública; de forma no discriminatoria, mediante el

---

<sup>77</sup> El caso CIADI: *Tecmed /México* (2004) aportó una definición formal de la expropiación como una, apropiación forzosa por el Estado de la propiedad tangible e intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto”.

<sup>78</sup> En todos los tratados internacionales de inversiones se prevé que en caso de nacionalizaciones y expropiaciones sean llevadas a cabo solo en caso de interés público, de manera no discriminatoria y mediante el pago de una indemnización rápida, justa y libremente transferible y de acuerdo con los valores del mercado. Según el Derecho Internacional, los estados de acogida tienen el derecho soberano a expropiar bienes y a regular actividades dentro de su jurisdicción, como se afirmó por ejemplo en la Resolución 1803 de 1962 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Sin embargo, el Derecho Internacional también establece condiciones para la legalidad de la expropiación.

0000424



pago de una compensación; y sobre la base de un proceso justo.

4.- El derecho a libre transferencia de rentas, es decir la libre transferencia de las utilidades derivadas de la inversión, de los préstamos relacionados con la inversión o liquidación total o parcial de la inversión con lo que se hace efectiva uno de los objetivos de la regulación de las inversiones y la liberalización de los capitales; y

5.- Derecho a recibir el tratamiento dispensado a las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más favorable (Cláusula de la nación más favorecida)

La determinación del ámbito de aplicación de los APPRIS suscita con frecuencia problemas interpretativos, por lo que deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

1.- Ámbito de aplicación material. Hace referencia a las inversiones; casi todos ellos contienen una definición del término "inversión" v.gr., "todo tipo



de activos adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión” o la “adquisición de toda categoría de bienes y activos”, “toda clase de activos relacionados con la participación en sociedades y empresas conjuntas”, o “cualquier bien invertido por los inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante”.

2.- Aplicación en el espacio: Los APPRIS suelen contener una fórmula genérica incluye el territorio terrestre y el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental<sup>79</sup>.

3.- Aplicación en el tiempo. La duración más común de los APPRI es de diez años, duración que podrá prorrogarse, bien tácitamente por otros diez, bien indefinidamente, a menos que las

---

<sup>79</sup> Esta cuestión a veces ha dado problemas como muestra en asunto CIADI: *Asian Agricultural Products Ltd. / Republic of Sri Lanka*, (1990) que suscitó si el APPRI entre el Reino Unido y la República de Ceilán era extensible territorialmente, como así fue, a Hong Kong (antes de su reversión a China).



0000426

Partes decidan denunciar el contrato poniendo fin a su vigor. Es interesante señalar que éstos Acuerdos pueden extender su protección, si así se pacta, en primer lugar, a las inversiones realizadas antes de su vigencia y en segundo lugar que las inversiones realizadas al amparo de los mismos van a quedar protegidas por periodos que oscilan entre diez y quince años tras haber sido derogados.

3.- Ámbito de aplicación personal. Si bien respecto a los beneficiarios de la protección la mayoría de los APPRIS utilizan el término "inversores" otros emplean el de "nacionales" distinguiendo entre el inversor persona física y el inversor persona jurídica<sup>80</sup>.

Por lo general los APPRIS incluyen además cláusulas sobre la legislación aplicable pero no

---

<sup>80</sup> Como subrayara el tribunal en el caso CIADI: *Maffezini / España* (2000) "actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros".



existe uniformidad en orden a la solución y también cláusulas que tienen por objeto asegurar que los tribunales nacionales ejecuten los laudos dictados con arreglo a las disposiciones sobre arbitraje entre un inversor y el Estado.

### **5.3.3. Principales efectos jurídicos de los APPRIS**

Los Tratados Bilaterales de Inversión consagran derechos que protegen a los inversores extranjeros a la vez que les confiere los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos<sup>81</sup>. Sin lugar a dudas, la efectiva protección otorgada por estos convenios al inversor extranjero se ve materializada, en la consagración de los derechos y la instrumentación necesaria para hacerlos

---

<sup>81</sup> Los Tratados Bilaterales de Inversión permiten a las partes otorgar privilegios específicos que un estado receptor podría ser reacio a otorgar a su legislación doméstica o bajo una convención multilateral por su mayor impacto en su economía nacional además de otorgar un mayor nivel de protección internacional que un inversor extranjero pueda recibir en la actualidad.



valer en el plano internacional. En este orden de ideas, entendemos que los principales efectos jurídicos de estos tratados sobre inversiones son:

a) Establecen el trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar. Su carácter convencional aleja cualquier duda sobre su cumplimiento, incurriendo en responsabilidad internacional el Estado que incumpla con lo estipulado en el instrumento internacional. De ese modo, todo Tratado Bilateral sobre Inversiones actúa simultáneamente en dos planos diferentes: en el plano internacional, al regir las relaciones interestatales, y, en el plano interno, al comprometer al Estado receptor del capital a respetar y proteger los derechos del inversor extranjero.

b) Otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional. Por regla general, el particular no se encuentra



habilitado para reclamar en la instancia internacional al Estado que haya lesionado algún derecho suyo, debe recurrir necesariamente ante los órganos competentes de dicho Estado, de acuerdo con las reglas establecidas al efecto en su derecho interno. Una vez agotados los recursos internos, y no habiendo obtenido una satisfactoria reparación por el presunto perjuicio sufrido, el particular podrá acudir al Estado de su nacionalidad para que sea este quien reclame internacionalmente, a través del ejercicio de la protección diplomática, aunque pudiendo abstenerse de hacerlo por razones políticas. Esta capacidad procesal que le otorgan estos tratados permite al inversor extranjero dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional, superando de ese modo las limitaciones que le impone el orden jurídico internacional.

c) Los Tratados Bilaterales de Inversión amparan los contratos concluidos por el inversor



extranjero con el Estado receptor. Estos contratos, generalmente, se hallan sujetos a las modificaciones legislativas del derecho interno y que por tanto permiten al Estado resolverlos unilateralmente por razones de "interés público", y perjudicar seriamente al inversor extranjero. Así, por ejemplo, el Estado puede modificar de forma unilateral e imprevisible su legislación administrativa sobre concesiones, las normas de derecho laboral o de la seguridad social, nacionalizar ciertas empresas, expropiar sus bienes, alterar el régimen aduanero o establecer control de cambio de divisas. En consecuencia los contratos celebrados entre el Estado receptor del capital y el inversor extranjero están amparados por estos tratados internacionales posibilitando su inserción en el orden jurídico internacional, otorgando la alternativa al inversor



extranjero de reclamar en el plano internacional por medio del arbitraje<sup>82</sup>.

De este modo, el actuar del Estado parte se sujeta al tratamiento estipulado en el tratado, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado infractor, por violación de una obligación internacional contenida en un tratado. En este contexto, un incumplimiento contractual que a su vez implique la violación de un Tratado Bilateral de Inversión constituye un acto ilícito contrario al Derecho Internacional general.

Un punto que consideramos importante aclarar, es que los Tratados Bilaterales de

---

<sup>82</sup> Mediante estos acuerdos los Estados partes se comprometen no solo a ofrecer un adecuado estándar de protección a las inversiones extranjeras sino, sobre todo, a permitir que, en caso de incumplimiento de sus disposiciones, los inversores afectados puedan acudir directamente al arbitraje internacional frente al Estado infractor, en particular, al arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial.



0000432

Nº 48

Inversiones no elevan por sí mismos la relación contractual Estado receptor-inversor extranjero al plano internacional, sino que la mantiene en el ámbito del derecho privado, sin perjuicio de que las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado en estos tratados tengan como beneficiario directo al inversor extranjero. Debemos tener en cuenta además, que un tratado constituye un instrumento jurídico que solo rige las relaciones entre los Estados.



0000433

### 5.3.4. El arbitraje internacional, clave de la eficacia jurídica de los APPRIS

Una importante cantidad de conflictos, especialmente los que surgen de operaciones de comercio internacional, son sustraídos de la órbita estatal para ser derivados hacia el arbitraje privado<sup>83</sup> eligiendo las partes no solo al juzgador, sino también los procedimientos aplicables y muchas veces, hasta el monto en que se ejecuta el laudo.

Esta facultad de las partes no admite ser discutida, siendo diversos los motivos que legitiman el derecho de renunciar a la jurisdicción

<sup>83</sup> Los APPRIS permiten que los inversores privados recurran, contra el Estado receptor que infrinja el acuerdo, a un arbitraje internacional. Dicho arbitraje ofrece distintas variantes. a) arbitraje *ad hoc*, con aplicación del Regl. Uncitral (los denominados impropiaemente "arbitrajes Uncitral"); b) arbitraje ante el CIADI o; c) arbitraje administrado por entidades especializadas como la CCI, la *London Court of International Arbitration* o la Cámara de Comercio de Estocolmo. Según la UNCTAD, a mediados de 2005 había 39 procedimientos en curso según las reglas Uncitral, 4 según las de la CCI y 4 según las de la Cámara de Comercio de Estocolmo.



0000404

estatal y someterse al arbitraje. En palabras de Uzal, "el arbitraje es una jurisdicción especial, admitida como alternativa al ejercicio de la jurisdicción a través de los órganos del propio Estado, tanto en el orden interno como en el orden internacional".

El principal fundamento del arbitraje radica en la facultad que tienen las partes de renunciar a un derecho que les asiste, como es el de acudir a la justicia del Estado cuando creen vulnerados sus derechos. Esta facultad de renunciar a derechos subjetivos privados, que es admisible dentro de ciertos límites, es el principal fundamento del arbitraje. La puesta en marcha del arbitraje en materia de inversiones tiene un contenido eminentemente unilateral; de ahí que se le denomine "arbitraje transnacional unilateral".

Otros fundamentos se deben buscarlos en el derecho que tienen las partes de acudir al juicio de personas a quienes consideran particularmente idóneas en determinada materia



12 48

o de especial confianza, así como el deseo de obtener resultados más rápidos y menos onerosos que en otros procedimientos. Por su parte, Gozáini, entiende que se trata *"de un desplazamiento de la función jurisdiccional, en sus etapas introductorias y decisoria, desde el Estado hacia ciertos particulares"*.

El arbitraje presenta innegables ventajas respecto del proceso jurídico público. Según Briseño Sierra, sostiene que el arbitraje posee ventajas como *"la oralidad, la inmediatez y la secuencia lógica de las actuaciones. Quizás en ningún otro procedimiento como en el arbitraje se haya conservado con tanto fidelidad la audiencia en la exposición verbal libre y sin formulismos anacrónicos"*. A estos hay que agregarle la celeridad y la menor onerosidad que en la mayoría de los casos se logra con el arbitraje.

Es indudable que el arbitraje cumple un papel fundamental en la resolución de controversias suscitadas en el ámbito del comercio



0000438

internacional. Según Myers esto se debe a que es un método de resolución de disputas "menos formal y más comercial", permitiendo resolverlas dentro de los confines del tipo de comercio de que se trate<sup>84</sup>.

A estos puntos puede agregarse que el arbitraje permite garantizar la neutralidad de quien ha de decidir, a través de métodos y controles para la selección del árbitro; asimismo, permite una mayor especialización e idoneidad en la persona del árbitro que habrá de resolver. A su vez, en la medida en que su origen sea un acuerdo privado entre las partes, permite una mayor confidencialidad en el proceso<sup>85</sup>. Jiménez

<sup>84</sup> Es que como nos enseña Jiménez de Aréchaga que el Arbitraje Comercial Internacional combina elementos de arbitraje interno, doméstico, privado, regido por el código de procedimiento civil y elementos de arbitraje internacional propiamente dicho, que es el arbitraje entre Estados. Vid, Granato, L..., *Aportes para la ... op. cit.*, pp.46

<sup>85</sup> Como sostiene Jiménez de Aréchaga, "es indudable que ninguna de las partes puede aceptar ir a litigar a los tribunales nacionales de la otra parte. No solo por el temor al prejuicio contra el extranjero, el favoritismo, la falta de imparcialidad sino sobre todo, porque ninguna empresa,



de Aréchaga cita lo dicho por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso "Scherk vs. Culver": "Las cláusulas de arbitraje han llegado a ser una garantía esencial, a fin de asegurar el desarrollo del comercio internacional y sirven a las necesidades de los hombres de negocios transnacionales. Son más indispensables que en los contratos internos porque en los contratos internacionales, es absolutamente necesario establecer, en caso de disputa, una jurisdicción neutral cuya imparcialidad sea percibida por ambas partes y no pueda ponerse en duda<sup>86</sup>". En una era en la que se expanden las relaciones comerciales

---

ninguna persona dedicada a la actividad comercial internacional puede aceptar ir a litigar a un país extranjero, contra un adversario que es nacional de ese país".

<sup>86</sup>De ahí que las cláusulas arbitrales se han transformado en una precondición indispensable para asegurar el orden y la previsibilidad esenciales en la transacción de todo negocio internacional. La anulación de esta cláusula [...] no solo permitiría al demandante repudiar su promesa solemne, sino además reflejaría el concepto parroquial de que todas las disputas deben ser resueltas bajo nuestras leyes y en nuestros tribunales. Granato, L., *Protección al Inversor Extranjero...* op. cit., pp. 46.



internacionales, la doctrina que niega efecto a la cláusula arbitral no tiene lugar, y sería una pesada hipoteca sobre el desenvolvimiento de futuros tratos comerciales internacionales por nuestros ciudadanos.

Por último, cláusulas de este tipo permiten prevenir el *forum Shopping* y, el laudo arbitral normalmente es más fácil de ejecutar que una sentencia extranjera que condene al pago de una suma de dinero.

Estas ventajas antes mencionadas unidas a la falta de jurisdicción internacional en materia de derecho privado, han contribuido a la difusión del arbitraje en las relaciones propias del comercio internacional.

El creciente éxito que ha tenido el arbitraje no ha sido sencillo y en el camino que tiene aún por recorrer se encuentra un problema que todavía no está totalmente resuelto. Este tiene que ver con el hecho de que el arbitraje es una instancia



excepcional, surgida de la voluntad de las partes a la que las leyes le atribuyen la capacidad de poder darse una justicia propia, y como tal está condicionada a que no todo diferendo entre las partes es arbitrable, sino solo aquellos temas que permiten las leyes.



## Arbitraje CIADI

### 6.1. El Sistema de Solución de Controversias del Convenio de Washington de 1965 (CIADI)

El Convenio para el Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (en adelante "el Convenio de Washington"), creó - dentro del grupo Banco Mundial - el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de proporcionar a los inversores extranjeros medios de solución de controversias que pudieran utilizar en sus reclamaciones contra el Estado receptor por los daños causados a su inversión.

Los medios de solución de las controversias en materia de inversiones que provee el Convenio de



Washington son la conciliación y el arbitraje. Desde el 18 de marzo de 1965, fecha que se abrió a la firma el Convenio numerosos estados lo han ratificado, y el número de controversias relativas a inversiones que se someten a los mecanismos de solución de controversias previstos ha aumentado considerablemente en los últimos años.

El CIADI tiene por objeto ofrecer medios de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias que en materia de inversiones pudieran surgir entre Estados partes y nacionales de otros Estados partes que hayan consentido su jurisdicción, ya sea mediante una cláusula contractual, un compromiso arbitral o, incluso, a través de su legislación interna.

La justificación para la creación de este mecanismo de solución de controversias, es la supuesta incapacidad de los órganos internos del Estado receptor para resolver las mismas, cuando dentro de sus fundamentos reales de



existencia, está el hecho de que la necesidad de acudir a los tribunales nacionales como único o posible remedio al conflicto, constituye una desventaja para el inversionista. Una consecuencia de este mecanismo es la negación de algo tan importante en la teoría del derecho, como son los mecanismos de controles judiciales y constitucionales, garantes principales no solo de ese principio de autonomía de los Órganos Públicos, sino de la propia legalidad de los actos de éstos.

El mecanismo de solución de controversias Inversionista frente Estado se ha socializado en la práctica internacional y en ello ha jugado un rol esencial la amplia aceptación que ha tenido el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI)<sup>87</sup> sobre este

---

<sup>87</sup> Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados hecha en Washington el 18 de marzo de 1965 y el Centro internacional (CIADI) creado bajo su amparo del Banco Mundial tienen como idea rectora fomentar una atmósfera de confianza mutua, mediante la creación de una institución



mecanismo de solución de controversias hay que destacar algunos elementos que resultarían útiles a la naturaleza de nuestro debate.

El CIADI ha tenido un mayor auge en su labor en la medida que en los últimos tiempos se han expandido los Tratados Bilaterales de Inversión<sup>88</sup>, normas que legitiman la institución al consagrar derechos y deberes para los inversionistas, lo que nos deja la idea de haberse consagrado primero el mecanismo de protección y después los derechos reconocidos en norma internacional, a proteger por dicho mecanismo.

Otro aspecto que hay que destacar de esta Convención, está en la distinción que realiza al

---

neutral para la resolución de diferencias en materia de inversiones que contribuyera a crear el clima propicio para el incremento de la inversión privada.

<sup>88</sup> El Convenio de Washington fue el punto de referencia de los APPRIIS posteriores a su entrada en vigor, que suelen incluir con carácter preferente una cláusula de remisión al arbitraje por él patrocinado, de suerte que gran parte de estos tratados insertan esa cláusula, en tanto que alrededor de 150 Estados son parte de la Convención.



separar las personas naturales y jurídicas dentro del tratamiento al nacional de otro Estado contratante, lo que rompe con la costumbre internacional de incluirlos dentro de términos “particulares” o “individuos”; esto responde al ánimo que perseguían los Estados de mayor influencia en la Convención, de plasmar un status jurídico favorable a las personas jurídicas privadas en concepción separada del hombre; práctica que por demás es repetida en el marco de los APPRIS y otros AI. Inicialmente se concibió el mecanismo para proteger los inversionistas de los Estados miembros de la Convención, limitación que sería vencida con las Reglas del Mecanismo Complementario<sup>89</sup>, resultantes de la autorización dada por el Consejo

<sup>89</sup> CIADI dispone del mecanismo complementario de resolución de disputas de inversiones, mediante el cual existe la posibilidad que si uno de los dos Estados no es parte de la Convención, más no los dos, y las partes en conflicto han otorgado el consentimiento arbitral, entonces pueden acceder a resolver la disputa ante ese mecanismo de CIADI.



12 - 48

Administrativo al Secretario del CIADI para administrar procedimientos que estén fuera del alcance del Convenio del CIADI, lo que universaliza la subjetividad de los inversionistas, tanto personas naturales como jurídicas.

No obstante resultaría incorrecto declarar la supremacía del CIADI como órgano solución de conflictos; cifras actuales demuestran un aumento generalizado de los arbitrajes Inversionistas-Estados, en otras instancias (UNCITRAL, CCI, etc.). Por otra parte, la especialización en la competencia del CIADI a disputas que surjan directamente de una inversión y el carácter público de sus laudos<sup>90</sup>, han sido factores que motivan una mayor confianza para los Estados al momento de

---

<sup>90</sup> La diferencia esencial el arbitraje del CIADI de la generalidad de los arbitrajes comerciales radica en la completa autonomía e independencia del procedimiento. Las reglas de arbitraje del CIADI derivan directamente de un tratado internacional y por tanto tienen total autonomía de cualquier Derecho nacional y esta "anacionalidad" se manifiesta en la ausencia de control por parte de los tribunales nacionales.



0000443

incorporarse, en consecuencia la práctica de este mecanismo sea mayor.

Por lo que se refiere a la eficacia del laudo arbitral, su ejecución se ve facilitada por el Convenio constitutivo del CIADI<sup>91</sup> en los casos en que el inversor extranjero opta por el arbitraje de esta institución. Un laudo dictado en el seno del CIADI que condene a un Estado o a una entidad pública es fácilmente ejecutable (arts. 53 y 54) lo que no es predicable de los laudos en el arbitraje comercial respecto de los cuales es factible anular el laudo una vez que haya sido establecida su autenticidad. Los laudos arbitrales suelen ser definitivos y vinculantes, pero su validez puede impugnarse por varios fundamentos ante los tribunales nacionales; sin embargo, en el caso de

<sup>91</sup> El CIADI es creado en virtud de un Tratado firmado por los Estados en funciones soberanas, y por demás está inscrito al Banco Mundial, institución creada por en virtud del nuevo Orden Económico Social creado en *Breton Woods* y cumpliendo muchas veces las políticas del Fondo Monetario Internacional (FMI) mecanismo creado en igual enclave.



C000447

los laudos del CIADI, no pueden ser objeto de apelación ni de ningún otro recurso, excepto los establecidos en el Convenio.

Por eso, con el objetivo de asegurar su ejecución por los tribunales nacionales, muchos APPRIS se remiten a ciertos tratados internacionales que disponen la ejecución obligatoria de los laudos arbitrales extranjeros, como la Convención de Nueva York de 1958 o el propio Convenio del CIADI.

De acuerdo con el Convenio de Washington, el laudo tiene fuerza ejecutiva en el territorio de todos los Estados partes, no estando sometido al procedimiento de *exequatur* previsto en su legislación interno, sino a un mero trámite de verificación de autenticidad del laudo arbitral. Consecuentemente, el inversor podrá acudir a los tribunales del Estado de inversión u optar por cualquier otro foro "experto" en el que dicho Estado tenga bienes susceptibles de ejecución.



Más allá de la eficacia jurídica que el Convenio CIADI otorga al laudo<sup>92</sup>, no hemos de olvidar las negativas consecuencias que para el Estado de inversión puede tener el incumplimiento de un laudo del CIADI, en sus relaciones con las instituciones financieras internacionales. Recordemos la estrecha relación que existe entre el CIADI y el Banco Mundial, cuyo Presidente es *ex officio* Presidente del Consejo Administrativo del CIADI.

Las raíces del CIADI en las relaciones económicas internacionales son fuertes. Actualmente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), en su capítulo XI prevé que el inversionista, pueda someterla a arbitraje conforme con las reglas del arbitraje del

---

<sup>92</sup> Los laudos que se dictan bajo la Convención de Washington pueden ser impugnado no ante una jurisdicción estatal sino ante un "panel CIADI" de tres personas a partir de unas causales señaladas en el art. 52.1º; y si el panel estima alguna de estas causales y anula el laudo, podrá constituirse un nuevo tribunal arbitral para que conozca del caso



40

CIADI de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés). También el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela incluye la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional. Por su parte, la Decisión 220 del Pacto Andino permite a cada uno de sus miembros elegir, bajo su legislación nacional, los mecanismos de solución de controversias aplicables a los contratos de inversiones extranjeras.

El reforzamiento de la subjetividad internacional del individuo en la condición del inversionista, se ha ido incrementando a través del debilitamiento de las instituciones tradicionales del derecho Internacional, instrumentadas a través de facultades del Estado, lo que se traduce en un debilitamiento de los Estados mismos.

Este novedoso mecanismo de solución de controversia, rompe con el principio de no acceso



0800450

del individuo a las instancias internacionales por los hechos ilícitos cometidos por un Estado distinto del de su nacionalidad. Así, en virtud de la teoría de la subjetividad jurídica internacional, se rompe la regla de la incapacidad del individuo y se establece la capacidad en este caso procesal de este para acceder a las instancias internacionales, como excepción de la misma, atribuyéndosele una subjetividad jurídica internacional restringida al ámbito de aplicación del Acuerdo.

Recordemos que al referirnos a la subjetividad jurídica en general, señalamos algunos criterios de aceptación internacional que defendían la existencia de una norma internacional atributiva de subjetividad jurídica internacional, idea que si bien no fue del todo acogida en el caso de los Estados como sujetos, dada la carencia en el orden jurídico internacional de criterios que pudiesen imponerse uniformemente, en orden a la atribución de la cualidad de sujeto del mismo,



si tuvo cierta acogida frente a sujetos no estatales, para los que se cede y se otorga primacía al reconocimiento dado por los sujetos ya admitidos (Estados, OI), reconocimiento fundamentado en virtud de la existencia de una norma internacional, a la que dan su consentimiento los sujetos del Derecho internacional (a través de un acto de reconocimiento) y que regula las obligaciones y derechos de los posibles nuevos sujetos, así como su responsabilidad ante la infracción de la misma.

Con estas consideraciones, se puede inferir que el Convenio en el momento en que se crea, al hacer alusión a los inversionistas, da por sentado su subjetividad jurídica internacional, al crearla una instancia internacional de Derecho Público.

La idea es que este Convenio establezca un mecanismo de solución de conflictos, para el caso de que se violen derechos que no aparecen en



0000452

48

una norma internacional sustantiva que le preceda, es decir, establecen como sueto de la relación procesal que tienen por contenido, a un ente cuya subjetividad no es atribuida por el Convenio, ni se encuentran claramente definida por práctica o norma anterior. Consideramos, que este aspecto va más allá de cualquier formalismo o posible tendencia normativista respecto al Ordenamiento Jurídico Internacional, ya que estamos ante un caso *sui generis* dentro de las estructuras internacionales.



48

7

## Conclusiones

La subjetividad jurídica internacional se caracteriza por su naturaleza subjetiva, siendo necesario para gozar de tal status un acto de reconocimiento por parte de los sujetos del Derecho Internacional con los que se opera conjuntamente en la sociedad internacional. No obstante, la capacidad de obrar y la capacidad de goce de éstos posibles sujetos varía para el caso de entes distintos de los Estados, cuya aptitud para hacer valer sus derechos antes instancias internacionales o para ser responsable por el incumplimiento de una obligación depende igualmente de tal reconocimiento, incidiendo en la plenitud de su subjetividad jurídica internacional.



0000454

La subjetividad jurídica internacional del individuo, ha tenido como fuente y principal fundamento para su desarrollo el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, evolucionando dentro de las instituciones de este Derecho Internacional particular, impulsada por un proceso de socialización y humanización del Derecho Internacional. La subjetividad jurídica internacional del individuo ha evolucionado pasando de una actitud de negación en el derecho internacional clásico hacia su reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo. Pero la dimensión activa de esta subjetividad presenta diferentes niveles de desarrollo según el sistema en el que nos encontremos, existiendo una tendencia a fortalecer la subjetividad del individuo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Así, el individuo ha logrado cada vez un mayor acceso independiente a los mecanismos judiciales y no judiciales dentro de las instancias internacionales para la protección de los



derechos humanos. Esta subjetividad internacional se justifica en el carácter humanista del Derecho internacional y se limita al ámbito de los derechos humanos.

3.- Los procesos de liberalización y globalización del comercio internacional han contribuido a una expansión de la participación del individuo en las relaciones económicas internacionales y a su acceso directo a instancias internacionales de solución de controversias y, por tanto, intentando universalizar esta práctica y con ella su subjetividad jurídica internacional del individuo.

4.- Los APPRIS, han constituido el instrumento jurídico internacional donde el individuo, en su condición de inversionista y a través de los mecanismos de solución de conflictos inversionistas-Estados, tiene la posibilidad de reclamar al Estado receptor de la inversión, por la violación de cualquiera de las normas del Acuerdo, ante una instancia arbitral internacional. Los diversos Acuerdos de inversión internacional



han reconocido esta subjetividad internacional al individuo, consagrando tales efectos jurídicos en los instrumentos ya firmados. Los tratados de inversión han supuesto, en definitiva, una nueva fuente de derechos directamente ejecutables por el inversor, aumentando de ese modo la seguridad jurídica y estimulando los flujos de inversión exterior directa. No obstante, esta nueva fuente de derechos está generando nuevas cuestiones jurisprudenciales y en concreto cuestiones referentes a la posible duplicación de reclamaciones, procedimientos y reparación. Las distintas cláusulas de elección de jurisdicción demuestran la diversidad y complejidad de los requisitos procesales de los modernos tratados de inversión. Un inversor necesita una clara estrategia de resolución de controversias para cualquier controversia inversor-Estado antes de iniciar cualquier tipo de actuaciones o de efectuar una elección de jurisdicción.



Nº 43

5. La discrecionalidad o exclusividad de la vía arbitral respecto al agotamiento del recurso interno, ha constituido -entre otros aspectos- sin duda un catalizador del acceso del individuo a las instancias internacionales y por tanto de su subjetividad jurídica internacional. La subjetividad jurídica internacional reconocida al individuo en virtud de los APPRIS, se caracteriza por estar restringida al ámbito de aplicación material del Acuerdo y oponible solo a las partes del mismo. Igualmente, al regularse solo derechos para el inversionista y ninguna obligación exigible por igual vía procesal, afecta la plenitud de su subjetividad jurídica internacional, al carecer de subjetividad jurídica pasiva.



0000453

### Bibliografía

- 1.- Barberis, J., (1984). *Los sujetos del Derecho Internacional actual*, Madrid: 1.ª Edición, Editorial Tecnos.
- 2.- Carrillo Salcedo, J.A. (1994). *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura dinámica y funciones*, Editorial Tecnos, S.A, Madrid, 1994.
- 3.- Díez de Velasco, M. (1994). *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid: Editorial Tecnos.
- 4.- Fernández de Casadevante Romani, C. (2003). *Derecho Internacional de los derechos Humanos*, Madrid: Editorial Dilex.
- 5.- Fernández Rozas, J. C. (2010). *Sistema de Derecho Económico Internacional*. Madrid: Editorial Civitas.
- 6.- Fernández Rozas, J.C, Arenas García, R., De Miguel Asensio, P.A. (2008). *Derecho de los Negocios Internacionales*. Editorial Iustel, Madrid.



- 7.-González Campos, J.D. (2006). Sánchez Rodríguez, L.I. y Andrés Sáenz de Santa María, P., *Curso de Derecho Internacional Público*. Editorial Thomson-Civitas, Madrid.
- 8.- Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Público*, Traducido por Marcela Anzola Ll. M, México: 1.ª Edición, Universidad Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer.
- 9.- Lima Torrado, J. (2009). *Derechos, Estado, Mercado*, Madrid: Editorial Dilex.
- 10.- Nikken. P. (1987). *La protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*. Editorial Civitas. Madrid. 1987.
- 11.- Pastor Ridruejo, J.A. (1996) *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Editorial Tecnos.
- 12.- Remiro Brotons, A. (1997) *Derecho Internacional*, Madrid: Editorial McGraw-Hill.
- 13.- Rodríguez Carrión, A.J. (2006). *Lecciones de Derecho Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid,



**Artículos en Revistas y Obras Colectivas**

Pérez-León, J. P., "El individuo como sujeto de Derecho Internacional. Análisis de la dimensión activa de la Subjetividad Jurídica Internacional del individuo", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, México, 2008, Disponible en <http://www.bibliojuridica.org>

Illescas, J., "Los Tratados de Protección de Inversiones y su utilidad para los inversores españoles en Latinoamérica", en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, Sección Práctica Latinoamericana, N° 5, Junio del 2003, Disponible en <http://www.vlex.com/vid/118234>

Fernández Masiá, E., "Atribución de competencia a través de la Cláusula de la Nación más Favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica Arbitral Internacional en materia de Inversiones Extranjeras", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 1/2007, Disponible en <http://www.reei.Org/reei1/reei1-07.pdf>

Cremades, B.M, y Cairns, D.J.A., "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", en *La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina. El caso Argentino.*



№

48

ESPACIO  
BLANCO



0000462



Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual

Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos

Certificado N° QUI-044473

Trámite N° 001561



La Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en atención a la solicitud presentada el 02 de septiembre del año 2014, EXPIDE el certificado de registro:

AUTOR(es): RODRÍGUEZ AYALA, MÓNICA SILVANA

TITULAR(es): RODRÍGUEZ AYALA, MÓNICA SILVANA

CLASE DE OBRA: LITERARIA (Inédita)

TÍTULO DE LA(s) OBRA(s): LA NEUROCIENCIA PARA EL DESARROLLO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA.

Quito, a 03 de septiembre del año 2014

NOTARIA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO
Conforme lo dispuesto por el Art. 18 numeral 5 de la Ley Notarial, doy fe que el documento que en ... se otorga, es FIEL COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentada para este efecto y acto seguido devolví al interesado. 17 JUN. 2016

Signature of Elena Lopez Morzade
Lcda. Elena Lopez Morzade
Experta Principal en Registro
Paulina Auquilla Fonseca
NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO

Delegada del Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, mediante Resolución N° 002-2012-DNDAYDC-IEPI



El presente certificado no prejuzga sobre la originalidad de lo presentado para el registro, o su carácter literario, artístico o científico, ni acerca de la autoría o titularidad de los derechos por parte de quien solicita la inscripción. Solamente da fe del hecho de su declaración y de la identidad del solicitante.

ELM.

48

PAGINA EN BLANCO



# (DE)CONSTITUCIÓN



(De)Constitución es un proyecto que busca reflexionar en torno a lo que es y debe ser el derecho, considerándolo un discurso tanto científico como ético, producido en un contexto específico. No pretendemos seguir pensando el derecho como un sistema cerrado de normas auto justificadas, sino en su complejidad como saber dogmáticamente organizado, pero además con la presencia de la moral regida por principios, es decir como un sistema de acción.

Quiénes somos ?

Ventanas Rotas

Seguir 1

Ver mi perfil completo

## BLOGS Y BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

- Seminario de Teoría Constitucional
- Guía de Jurisprudencia Constitucional: Ecuatoriana Tomo 1
- Guía de Jurisprudencia Constitucional: Ecuatoriana Tomo 2
- Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico
- Derecho a la Cultura

Ramiro Ávila, responde a Correa sobre la Reforma Constitucional

'un debate de altura hay que ser duros con las ideas y no con las personas'

## Entradas populares



**SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 2**  
Cambios constitucionales (entendido) o la Acción de Protección Sobre los cambios constitucionales propuestos pesará o dar una visión...



todo un Cap.

**SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 1**  
La Rigidez Constitucional y la propuesta de reformas de la Constitución Que la Constitución Ecuatoriana de 2008 haya incluido



**SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 3**  
Sobre las 17 enmendadas constitucionales- Ante el envío de 17 enmendadas a la Constitución por parte de la Asamblea Nacional.



La Corte Constitucional de Colombia y su función democrática  
La Corte Constitucional de Colombia y su función democrática una referencia a lo sentencia que cuestiona la Ley que convocó a refer.



La noción de derechos humanos en los pueblos indígenas del Ecuador. Una introducción a los problemas interculturales del Derecho!!!  
Angélica Perraño Velasco, Derecho Constitucional 17 de tanto sobre a siete miles, por sesenta años. Oh Pachacámar, mujer poniendo...



**SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 5**  
Lenguaje y Derecho A propósito de la propuesta de reformas constitucionales El debate en torno a la propuesta de reformas consti...

jueves, 4 de septiembre de 2014

## LA NEUROCIENCIA PARA EL DESARROLLO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Mónica Silvana Rodríguez Ayala

### Resumen

La neurociencia para el desarrollo del derecho constitucional a la educación inclusiva pone al servicio de la pedagogía los avances científicos en torno al conocimiento de la mente. Solo al incursionar en este campo se puede comprender la marcada individualidad de la acción humana y ajustar los procesos de enseñanza y aprendizaje.

Según la neurociencia, el cerebro es un cerebro social. Comenzamos a ser configurados a medida que nuestros cerebros interactúan con el entorno y las relaciones interpersonales. De ahí que los docentes estén obligados a propiciar un entorno rico en experiencias para robustecer la mente y el cerebro de las y los niños con discapacidades.

Uno de los principios que anima a la neurociencia es la afectividad orientado hacia las expectativas, intenciones, autoestima y la necesidad de interacción social. Las emociones dan color al significado. Un clima emocional apropiado es indispensable para una sana educación.

Quien investiga sobre la neurociencia, la aplicará, si es pedagogo, lo hará al trabajo con los estudiantes con discapacidad, porque la Constitución establece en el artículo 26 que la educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye garantía de la igualdad y de la inclusión social.

Es indispensable recordar que los cerebros son únicos; que existe influencia de los conocimientos previos, que no todos los cerebros tienen la misma habilidad para resolver los problemas y que el cerebro siempre busca y con frecuencia privilegia la novedad.

Para leer el artículo completo clic aquí

Publicadas por Ventanas Rotas a las 17:34

8+1 +1) Recomendar esto en Google

NO HAY COMENTARIOS:

PUBLICAR UN COMENTARIO



0000465

12 48

DILIGENCIA.2014.17.01.33D0 2S234

RAZON.- Certifico que la presente página (web) es fiel a la constante de la siguiente dirección electrónica <http://deconstitucion.blogspot.com/2014/09/1a-neurociencia-para-el-desarrollo-del.html> en la que se lee que corresponde a DE CONSTITUCIONAL y que en tiempo real ocurrió hoy 05 de septiembre del 2014, a las 15h00.- Copia magnética del documento queda guardada en el servidor de la Notaria.- El Notario

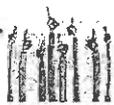
NOTARIA TRIGESIMA TERCERA



Dr. Nelson Prado  
NOTARIO  
Quito - Ecuador

DR. NELSON PRADO  
NOTARIO TRIGESIMO TERCERO  
DEL CANTÓN QUITO





SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 5  
 CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA Si por democracia entendemos un procedimiento de adopción de decisiones mediante la regla de la mayoría fe..



SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 4  
 ¿Es justo debatir sobre el modelo de contratación colectiva o no? La desnaturalización de la contratación colectiva y la firma de cla..

TEXTO DE ENMIENDAS CONSTITUCIONALES  
 Para leer el texto completo del Proyecto de Enmienda ver acá **EL PLENO CONSIDERANEO** Que la Constitución de la Repú.

Antonio Carlos Volkmer y la crítica jurídica latinoamericana

Vistas a la página totales

1340

PUBLICACIONES

- septiembre (3)
- agosto (4)
- julio (6)
- junio (2)

Escribe un comentario.

48 - 2 5

Comentar como: Cuenta de Go...

Publicar

Vista previa



Entrada más reciente

Página Principal

Entrada antigua

Suscribirse a Comentarios de la entrada (Atom)

Plantilla Simple Tecnología de Blogger

**NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO**

Conforme lo dispuesto por el Art. 18 numeral 5 de la Ley Notarial, doy fe que el documento que en 2 fojas) antecede, es FIEL COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentada para este efecto y acto seguido devolvi al interesado.

Quito, a 20 JUN. 2016

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
 NOTARIA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO



0000467

DILIGENCIA.2014.17.01.33D02584

RAZON.- Certifico que la presente página (web) es fiel a la constante de la siguiente dirección electrónica <http://deconstitucion.blogspot.com/2014/09/la-neurociencia-para-el-desarrollo-del.html> en la que se lee que corresponde a DE CONSTITUCIONAL y que en tiempo real ocurrió hoy 05 de septiembre del 2014, a las 15h00.- Copia magnética del documento queda guardada en el servidor de la Notaria.- El Notario



Dr. Nelson Prado  
NOTARIO  
Quito - Ecuador

*[Handwritten signature]*  
**DR. NELSON PRADO**  
NOTARIO TRIGESIMO TERCERO  
DEL CANTÓN CUI. O



0300463

# **La neurociencia para el desarrollo del derecho constitucional a la educación inclusiva**

**Mónica Silvana Rodríguez Ayala**



0000463

48

ESPECIAL  
LAW



## La neurociencia para el desarrollo del derecho constitucional a la educación inclusiva

Mónica Silvana Rodríguez Ayala<sup>1</sup>

### Resumen

La neurociencia para el desarrollo del derecho constitucional a la educación inclusiva pone al servicio de la pedagogía los avances científicos en torno al conocimiento de la mente.

Solo al incursionar en este campo se puede comprender la marcada individualidad de la acción humana y ajustar los procesos de enseñanza y aprendizaje.

Según la neurociencia, el cerebro es un cerebro social. Comenzamos a ser configurados a medida que nuestros cerebros interactúan con el entorno y las relaciones interpersonales. De ahí que los docentes están obligados a propiciar un entorno rico en experiencias para robustecer la mente y el cerebro de las y los niños con discapacidades.

Uno de los principios que anima a la neurociencia es la afectividad orientada hacia las expectativas, inclinaciones, autoestima y la necesidad de interacción social.

Las emociones dan color al significado. Un clima emocional apropiado es indispensable para una sana educación.

Quien investiga sobre la neurociencia, la aplicará; si es pedagogo, lo hará al trabajo con los estudiantes con discapacidad, porque la Constitución establece en el artículo 26 que la educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye garantía de la igualdad y de la inclusión social.

Es indispensable recordar que los cerebros son únicos; que existe influencia de los conocimientos previos; que no todos los cerebros tienen la misma habilidad para resolver los problemas y que el cerebro siempre busca y con frecuencia privilegia la novedad.

**Descriptor:** neurociencia, habilidad, inclusiva, autoestima, mente



<sup>1</sup> Magíster en Asesoría Jurídica de la Empresa, Universidad Carlos III de Madrid- España. Magíster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid-España. Magíster en Derecho, período de docencia para la obtención del título de Doctor en Derecho, Universidad Alcalá de Henares de Madrid-España. Licenciada en derecho (Abogada), Universidad Complutense de Madrid-España. Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración, Especialización en Estudios Latinoamericanos, Universidad Complutense de Madrid-España.

12 48

ESPACIO  
BLANCO



0000472

48

**Abstract**

Neuroscience for the development of the constitutional right to inclusive education at the service of pedagogy scientific advances in knowledge about the mind.

Only enter this field can understand the marked individuality of human action and adjust teaching and learning.

According to neuroscience, the brain is a social brain. We begin to be configured as our brains interact with the environment and interpersonal relationships. Hence, teachers are required to foster an environment rich in experiences to strengthen the mind and the brain and children with disabilities.

One of the principles that encourages affective neuroscience is oriented expectations, inclinations, self-esteem and the need for social interaction.

Emotions color the meaning. An appropriate emotional climate is indispensable for a sound education.

Who investigates neuroscience, will apply; if pedagogue, he will work with students with disabilities, because the Constitution states in Article 26 that education is a right of people throughout his life and an unavoidable and inescapable duty of the State. A guarantee of equality and social inclusion.

It is essential to remember that brains are unique; there is influence of prior knowledge; that not all brains have the same ability to solve problems and that the brain is always looking and often favors novelty.

Keywords: neuroscience, skill, inclusive, self-esteem, mind



0000473

Nº 48

ESPECIAL  
DE FIANCO



0000474

**Introducción**

Este es un tema que ha provocado más de una oposición en cuanto a su validez. Sin embargo existe preocupación porque los profesores tomen conciencia de la necesidad de que conozcan más sobre el cerebro y de que manejen más información sobre cómo funciona este órgano para que así desarrollen una enseñanza, un ambiente escolar, un currículo, una evaluación más acorde con las características intrínsecas e innatas de nuestros cerebros para aprehender o, en otras palabras, más compatibles con la manera como aprende nuestro cerebro.

Salas Silva (2003, pp. 155-171) presenta un cuadro ilustrativo del estado actual de la Neurociencia y de los resultados de la misma que son aplicables a la educación. Analiza la teoría del aprendizaje basada en el cerebro o compatible con él. Enseguida las implicaciones y aplicaciones de esta teoría para el currículo, la enseñanza y la evaluación. De un modo particular se detiene en los principios del aprendizaje del cerebro y en otros principios para el diseño de un ambiente compatible con el cerebro. Y procura responder a la pregunta: ¿Cómo pasar de la teoría e investigación del cerebro a la práctica en el aula y a las políticas educacionales?

Este profesional también se refiere a cuál debe ser la actitud por asumir en el ámbito educativo frente a la Neurociencia o a los resultados de la investigación del cerebro y, en consecuencia, cómo afrontar el desafío que les plantea a los educadores la investigación del cerebro



Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



000470

100210

12 48 - 65

**Estado actual de la neurociencia**

*¿Qué es Neurociencia?* Es el conjunto de ciencias cuyo sujeto de investigación es el sistema nervioso con énfasis en la actividad del cerebro; se relaciona con la conducta y el aprendizaje. El propósito general de la Neurociencia, declaran Kandel, Schwartz y Jessell (1997), es entender cómo el encéfalo produce la marcada individualidad de la acción humana.

El término "Neurociencias", afirma Beiras (1998), hace referencia a campos científicos y áreas de conocimiento diversas, que, bajo distintas perspectivas de enfoque, abordan los niveles de conocimiento vigentes sobre el sistema nervioso. Es, por tanto, una denominación amplia y general, toda vez que su objeto es extraordinariamente complejo en su estructura, funciones e interpretaciones científicas de ambas. Se hace Neurociencia, pues, desde perspectivas totalmente básicas, como la propia de la Biología Molecular, y también desde los niveles propios de las Ciencias Sociales. De ahí que este constructo involucre ciencias tales como: la neuroanatomía, la fisiología, la biología molecular, la química, la neuroinmunología, la genética, las imágenes neuronales, la neuropsicología, las ciencias computacionales. El funcionamiento del cerebro es un fenómeno múltiple, que puede ser descrito a nivel molecular, celular, organizacional del cerebro, psicológico y/o social. La Neurociencia representa la suma de esos enfoques.

Según Sylwester (1995), la neurociencia ha pasado a ser el mayor campo de investigación durante los últimos 25 años.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la Neurociencia se caracteriza por un cierto tipo de reduccionismo. Así, por ejemplo, se lee en una página Web del Center for Neuroscience,

Mind y Behavior (2000) que su principal objetivo de investigación en Neurociencia es ofrecer



Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



0000473

una comprensión mecanicista de la conducta de todo el organismo, un nivel de análisis más allá de las moléculas, células o circuitos individuales. Es que, como sostienen Caine y Caine (1998), los investigadores en Neurociencia trabajan a un nivel mecanicista y reduccionista. Pero también abordan mecanismos, funciones o conductas cognoscitivas. Aquí figuran la psicología cognoscitiva, la lingüística, la antropología física, la filosofía y la inteligencia artificial (Sylwester 1995).

Pero, habida cuenta de esta consideración, hay que reconocer, siguiendo a Geake (2002), que si el aprendizaje es el concepto principal de la educación, entonces algunos de los descubrimientos de la Neurociencia pueden ayudarnos a entender mejor los procesos de aprendizaje de nuestros alumnos y, en consecuencia, a enseñarles de manera más apropiada, efectiva y agradable. En ese sentido se entiende la afirmación de Wolfe (2001) de que el descubrimiento más novedoso en educación es la Neurociencia o la investigación del cerebro, un campo que hasta hace poco era extraño a los educadores.

Los avances en Neurociencia han confirmado posiciones teóricas adelantadas por la psicología del desarrollo por años, tales como la importancia de la experiencia temprana en el desarrollo. Lo nuevo es la *convergencia* de evidencias de diferentes campos científicos. Detalles acerca del aprendizaje y el desarrollo han convergido para formar un cuadro más completo de cómo ocurre el desarrollo intelectual.

La clarificación de algunos de los mecanismos del aprendizaje por la Neurociencia ha sido mejorada por la llegada de tecnologías de imágenes no invasivas. Entre estas habría que mencionar: el escaneo de CAT, el Magnetic Resonance Imaging (MRI) y los



№ 48

ESPACIO  
BLANCO



172 48 - 3 - 3

Espectrómetros. El Electroencefalograma (EEG); la MEG (Magnetoencefalografía); el SQUID (instrumento de interferencia cuántica superconductor) y el BEAM (Mapeo de la Actividad Eléctrica Cerebral). Y la Tomografía por emisión de positrones (PET).

Estas tecnologías han permitido a los investigadores observar directamente los procesos del aprendizaje humano, por lo menos desde un punto de vista mecanicista.

Algunos descubrimientos fundamentales de la Neurociencia, que están expandiendo el conocimiento de los mecanismos del aprendizaje humano, son:

- 1. El aprendizaje cambia la estructura física del cerebro.
- 2. Esos cambios estructurales alteran la organización funcional del cerebro; en otras palabras, el aprendizaje organiza y reorganiza el cerebro.

Según Caine y Caine, (1997) doce son los principios del aprendizaje:

- Principio 1. *El cerebro es un complejo sistema adaptativo*: tal vez una de las características más poderosas del cerebro es su capacidad para funcionar en muchos niveles y de muchas maneras simultáneamente. Pensamientos, emociones, imaginación, predisposiciones y fisiología operan concurrente e interactivamente en la medida en que todo el sistema interactúa e intercambia información con su entorno.

- Principio 2. *El cerebro es un cerebro social*: durante el primer y segundo año de vida fuera del vientre materno, nuestros cerebros están en un estado lo más flexible, impresionable y receptivo como nunca lo estarán. Comenzamos a ser configurados a medida que nuestros receptivos cerebros interactúan con nuestro temprano entorno y relaciones interpersonales.

Está ahora claro que a lo largo de nuestra vida, nuestros cerebros cambian en respuesta a su compromiso con los demás, de tal modo que los individuos pueden ser siempre vistos como



0000481

Nº 48 - 11

ESPACIO  
BLANCO



0009432

SECRETARIA

partes integrales de sistemas sociales más grandes. En realidad, parte de nuestra identidad depende del establecimiento de una comunidad y del hallazgo de maneras para pertenecer a ella. Por lo tanto, el aprendizaje está profundamente influido por la naturaleza de las relaciones sociales dentro de las cuales se encuentran las personas.

· Principio 3. *La búsqueda de significado es innata*: en general, la búsqueda de significado se refiere a tener un sentido de nuestras experiencias. En lo esencial, nuestra búsqueda de significado está dirigida por nuestras metas y valores. La búsqueda de significado se ordena desde la necesidad de alimentarse y encontrar seguridad, a través del desarrollo de las relaciones y de un sentido de identidad, hasta una exploración de nuestro potencial y búsqueda de lo trascendente.

· Principio 4. *La búsqueda de significado ocurre a través de "pautas"*: El cerebro necesita y registra automáticamente lo familiar, mientras busca y responde a nuevos estímulos. De alguna manera, por lo tanto, el cerebro es tanto científico como artista. El cerebro se resiste a que se le impongan cosas sin significado.

· Principio 5. *La afectividad es crítica para la elaboración de pautas*: lo que aprendemos es influido y organizado por la afectividad y los conjuntos mentales que implican expectativas, inclinaciones y prejuicios personales, autoestima, y la necesidad de interacción social. La afectividad y los pensamientos se moldean unos a otros y no pueden separarse. Las emociones dan color al significado. Las metáforas son un ejemplo de ello. Por lo tanto, un clima emocional apropiado es indispensable para una sana educación.

· Principio 6. *Cada cerebro simultáneamente percibe y crea partes y todos*: si bien la distinción entre "cerebro izquierdo y cerebro derecho" es real, no expresa todo lo que es el cerebro. En una persona sana, ambos hemisferios interactúan en cada actividad.



Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



· Principio 7. *El aprendizaje implica tanto una atención focalizada como una percepción periférica*: el cerebro absorbe información de lo que está directamente consciente, y también de lo que está más allá del foco inmediato de atención, poderoso efecto en los estudiantes. Los educadores, por lo tanto, pueden y deben prestar una gran atención a todas las facetas del entorno educacional.

· Principio 8. *El aprendizaje siempre implica procesos conscientes e inconscientes*: si bien un aspecto de la conciencia es consciente, mucho de nuestro aprendizaje es inconsciente, es decir, que la experiencia y el input sensorial son procesados bajo el nivel de conciencia.

· Principio 9. *Tenemos al menos dos maneras de organizar la memoria*: tenemos un conjunto de sistemas para recordar información relativamente no relacionada (sistemas taxonómicos). Esos sistemas son motivados por premio y castigo, y también tenemos una memoria espacial/autobiográfica que no necesita ensayo y permite por "momentos" el recuerdo de experiencias. El aprendizaje significativo ocurre a través de una combinación de ambos enfoques de memoria. De ahí que la información significativa y la insignificante se organicen y se almacenen de manera diferente.

· Principio 10. *El aprendizaje es un proceso de desarrollo*: el desarrollo ocurre de muchas maneras. En parte, el cerebro es "plástico", lo que significa que mucho de su alambrado pesado es moldeado por la experiencia de la persona. En parte, hay determinadas secuencias de desarrollo en el niño, incluyendo las ventanas de oportunidad para asentar la estructura básica necesaria para un posterior aprendizaje. Tales oportunidades explican por qué las lenguas nuevas, como también las artes, deben ser introducidas a los niños muy temprano en la vida. Y, finalmente, en muchos aspectos, no hay límite para el crecimiento ni para las capacidades de los seres humanos para aprender más. Las neuronas continúan siendo capaces de hacer y reforzar nuevas conexiones a lo largo de toda la vida.



Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



0400486

0400486

· Principio 11. *El aprendizaje complejo se incrementa por el desafío y se inhibe por la amenaza:* el cerebro aprende de manera óptima hace el máximo de conexiones cuando es desafiado apropiadamente en un entorno que estimula el asumir riesgos. Sin embargo, se encoge o se "bajonea" ante una amenaza percibida.

· Principio 12. *Cada cerebro está organizado de manera única:* todos tenemos el mismo conjunto de sistemas y, sin embargo, todos somos diferentes. Algunas de estas diferencias son una consecuencia de nuestra herencia genética. Otras son consecuencia de experiencias diferentes y entornos diferentes. Las diferencias se expresan en términos de estilos de aprendizaje, diferentes talentos e inteligencias, etcétera.

De lo manifestado por todos los científicos citados se puede concluir:

1. Los cerebros humanos son tan únicos como los rostros. No existen dos cerebros idénticos. Aunque existen patrones generales de organización en cuanto a cómo aprehenden y a las áreas que están involucradas, cada ser humano es único.
2. Está establecida la influencia del conocimiento previo. El conectar nueva información con los conocimientos previos facilita el aprehendizaje. Aprehendemos mejor y más rápido cuando relacionamos nueva información a lo que ya conocíamos.
3. Estamos convencidos de que no todos los cerebros son iguales en su habilidad para resolver problemas. Tanto el contexto como las habilidades tienen influencia sobre el aprehendizaje. El contexto incluye el ambiente de aprehendizaje, la motivación por el tema y los conocimientos previos. Cada persona nace con diferentes aptitudes, que pueden desarrollarse o perderse, dependiendo del estímulo que recibe.



48

ESPACIO  
DINAMICO



- 4. Es probable que el cerebro busque y con frecuencia detecte la novedad. Reconozca rápidamente lo que está fuera de lugar o es diferente e inconscientemente busque lo que no encaja.
- 5. También es probable que la práctica y la repetición sean fundamentales. La repetición de pistas de recuperación ayuda en los procesos de la memoria declarativa. La memoria puede ser creada por experiencias afectivas intensivas y que la memoria declarativa se mejore a través del ensayo. Por lo tanto son necesarios deberes bien estructurados y trabajos mnemotécnicos.
- 6. Se requiere la enseñanza explícita de conceptos claves. Los mediadores obtienen mejores resultados si dan explicación explícita de los conceptos claves.
- 7. Que la adquisición de conocimiento declarativo depende tanto de la memoria como de la atención.
- 8. Que la nutrición tiene un impacto sobre el aprehendizaje. Los malos hábitos alimenticios restan habilidad al cerebro y limitan su potencial de aprehendizaje.
- 9. Es probable que el estrés tenga un impacto sobre el aprehendizaje. El eustress aumenta el nivel de atención, mientras que el negativo le resta potencialidad al aprehendizaje. Cuando los estudiantes sienten el estrés negativo, partes del cerebro bloquean la entrada de información nueva y el nuevo aprehendizaje. Eustress involucra mantener a los estudiantes atentos sin crear pánico.
- 10. Indudablemente el cuerpo influye en la habilidad de aprehendizaje de la mente.
- 11. Está demostrado que dormir es importante para la consolidación de la memoria declarativa y que la memoria afectiva sí se puede consolidar sin dormir.
- 12. Es probable que el cerebro humano juzgue los rostros y las voces de los demás en busca de niveles de amenaza, de una manera rápida, frecuente e inconsciente. Esto



Nº 48

ESPACIO  
EN BLANCO



6000400

influencia cómo se percibe la información proveniente de estas fuentes (válida no válida; de confianza o no). Cuando un estudiante siente que su profesor no cree en sus habilidades de aprehendizaje, porque lo miró raro, su rendimiento es afectado negativamente. Lo que el estudiante piense que su profesor piensa de él, influencia en su rendimiento.

**Conclusión**

Como se puede apreciar son múltiples las influencias del cerebro en todos los procesos de aprehendizaje y hasta de aprendizaje. Consideremos lo analizado como parte del vademécum que debe considerar todo buen profesional.



№ 48

ESPACIO  
MEXICO



**Bibliografía**

Alexandria, VA: Association for Supervision and Curriculum. Development.

Caine, R.N. y G. Caine. (1991) *Making Connections: Teaching and the Human Brain*.

Jensen, Eric (2004). *Cerebro y aprendizaje: competencias e implicaciones educativas*, Narcea.

Lantieri, Linda (2009). *Inteligencia emocional infantil y juvenil*, Aguilar.

Marina, José Antonio (2011). *El cerebro infantil: la gran oportunidad*, Ariel,

Ortiz, Tomás, (2009). *Neurociencia y educación*, Alianza Editorial.

Rof Carballo, Juan (2001). *Cerebro interno y mundo emocional*. Asociación Gallega de Psiquiatría. Lugo.

Salas, Raúl (2003) Cita a Kandel, Schwartz y Jessell (1997), en *Estudios pedagógicos* (Valdivia)

Sylwester, Robert (1995). ISBN-10: 0871202433 | ISBN-13: 978-0871202437 ..."A Celebration of Neurons".



ESPACIO  
BLANCO



0000494



ASAMBLEA NACIONAL  
REPÚBLICA DEL ECUADOR

# Compendio de técnica legislativa para la construcción de leyes



Nº 48



0000495

48

PAGINA EN BLANCO



0000496



## Créditos

### Miembros del CAL

Gabriela Rivadeneira  
Presidenta

Rosana Alvarado  
Primera Vicepresidenta

Marcela Aguiñaga  
Segunda Vicepresidenta

Virgilio Hernández  
Primer Vocal

Rocío Valarezo  
Segunda Vocal

Germán Ledesma  
Tercer Vocal

Ricardo Moncayo  
Cuarto Vocal

Libia Rivas  
Secretaria General

### Consejo Editorial

Libia Rivas  
Marcelo Bonilla  
Natacha Reyes  
Richard Ortiz  
Mónica Rodríguez  
Dalia María Noboa

### Ponentes

María Alejandra Svetaz  
Angélica Porras  
Piedad García-Escudero  
Julio Echeverría  
Libia Rivas  
Mónica Rodríguez  
Dalia María Noboa  
Pedro Aulestia

Equipo Unidad de Técnica Legislativa

Responsable de la revisión lingüística

0000497



Nº 48

PAGINA 37  
EN BLANCO



0000498

48



**1800 ASAMBLEA**  
27262

Más información: (593) 2 399 1000  
Dir: Av. 6 de Diciembre y Piedrahita  
[www.asambleanacional.gob.ec](http://www.asambleanacional.gob.ec)



ISBN 978-9942-9918-5-0



9 789942 991850

Derecho de autor: 042660

0000498

COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentada y devuelta tal cual según lo devolví al interesado.

Quito, a.....

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO

17 JUN. 2019

CONSEJO DE PARTICIPACION  
CIUDADANA Y  
CONTROL SOCIAL  
SECRETARIA GENERAL

Nº 48 - 2011

**PAGINA  
EN BLANCO**



000500

ASAMBLEA NACIONAL  
REPÚBLICA DEL ECUADOR  
2013-2017

Nº 48

# QUIERO Y PUEDO

COLECCIÓN DE CUENTOS

NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

Conforme al artículo 18 numeral 5 de la Ley Notarial, de lo que el suscrito por un (n) interesado es FIEL COPIA DEL ORIGINAL que fue presentada para este efecto y acto seguido devolvió al interesado.

17 JUN. 2016

Quito, a .....

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO



12 48 - 101

PAGINA 37  
EN BLANCO



0000502

# COLECCIÓN DE CUENTOS

48

**LA CONSTITUCIÓN:** Incursión literaria,  
democrática e infantil en las leyes

## VOLUMEN I: QUIERO Y PUEDO

### ASAMBLEA NACIONAL

Gabriela Rivadeneira Burbano  
*Presidenta*

### MIEMBROS DEL CAL

Gabriela Rivadeneira Burbano  
*Presidenta*

Rosana Alvarado  
*Primera Vicepresidenta*

Marcela Aguiñaga  
*Segunda Vicepresidenta*

Virgilio Hernández  
*Vocal*

Rocío Valarezo  
*Vocal*

Ricardo Moncayo  
*Vocal*

Libia Rivas  
*Secretaría General*

### CONSEJO EDITORIAL

Libia Rivas  
Marcelo Bonilla  
Nazim Flores  
Richard Ortiz Ortiz  
Darwin Reyes  
Mónica Rodríguez  
Dalia María Noboa

### COORDINACIÓN DE EDICIÓN

Roman Acosta Chávez

### REVISIÓN LINGÜÍSTICA

Sofía Castelanos S.  
Gabriela Vallejo Flores

### COORDINACIÓN GENERAL UNIDAD DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Mónica Rodríguez  
Dalia María Noboa

### DISEÑO E ILUSTRACIÓN

Tito Martínez  
María José Carvajal  
Freed Flores León

### AUTORAS

María Teresa Fuentes  
Yaneite Lantigua

NOTARÍA TRIGÉSIMA SEPTIMA DEL CANTÓN QUITO

Conforme lo dispuesto por el Art. 18 numeral 5 de la Ley Orgánica, doy fe que el documento que se me fue presentado para este efecto y acto seguido devolví al interesado.

Quito, a .....

17 JUN. 2016

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARÍA TRIGÉSIMA SEPTIMA DEL CANTÓN QUITO



ISBN 978-9942-9918-6-7  
DERECHOS DE AUTOR  
043424

Nº 48

PAGINA  
EN BLANCO





ASAMBLEA NACIONAL  
REPÚBLICA DEL ECUADOR

2013-2017

*Contigo ide ley!*

NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

Conforme lo dispuesto por el Art. 18 numeral 5 de la Ley Notarial doy fe que el documento que en \_\_\_\_\_ fecha anterior es FIEL COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentada para este efecto y acto seguido devolvi al interesado.

17 JUN 2016

Quito, a .....

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARÍA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO

ISBN 978-9942-9918-6-7



97899421991867



0300505

٤٨ - ٤٧

PAGINA EN BLANCO



000006



15

48

ASAMBLEA NACIONAL  
REPUBLICA DEL ECUADOR  
2013-2017

# ME DIVIERTO Y APRENDO

Conforme a disposición de la Art. 18 numeral 5 de la Ley Orgánica, hay  
de que el documento que es (original) precede, es FIEL  
COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentada para este efecto y acto  
seguido devolví al interesado.

17 JUN. 2016

Quito, a.....

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO



0000507

PAGINA 37  
EN BLANCO



0000508

# COLECCIÓN DE CUENTOS

**LA CONSTITUCIÓN:** Incursión literaria,  
democrática e infantil en las leyes

## VOLUMEN II: ME DIVIERTO Y APRENDO

### ASAMBLEA NACIONAL

Gabriela Rivadeneira Burbano  
Presidenta

### MEMBROS DEL CAL

Rivadeneira Burbano  
Presidenta

Rebeca Alvarado  
Primera Vicepresidenta

Cecilia Aguinaga  
Segunda Vicepresidenta

Vilijio Hernández  
Vocal

Pablo Valarezo  
Vocal

Ricardo Moncayo  
Vocal

Libia Rivas  
Secretaria General

### CONSEJO EDITORIAL

Libia Rivas  
Marcelo Bonilla  
Nazim Flores

Darwin Reyes

Mónica Rodríguez

Dalia María Noboa

### COORDINACIÓN DE EDICIÓN

Roman Acosta

### CORRECCIÓN DE ESTILO

Gabriela Vallejo

Andrea Armijos

Pamela Escudero

Richard González

### COORDINACIÓN GENERAL

### UNIDAD DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Mónica Rodríguez

Dalia María Noboa

Tito Martínez

María Inés González

Fried Flores

### AUTORES

Daniel Maldonado

Santiago Naranjo

Richard González

Graciela Eldredge

ISBN 9942-9918-7-4

DERECHOS DE AUTOR

043735

48

48

48



Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO



Nº 48

PAGINA  
EN BLANCO



630310

48




**ASAMBLEA NACIONAL**  
 REPUBLICA DEL ECUADOR  
 2013-2017

*Contigo ¡de ley!*

**NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO**

Conforme lo dispuesto por el Art. 18 numeral 5 de la Ley Notarial, que le que el documento que es copia del original que me fue presentada para este efecto, acto seguido devolví al interesado.

17 JUN. 2017

Quito, a .....

**Dra. Paulina Auquilla Fonseca**  
NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO



0000511



PAGINA EN BLANCO





48

ASAMBLEA NACIONAL  
REPUBLICA DEL ECUADOR  
2013-2017

# BUSCO LIBERTAD, PAZ Y JUSTICIA

COLECCIÓN DE CUENTOS

NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

Conforme lo dispuesto en el Art. 18 numeral 5 de la Ley Notarial, doy fe que el documento que en ... **FIEL COPIA DEL ORIGINAL** que me fue presentado para este efecto y acto seguido devolví al interesado.

17 JUN. 2016

Quito, a .....

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARÍA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO

4900013



Nº 48 - 1983

PAGINA EN BLANCO



00514

# COLECCIÓN DE CUENTOS

## LA CONSTITUCIÓN: Incurción literaria, democrática e infantil en las leyes

### VOLUMEN III: BUSCO LIBERTAD, PAZ Y JUSTICIA

COORDINACIÓN DE EDICIÓN

Roman Acosta Chávez

CORRECCIÓN DE ESTILO

Gabriela Vallejo Flores  
Andrea Armijos Robles  
Pamela Escudero  
Richard González

DISEÑO E ILUSTRACIÓN

Tito Jiménez  
María José Carvajal

CONSEJO EDITORIAL

Libio Rivas  
Marcelo Bonilla  
Nazim Flores  
Richard Ortiz Ortiz  
Darwin Reyes  
Mónica Rodríguez  
Dalia María Noboa

COORDINACIÓN GENERAL  
UNIDAD DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Mónica Rodríguez  
Dalia María Noboa

AUTORES

Maribel Melo  
Graciela Eláredge  
Max Vega  
Vinicio León

ISBN 9942-9918-8-1  
DERECHOS DE AUTOR  
043736

ASAMBLEA NACIONAL

Gabriela Rivadeneira Burbano  
Presidenta

MIEMBROS DEL CAL

Gabriela Rivadeneira Burbano  
Presidenta

Rosana Alvarado  
Primera Vicepresidenta

Marcela Aguiñaga  
Segunda Vicepresidenta

Virgilio Hernández  
Vocal

Rocio Valarezo  
Vocal

Ricardo Moncayo  
Vocal

Libio Rivas  
Secretaría General

NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTÓN QUITO  
Conforme a lo dispuesto por el Art. 10 numeral 5 de la Ley Notarial, (ley  
le que el documento que en este lugar) antecede,  
COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentada para este efecto y acto  
seguido devolvi al interesado.

Quito, a

17 JUN 2016

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO



Nº 48

**PAGINA EN BLANCO**



0000516

259



No 48 - 8 - 17



ASAMBLEA NACIONAL  
REPUBLICA DEL ECUADOR

2013-2017

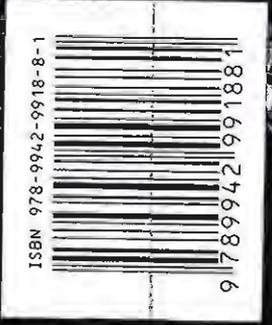
*Contigo ide ley!*

NOTARIA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO  
Conforme lo dispuesto por el Art. 41 numeral 5 de la Ley Notarial  
de que el documento que en \_\_\_\_\_ (topo) online de la  
COPIA DEL DOCUMENTO que me fue presentada para este efecto  
seguido devolví al interesado. 17 JUN 2017

Quito, a \_\_\_\_\_



0000517



Nº 48

**PAGINA  
EN BLANCO**



0000518

Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARIA



# MANUAL DE TÉCNICA LEGISLATIVA

*Contigo ¡de ley!*



0000519

Nº 48

PAGINA  
EN BLANCO



6000320

NOTARIA TRIGESIMA SET

**MANUAL DE TÉCNICA LEGISLATIVA  
ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR**

Miembros del Consejo de  
Administración Legislativa (CAL)

La  
bi  
pr  
gr  
ut  
p  
pr  
gi  
re  
er  
¿  
M  
qu  
di  
aj  
ci  
té  
di  
tu  
m  
H  
e  
e  
p  
C  
e  
s  
g

Gabriela Rivadeneira Burbano  
**Presidenta**

Rosana Alvarado Carrión  
**Primera Vicepresidenta**

Marcela Aguiñaga Vallejo  
**Segunda Vicepresidenta**

Virgilio Hernández Enriquez  
**Primer Vocal**

Rocio Valarezo Ordóñez  
**Segunda Vocal**

Ricardo Moncayo Cevallos  
**Tercer Vocal**

Libia Rivas Ordóñez  
**Secretaria General**

**Autores**

Piedad García-Escudero Márquez,  
Libia Rivas Ordóñez, Mónica Rodríguez Ayala,  
Richard González Dávila, Dalia María Noboa Cruz,  
Roman Acosta Chávez, Pamela Escudero Soliz,  
Edwin Alcarás Panchi, Xavier Arguello Egas,  
Gabriela Vallejo Flores

**Segunda edición**

Unidad de Técnica Legislativa

Impresión  
Ecuatorial

ISBN: 978-9942-07-716-5

Derechos de autor: 044796

Quito - Ecuador  
2014

NOTARIA TRIGESIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

CONFIRMO LA DESIGNACIÓN EN EL ART. 18 NUMERAL 5 DE LA LEY NACIONAL, DOY  
FE QUE EL DOCUMENTO QUE ME PRESENTA PARA ESTE EFECTO ES FIEL  
COPIA DEL ORIGINAL QUE ME FUE PRESENTADO PARA ESTE EFECTO

17 JUN 2016

Dra. Paulina Auquilla Fonseca

SECRETARÍA GENERAL  
CONTROL SOCIAL  
REPUBLICA DEL ECUADOR

0000321

Nº 48

PAGINA  
EN BLANCO

[Faint, illegible text]



0000502



ASAMBLEA NACIONAL  
REPÚBLICA DEL ECUADOR

**II Compendio de Derecho  
Parlamentario, Ciencia  
Política y Técnica  
Legislativa**



PAGINA EN BLANCO



0000584

Nº 48

**II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política  
y Técnica Legislativa**  
Asamblea Nacional del Ecuador

Miembros del Consejo de Administración Legislativa (CAL)

Gabriela Rivadeneira Burbano  
Presidenta

Rosana Alvarado Carrión  
Primera Vicepresidenta

Marcela Aguiñaga Vallejo  
Segunda Vicepresidenta

Fausto Cayambe Tipán  
Primer Vocal

Carlos Bergmann Reyna  
Segundo Vocal

Verónica Arias Fernández  
Tercera Vocal

Libia Rivas Ordóñez  
Secretaria General

Consejo Editorial

Libia Rivas Ordóñez, Marcelo Bonilla Urbina, María Noboa Cruz

Autoras y autores

Claudia Storini, Richard Ortiz Ortiz, Jhoel Escudero Soliz, Julio Verdugo Silva, Mónica Rodríguez Ayala,  
Willian Carrillo Espin, Libia Rivas Ordóñez, Floralba Padrón Pardo y María Alejandra Svetaz

Edición y revisión lingüística

Unidad de Técnica Legislativa

María Noboa Cruz, Blanca Cáceres Cabezas, Edwin Alcarás Pachta, Xavier Arguello Egas, Roman Arista Chévez

Impresión El Telegrafo S.P.

ISBN: 978-9942-8530-1-2

Derechos de autor: 04779

Quito - Ecuador

2016



NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO  
Yo, \_\_\_\_\_, Notario, en virtud de la Ley Notarial, doy  
fe que el documento que en \_\_\_\_\_ (número) impreso, es FIEL  
COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentado para este efecto y a lo  
siguiente devolví al interesado.  
Quito, a \_\_\_\_\_ 17 JUN. 2016 \_\_\_\_\_

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARÍA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

0000525

PAGINA 37  
EN BLANCO



0000526

# **Investigaciones, ensayos y/o artículos publicados sobre temas de Derecho y Democracia**

№ 48



0000527

- 264 -

Nº 43 -

ESPACIO  
BLANCO



0300528



Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual

Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos



La Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en atención a la solicitud presentada el 05 de agosto del año 2014, EXPIDE el certificado de registro:

**AUTOR(es):** RODRÍGUEZ AYALA, MÓNICA SILVANA

**TITULAR(es):** RODRÍGUEZ AYALA, MÓNICA SILVANA

**CLASE DE OBRA:** LITERARIA (Inédita)

**TÍTULO DE LA(s) OBRA(s):** PERITAJE: PROCESOS DE NOMBRAMIENTOS DE MAGISTRADOS EN EUROPA.

Quito, a 06 de agosto del año 2014

NOTARIA TRIGÉSIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO  
Conforme lo dispuesto por el Art. 18 numeral 5 de la Ley Notarial, doy fe que el documento que en ... Copia del original, que me fue presentado para este efecto y acto seguido devolvi al interesado.  
Quito, a 17 JUN. 2014

*[Signature]*  
Lcda. Elena López Merizalde  
Experta Principal en Registro



Delegada del Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, mediante Resolución N° 002-2012-DNDAYDC-IEPI

El presente certificado no prejuzga sobre la originalidad de lo presentado para el registro, o su carácter literario, artístico o científico, ni acerca de la autoría o titularidad de los derechos por parte de quien solicita la inscripción. Solamente da fe del hecho de su declaración y de la identidad del solicitante.

ELM.

**PAGINA  
EN BLANCO**



0300000

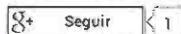


# (DE)CONSTITUCIÓN

(De)Constitución es un proyecto que busca reflexionar en torno a lo que es y debe ser el derecho, considerándolo un discurso tanto científico como ético, producido en un contexto específico. No pretendemos seguir pensando el derecho como un sistema cerrado de normas auto justificadas, sino en su complejidad como saber dogmáticamente organizado, pero además con la presencia de la moral regida por principios, es decir como un sistema de acción.

Quiénes somos ?

Ventanas Rotas



Ver mi perfil completo

### BLOGS Y BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

- Seminario de Teoría Constitucional
- Caja de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana Turno 1
- Caja de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana Turno 2
- Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico
- Derecho a la Cultura

### Ramiro Ávila, responde a Correa sobre la Reforma Constitucional

"Un debate de altura hay que ser duros con las ideas y no con las personas"

### Entradas populares

**SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 2**  
Cambios constitucionales (emendados) a la Acción de Protección Sobre los cambios constitucionales: propuestas pasare a dar una visión

**SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 1**  
La Rigidez Constitucional y la propuesta de reformas de la Constitución Que la Constitución Ecuatoriana de 2008 haya incluido

**SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 3**  
Sobre las 17 emendadas constitucionales- Ante el envío de 17 emendadas a la Constitución por parte de la Asamblea Nacional.

**La Corte Constitucional de Colombia y su función democrática**  
La Corte Constitucional de Colombia y su función democrática: una referencia a la sentencia que cuestiona la Ley que convecz a

La noción de derechos humanos en los pueblos indígenas del Ecuador. Una introducción a los problemas interculturales del Derecho(1)

jueves, 6 de marzo de 2014

## PERITAJE: PROCESOS DE NOMBRAMIENTOS DE MAGISTRADOS EN EUROPA

AUTORA: Mariana Silvana Rodríguez Ayala

El peritaje en el sistema de selección de jueces resulta determinante. La independencia judicial es un requisito prioritario para que el ejercicio de la potestad disciplinaria y la administración de sus propios recursos refleje autonomía y garantice una genuina transparencia.

Desde la antigüedad, la pugna entre la función legislativa y ejecutiva para controlar al poder judicial ha sido una constante así como los intentos de que surja un sistema judicial que mantenga el orden social, fomente el intercambio voluntario, aborde las quejas formuladas en contra del gobierno y contribuya a que el proceso legislativo sea óptimo. El escenario jurídico siempre ha buscado amalgamar un conjunto integrado de condiciones esenciales que garanticen un mayor grado de independencia judicial, el modo de selección y formación de los jueces, su estabilidad laboral y económica, su autogobierno y la provisión legal para la sanción de las acciones ilícitas.

Desde el constitucionalismo burgués, así como a lo largo de la historia de los pueblos, se han experimentado diversos sistemas de selección de jueces que garantizan mejor la independencia judicial. Cuatro son los caminos principales intentados:

- a) la selección de los jueces por el poder legislativo;
- b) la selección de los jueces por el poder ejecutivo;
- c) la selección de jueces por cooperación del mismo poder judicial;
- d) la selección de los jueces por concursos de méritos y oposición, o ambos, por instituciones independientes de los poderes o con representación de todos ellos.

Los cuatro sistemas indicados siguen vigentes en todo el mundo, con sus diferencias y peculiaridades. Todos los modelos judiciales acordados parten de una premisa incontestable e incontestada: la función judicial es y debe ser independiente y se subordina exclusivamente a la ley. En general, los países latinoamericanos han sido influenciados por la experiencia europea y también estadounidense, respecto de los mecanismos para asegurar la independencia de la función judicial.

En conclusión, la apuesta por sistemas de concurso público de mérito y oposición en la selección de jueces en distintos sistemas jurídicos, como en la Europa meridional y su influencia y recepción en América Latina, evidencia una doble utilización. La primera, honesta y legítima, responde a un sincero deseo de liberar a los jueces de intromisiones y reforzarles su independencia, en línea con el sentir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y, la segunda, oculta e ilegítima, pretende crear jueces tímidos, altamente cualificados, políticamente neutros y despolitizados, preferibles en sus resoluciones y servidores directos o indirectos de los intereses del mercado capitalista.

Ver el artículo completo en este enlace: Peritaje: Procesos de nombramientos de

0000531



Angélica Ferrás Velasco, Directorio Constitucional y de tanto color a siete de los por sesenta millos. Pichazamas mujer primicia



SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 6 Lengua y Derecho: A propósito de la propuesta de reformas constitucionales. El debate en torno a la propuesta de reformas constituc



SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 5 CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA 19 por democracia entendidas en procedimiento de adopción de decisiones mediante la regla de la



SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 4 ¿Es justa debatir sobre el modelo de constitución colectiva o no? La desnaturalización de la constitución colectiva y la firma de día

TEXTO DE ENMIENDAS CONSTITUCIONALES Para leer el texto completo del Proyecto de Enmienda ver: [EL PLENDO CONSIDERANDO](#) Que la Constitución de la Peps

Antonio Carlos Walker y la crítica jurídica intrínseca

Vistas a la página totales

1364

PUBLICACIONES

- septiembre (7)
- agosto (1)
- julio (7)
- junio (2)
- mayo (3)
- marzo (1)

Magistrados en Europa

Publicadas por Ventanas Rojas a las 13:33

48 +1 Recomendar esto en Google

NO HAY COMENTARIOS.:

PUBLICAR UN COMENTARIO

Escribe un comentario...

Comentar como: Cuenta de Goc

Publicar

Vista previa

Entrada más reciente

Página Principal

Suscribirse a Comentarios de la entrada (Atom)

Plantilla Simple, Tecnología de Blogger.



NOTARÍA TRIGESIMA SÉPTIMA DEL CANTÓN QUITO

Conforme lo dispuesto por el Art. 18 numeral 5 de la Ley Notarial, doy fe que el documento que en \_\_\_\_\_ (feja(s) antecede) es FIEL COPIA DEL ORIGINAL que me fue presentada para este efecto y acto seguido devolvi al interesado.

Quito, a 20 JUN. 2016

Dra. Paulina Auquilla Fonseca  
NOTARÍA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CANTON QUITO

0000032

# **Peritaje: Procesos de nombramientos de Magistrados en Europa<sup>1</sup>**

**AUTORA**

**Mónica Silvana Rodríguez Ayala<sup>2</sup>**



<sup>1</sup> Este artículo fue realizado por un equipo interdisciplinario en el que tuvo una destacada participación el doctor Antonio Salamanca, profesor investigador de varias universidades.

<sup>2</sup> Magíster en Asesoría Jurídica de la Empresa, Universidad Carlos III de Madrid- España. Magíster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid-España. Magíster en Derecho, período de docencia para la obtención del título de Doctor en Derecho, Universidad Alcalá de Henares de Madrid-España. Licenciada en derecho (Abogada), Universidad Complutense de Madrid-España. Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración, Especialización en Estudios Latinoamericanos, Universidad Complutense de Madrid-España.

Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



0000504

### RESUMEN

El peritaje en el sistema de selección de jueces resulta determinante. La independencia judicial es un requisito prioritario para que el ejercicio de la potestad disciplinaria y la administración de sus propios recursos refleje autonomía y garantice una genuina transparencia.

Desde la antigüedad, la pugna entre la función legislativa y ejecutiva para controlar al poder judicial ha sido una constante así como los intentos de que surja un sistema judicial que mantenga el orden social, fomente el intercambio voluntario, aborde las quejas formuladas en contra del gobierno y contribuya a que el proceso legislativo sea óptimo.

El escenario jurídico siempre ha buscado amalgamar un conjunto integrado de condiciones esenciales que garanticen un mayor grado de independencia judicial: el modo de selección y formación de los jueces, su estabilidad laboral y económica, su autogobierno y la previsión legal para la sanción de las acciones ilícitas.

Desde el constitucionalismo burgués, así como a lo largo de la historia de los pueblos, se han experimentado diversos sistemas de selección de jueces que garanticen mejor la independencia judicial. Cuatro son los caminos principales intentados: a) la selección de los jueces por el poder legislativo; b) la selección de los jueces por el poder ejecutivo; c) la selección de jueces por cooptación del mismo poder judicial; d) la selección de los jueces por concursos de méritos y oposición llevados a cabo por instituciones independientes de los poderes o con representantes de todos ellos.

Los cuatro sistemas indicados siguen vigentes en todo el mundo, con sus diferencias y peculiaridades. Todos los modelos judiciales occidentales parten de una premisa



ESQUEMA  
BLANCO



0000536

incontestable e incontestada: la función judicial es y debe ser independiente y se subordina exclusivamente a la ley.

En general, los países latinoamericanos han sido influenciados por la experiencia europea y también estadounidense, respecto de los mecanismos para asegurar la independencia de la función judicial.

En conclusión, la apuesta por sistemas de concurso público de mérito y oposición en la selección de jueces en distintos sistemas jurídicos, como en la Europa meridional y, su influencia y recepción en América Latina, evidencia una doble utilización. La primera, honesta y legítima, responde a un sincero deseo de liberar a los jueces de intromisiones y reforzarles su independencia, en línea con el sentir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y, la segunda, oculta e ilegítima, pretende crear jueces técnicos altamente cualificados, políticamente neutros y despolitizados, predecibles en sus resoluciones y servidores directos o indirectos de los intereses del mercado capitalista.

**Palabras clave:** peritaje, premisa, selección, ilícitas, judicial, pugna, autonomía.



Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



0000000

ABSTRACT

The expertise in the judicial selection system is decisive. Judicial independence is a priority for the exercise of the disciplinary authority and the management of its own resources reflecting a genuine autonomy and ensuring transparency.

Since ancient times, the struggle between the legislative and executive to control the judiciary system has been a constant, as well as, the attempts for a judicial system that keeps the social order, encourages voluntary exchange, addresses the complaints against the government and contributes to the legislative process is optimal.

The legal scene has always sought to amalgamate an integrated set of essential conditions to ensure a greater degree of judicial independence: the mode of selection and training of judges, labor and economic stability, self-government and the legal provision to sanction unlawful actions.

From the bourgeois constitutionalism and throughout the history of peoples, we have experienced different systems for selecting judges to better ensure judicial independence: a) by the legislature; b) by the executive; c) by the judiciary; d) by merit-based public opposition conducted by independent institutions or authorities with representatives of all of them.

The four systems listed are valid worldwide. All western legal models starts from an incontestable and uncontested premise: the judiciary is and should be independent and subordinate only to the law.

In general, Latin American countries have been influenced by European and U.S. experience on mechanisms to ensure the independence of the judiciary.

In conclusion, the commitment to public systems based on merit and opposition in the selection of judges in different legal systems, as in southern Europe and its influence in



ESPACIO  
BLANCO



0000040

Latin America, shows a dual use. The first, honest and legitimate, answers to a sincere desire to relieve judges from interference and reinforce their independence according to the Universal Declaration of Human Rights; and the second, hidden and illegitimate, aims to create highly skilled, politically neutral and apolitical, predictable in their technical resolutions, judges and public servers direct or indirectly related to capitalist interests.

Keywords: expert, premise, selection, illegal, legal, conflict, autonomy.



Nº 48

ESPIONAJE  
BLANCO



0000-42

### ÍNDICE

1. GENERALIDADES: EL sistema de selección de jueces condición fundamental de la independencia judicial .....6

2. EL SISTEMA DE SELECCIÓN DE JUECES EN EUROPA: PROCESOS E INSTITUCIONES DE NOMBRAMIENTO .....11

    2.1 EL SISTEMA DE SELECCIÓN DE JUECES EN ALEMANIA..... 15

    2.2 EL SISTEMA DE SELECCIÓN DE JUECES EN ESPAÑA..... 17

    2.3 SISTEMA DE SELECCIÓN DE JUECES EN ITALIA..... 20

    2.4 SISTEMA DE SELECCIÓN DE JUECES EN PORTUGAL..... 21

3. LA INFLUENCIA DOCTRINARIA Y TEÓRICA EUROPEA EN AMÉRICA LATINA.....24



00000000

0000543

ESPANOL  
BLANCO



0000044

**1 Generalidades: El sistema de selección de jueces condición fundamental de la independencia judicial**

La doctrina jurídica, en su mayor parte, considera la necesidad de un conjunto integrado de condiciones esenciales para garantizar el mayor grado de independencia judicial: el modo de selección y formación de los jueces, su estabilidad laboral y económica, su autogobierno y la previsión legal para la sanción de las acciones ilícitas, y salida de la carrera judicial.

La lucha por el control, instrumentalización y sometimiento del poder judicial por parte del poder legislativo y ejecutivo ha sido una constante desde la antigüedad; así como también han sido permanentes, con mayor o menor éxito, los intentos de la liberación de su independencia.

En los inicios del constitucionalismo burgués (siglos XVII-XVIII) la idea originaria con respecto al poder judicial fue “diluir a los jueces dentro de la misma sociedad” y controlarlos al servicio de sus intereses de clase. Para Montesquieu, el poder judicial debía ser ejercido por personas del pueblo, no del Estado, un poder invisible y nulo, de duración temporal según se le necesite o no. También para Rousseau, la función judicial solo podía ejercerse de forma pasajera. Para los revolucionarios franceses, los tribunales eran cuerpos enquistados en privilegios y al servicio del Antiguo Régimen. “La organización judicial tenía, pues, un peso político susceptible de alterar el equilibrio entre la revolución y la contrarrevolución. Esto fue lo que trataron de impedir Montesquieu y los primeros constituyentes franceses”. Según OLARIETA ALBERDI (2011) para el girondino Thoureil



Nº 48

ESPANIC  
BLANCO



0000346

el nuevo régimen liberal no tenía enemigo más peligroso que el espíritu de cuerpo, y no había corporación más peligrosa que la judicial.

La solución apuntada desde la izquierda Barnave (1789) era que los jueces sean elegidos por sufragio (jurados temporales). De este modo la burguesía, que controlaba la Asamblea, terminaba controlando a los jueces. La solución apuntada desde la derecha era que el rey nombrara a magistrados vitalicios como oficiales subordinados a su poder.

OLARIETA (2011) expone:

La configuración futura de los tribunales en Francia siguió derroteros muy distintos de los originarios proyectos de la Asamblea Constituyente.... Hoy, por contra, los jueces son cuerpos burocráticos, sedentarios y profesionales; forman parte integrante del aparato del Estado y están alejados de la sociedad. Su radio de competencias es mucho mayor que entonces y disponen de fórmulas -llamadas de 'autogobierno'- antes impensables, por cuanto los pocos jueces en aquella época existentes dependían de los otros dos poderes. Entonces dichos jueces profesionales eran un riesgo para los derechos cívicos, y hoy se les califica de garantes de esos mismos derechos (p. 80).

Entre los revolucionarios norteamericanos se levantaron las mismas quejas frente a la metrópolis, que, siglo y medio antes, había mantenido la burguesía inglesa frente a la monarquía respecto a la injerencia en las competencias de los jueces y la manipulación en la composición de los órganos judiciales: "Los jueces que antes eran electivos han pasado a depender únicamente de la Corona por lo que respecta a sus salarios... Los colonos pueden ser trasladados a Inglaterra para juzgarles allí, acusados de traición, sedición o encubrimiento de la traición cometidos en las colonias; y en virtud de una ley posterior, se han realizado procesamientos en casos incluidos en dicha disposición"<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Declaración del Primer Congreso Continental (1774); citado en OLARIETA ALBERDI, J. M., *La separación de poderes en el constitucionalismo burgués*: Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas 32 (2011.4)-



Nº 43

ESPACIO  
BLANCO



0300243

Desde el constitucionalismo burgués, así como a lo largo de la Historia de los pueblos, se han venido experimentando los sistemas de selección de jueces que mejor garanticen la independencia judicial. Cuatro son los caminos comunes principales intentados: a) la selección de los jueces por el poder legislativo; b) la selección de los jueces por el poder ejecutivo; c) la selección de jueces por cooptación del mismo poder judicial; d) la selección de los jueces por concursos de méritos y oposición llevados a cabo por instituciones independientes de los poderes o con representantes de todos ellos.

La elección o selección de los jueces por el poder ejecutivo evidencia claramente la pérdida de independencia. La elección o selección por el poder legislativo (jueces seleccionados por elección popular directa o representativa) tiene la aparente virtualidad de dotarles del mayor grado de legitimidad. Los riesgos, sin embargo, son también el sometimiento a la voluntad del partido o grupo que les designó, y la no garantía demostrada de la capacidad necesaria para el cargo. Los jueces pueden terminar sometidos a campañas electorales, frecuentemente demagógicas; recurriendo a los recursos económicos de partidos que luego visitan su oficina para cobrarse; y resolviendo solo en favor de su electorado (OBERTO, 2003: 12).

La elección o selección de los jueces por cooptación del mismo poder judicial, entre sus miembros, tiene la ventaja de ofrecer mayor seguridad sobre la capacidad técnico profesional de los elegidos para el desempeño del cargo. Sin embargo, este modo de selección acaba: en el amiguismo corporativo; en una endogamia profesional cerrada, poco abierta al aire fresco de la renovación social y frecuentemente refractaria a los intereses de la comunidad; y privilegiando los intereses corporativos o de algunos de los poderes (legislativo o ejecutivo), que lo instrumentalizan.



Nº 48 - - -

ESPACIO  
BLANCO



0500050

Los cuatro sistemas indicados siguen vigentes en todo el mundo, con sus diferencias y peculiaridades. Así, en Europa por ejemplo, hay elección de jueces directamente por el pueblo o el parlamento, en algunos cantones de Suiza. El ejecutivo (y en ocasiones el legislativo) interviene muy activamente en países de la antigua Unión Soviética atentando la independencia judicial (v.gr. el caso de la Federación Rusa). En los países nórdicos con el sistema *common law* el concurso de oposición es sustituido por cursos de formación sobre el terreno. La ausencia de una comisión independiente de organizar la selección de los jueces los hace teóricamente más susceptibles de injerencias del poder ejecutivo (aunque en la práctica, factores como la tradición histórica de independencia, el desprecio de los colegas profesionales, etc., mantienen un relativo grado de independencia judicial) (OBERTO, 2003: 18-19).

En la Europa Occidental capitalista, la historia de las intromisiones de los poderes legislativo y ejecutivo en el poder judicial se vio agravada en las dictaduras fascistas que oprimieron a varios de sus pueblos durante el siglo XX. Una vez conquistada la llamada 'democracia capitalista', en países como Alemania, España, Italia y Portugal se produjo una reacción en favor de dotar de autonomía e independencia al poder judicial. Un elemento esencial para ello fue el sistema de selección y reclutamiento de los jueces.

El sistema más compartido en los países del sur de Europa Occidental es el concurso abierto de oposición para los licenciados en Derecho. En algunos casos como España y Portugal, entre otros, el concurso de oposición es la puerta de entrada a la Escuela Judicial, no directamente a la carrera judicial. En Italia, por el contrario, la superación del concurso otorga la condición de juez, pero esta debe consolidarse luego durante el período de estancia en la Escuela Superior de la Magistratura. En el caso de Alemania, la



Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



0000050

superación del segundo examen nacional abre la puerta a un periodo de tres años de práctica judicial (OBERTO, 2003: 16-17).

En esa línea, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su última Recomendación<sup>4</sup> sobre el asunto, pide a los Estados miembros que la selección de los jueces se haga con criterios objetivos preestablecidos por ley o por la autoridad competente. Esos criterios deben basarse en los méritos del candidato, considerando su cualificación, habilidades y capacidades. También recomienda que la autoridad que decida el sistema de selección ha de ser independiente del poder legislativo y ejecutivo. Y por lo menos la mitad de sus miembros deben ser jueces elegidos entre ellos. En los países donde la ley otorgue al jefe de Estado, el ejecutivo o legislativo, poder de decisión sobre la selección de los jueces, debe crearse una autoridad conformada fundamentalmente por jueces con capacidad para recomendar o expresar opiniones que deben seguir en la práctica de la selección.

Sobre la formación inicial de los jueces encomienda que sea financiada completamente por el Estado. Y al tiempo pide que haya una autoridad independiente y con autonomía académica para asegurar que se consiga los objetivos de apertura, competencia e imparcialidad inherente a la actividad de un juzgado. La evaluación de los jueces debe basarse en criterios objetivos publicados por la autoridad judicial competente, y habilitando procesos para su impugnación (R. 44-49; 56-58).<sup>7</sup>



Más allá de Europa, en el ámbito internacional, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) comienza un movimiento mundial para hacer real el derecho

<sup>4</sup> Recommendation CM/Rec (2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities.

Nº - 48 - 1991

ESPACIO  
BLANCO



000054

a jueces independientes e imparciales (artículo 10)<sup>5</sup>. Un consenso generalizado se ha ido creando (activista social de esa lucha ha sido, entre otros, la Unión Internacional de Magistrados).

## 2 El sistema de selección de jueces en Europa: procesos e instituciones de nombramiento

Varios son los aspectos a considerar para valorar el nivel de independencia (entendida en términos estrictamente institucionales (Friedman, 1994: 28-29) de los distintos sistemas judiciales: la formación del personal, el sistema de reclutamiento, los ascensos y traslados y las garantías de status. Además, resulta fundamental el análisis de las instituciones en las que reside el poder de designar a los magistrados, pues las diferencias entre los distintos modelos se explican por las distintas concepciones sobre el sistema político, el jurídico y las relaciones y equilibrios entre ambos.

En este apartado analizaremos los rasgos comunes de los sistemas judiciales de tipo continental, para después adentrarnos en las especificidades de los sistemas de Alemania, Italia, Portugal y España y por último realizar una valoración de la influencia doctrinaria y teórico de los sistemas judiciales europeos en Latinoamérica.

Rasgos comunes de los sistemas judiciales de tipo continental:

### 2.1 El reclutamiento y la formación

El primer elemento a tener en cuenta es qué autoridades e instituciones ostentan el papel de escoger a los miembros de la magistratura. Existen diferencias sustanciales en este ámbito entre los sistemas continentales y anglosajones: mientras en los primeros



<sup>5</sup> ONU, *Principios fundamentales sobre la independencia de los jueces* (1985) art. 10; CONSEJO CENTRAL DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS, *El estatus universal del juez* (1999) art. 9.

RESERVA  
BLANCO



000055

prima el modelo de reclutamiento por concurso, o burocrático, en los segundos el reclutamiento es de tipo profesional.

Los modelos continentales que analizamos en este ensayo se caracterizan por el contrario por su tendencia a reproducir en cierta medida las características principales de los grandes aparatos burocráticos del Estado (Merryman, 1985:26). El modelo se basa en la concepción de que el juez es un técnico del derecho cuya tarea consiste exclusivamente en aplicar la ley, por lo que su legitimación se funda solo sobre la competencia jurídica, en un esquema parecido al que opera, por ejemplo, en la formación de los técnicos de la Hacienda Pública. Esta asimilación se muestra en particular en los mecanismos de selección y reclutamiento: las modalidades de acceso a la magistratura son, con algunas diferencias entre países casi idénticas a las que regulan la admisión a otros cuerpos funcionariales.

El concurso público es así la piedra angular del sistema de acceso del modelo burocrático, la vía principal, cuando no la única, de entrada en el cuerpo magistral. Este modelo de acceso se basa en el principio meritocrático, capaz a la vez de garantizar la eficacia e idoneidad de la selección profesional y la independencia del poder judicial (Rebuffa, 1993: 69). La selección se basa en pruebas escritas y orales que el aspirante debe ir superando, en las que la dimensión teórica predomina claramente sobre la aplicada precisamente por la inexistencia habitual de una práctica profesional previa. La formación incluye en la mayoría de los casos todas las disciplinas jurídicas sin adentrarse en este período en formas de especialización.



ESPACIO  
BLANCO



0500553

La selección se apoya, por tanto, en el conocido principio de la “omnicompetencia funcional”, es decir, que los candidatos deben mostrarse idóneos en cualquiera de las funciones propias del ámbito jurídico –juzgador o postulante, civil o penal-. El resultado de esta práctica es que el aprendizaje aplicado y las competencias específicas de cada una de las tareas se produzca una vez dentro el cuerpo en interacción con los colegas más veteranos.

Siendo este el modelo básico en los sistemas jurídicos continentales, se ha ido introduciendo algunas transformaciones que pueden considerarse auténticos correctivos al modelo burocrático, aunque con diferencias entre los distintos países que examinaremos con más detalle en los próximos epígrafes. Se ha desarrollado paulatinamente un acceso lateral a la magistratura, realizado con criterios meritocráticos y abierto a funcionarios públicos y abogados, para contrarrestar las tendencias típicas de los cuerpos cerrados. Así mismo, se han introducido en Europa distintas instituciones dirigidas a la formación inicial y continua de los magistrados con el objetivo de integrar la formación teórica con el adiestramiento práctico, colmando así el vacío institucional entre la conclusión de los estudios universitarios y el ingreso en la carrera.

**2.2 La independencia y la carrera**

Todos los modelos judiciales occidentales parten de una premisa incontestable e incontestada: la función judicial es y debe ser independiente, y se subordina exclusivamente a la ley. Aparecen sin embargo notables diferencias cuando se examina la regulación del status de la magistratura y en particular elementos como los nombramientos, las sanciones disciplinarias, los traslados y los ascensos a lo largo de la carrera.



ESPACIO  
BLANCO



0000000

En el análisis de estas diferencias aparecen claramente dos dimensiones del concepto de independencia: una vertiente interna, referida a la organización judicial y a la posición que en ella ocupa el juez, y una dimensión externa, que se detiene en las relaciones entre el poder judicial y el resto de las instituciones del Estado, en particular los poderes legislativo y ejecutivo.

Comenzando por la primera de estas vertientes, constatamos que a diferencia de los modelos anglosajones las organizaciones judiciales en Europa continental, entre las que se encuentran las de los países estudiados, se caracterizan por una estructura piramidal en la que el tratamiento económico, la influencia y el prestigio de los magistrados responden a un claro principio jerárquico y esa es por tanto la forma de la organización. El ascenso a lo largo de los grados fomenta la competición individual y combinan siempre dos principios fundamentales: por un lado la antigüedad en el cuerpo y por otro los méritos profesionales, medidos en ocasiones a través de notas y a menudo en evaluaciones de las actividades del magistrado (Damaska, 1986:36).

El primer elemento fundamental del funcionamiento de este orden jerárquico es el papel otorgado a los magistrados de grado más alto, pues independientemente de que la decisión última esté en manos del Ministro de Justicia o de otras instituciones, el ascenso en la carrera se decide a través de notas personales redactadas por los superiores. La forma de control típica de los ambientes profesionales, el juicio por pares, se sustituye en este modelo burocrático por el juicio de los superiores. El principio de la "omnicompetencia funcional" ya mencionado tiene aquí su expresión vertical, la "omnisciencia jerárquica" el supuesto por el que los cargos directivos tienen que ser capaces de llevar a cabo las tareas propias de los niveles inferiores, lo que les dota a su vez de la capacidad para



ESPACIO  
BLANCO



0900062

evaluar a quienes se encuentran debajo de ellos en la pirámide (Guarnieri y Pederzoli, 1996: 51). Chocan aquí dos principios fundantes del modelo continental, por un lado el mérito profesional y por otro la burocracia. La autonomía que se le reconoce al juez puede verse así limitada o contrapuesta por el control vertical que sobre él tienen sus superiores, creando así una fuente de tensiones al interior del propio cuerpo (Freddi, 1978:45).

En la dimensión externa, los modelos continentales contemplan una reducida participación de actores externos al cuerpo judicial en particular de aquellos actores pertenecientes al ámbito de la política institucional y formalizada. La tradicional preminencia del ejecutivo en las decisiones que afectan al status del juez ha abierto la puerta a la creación, excepto en el caso alemán, de un nuevo tipo de institución: los Consejos Superiores de la Magistratura, órganos ahora centrales en todos los modelos continentales.

### 2.3 El sistema de selección de jueces en Alemania

La regulación del *sistema de selección de jueces en Alemania* se encuentra en la Ley de la Judicatura de 1972 (reformada). Los jueces ejercen el poder judicial según establece el artículo 92 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Los *requisitos* para ser juez que establece la Ley de la Judicatura son: ser alemán; expresar el compromiso del candidato con los principios democráticos dentro del marco de la Ley Fundamental; obtener la cualificación para llevar un juzgado; y constar de las necesarias competencias de sociales.

El *Consejo para Nombramientos Judiciales*. En cada una de las cortes supremas de la Federación existe este consejo. Entre sus funciones es dar la opinión por escrito sobre el



Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



000061

juez que va a ser seleccionado o nombrado. Si la opinión es afirmativa, o pasa un mes sin responder, el juez se considera ya seleccionado o nombrado. No en otro caso. El nombramiento del juez le obliga a superar una evaluación cuatrienal propuesta por los jefes de las oficinas judiciales (juzgados).

*La selección de los jueces federales* es competencia de las autoridades federales: el Comité electoral federal y un Ministro. El primero lo forman todos los Ministros de Justicia de los estados y 16 miembros del Parlamento Federal. En la elección cada miembro presenta sus candidatos. El poder judicial participa a través del *Prasidialrat*, órgano representativo de los jueces dando su opinión sobre el candidato (O'CONNELL-MCCAFFREY, 2012: 3-32, 16).

*La selección de los jueces de la Corte Constitucional Federal* (Bundesverfassungsgerichtshof). Los dieciséis miembros son elegidos por mitad por las cámaras del parlamento. La cámara alta o Bundesrat elige en sesión plenaria, previo informe de un comité compuesto por los ministros de justicia de los estados. La cámara baja (Bundestag) elige mediante un comité de doce miembros de los partidos que están en la cámara, y decide por mayoría de dos tercios. Los jueces de la Corte son jueces o profesores que fueron calificados para la oficina judicial. El ministro federal de justicia prepara dos listas: una de jueces de las cortes federales y otra con personas propuestas por los partidos. La elección es para doce años.

*La Academia Judicial Alemana (Deutsche Richterakademie)* es la más importante en la capacitación de los jueces en todas las ramas jurisdiccionales. La Academia es fruto de



ESPACIO  
BLANCO



0000-63

un acuerdo administrativo entre el gobierno federal y los estados federales. Ofrece unos 140 seminarios al año.

#### 2.4 El sistema de selección de jueces en España

La *regulación* en España del sistema de acceso a la carrera judicial se encuentra en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en sus artículos 300 y siguientes. Dicha ley crea el Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del Poder Judicial. Es un órgano constitucional, colegiado, autónomo, e integrado por jueces y demás juristas. Entre sus atribuciones se encuentra la selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados.

El Consejo General del Poder Judicial, como órgano colegiado, lo integran: veinte miembros, llamados vocales, elegidos por 5 años, por las Cortes Generales (Congreso y Senado) entre jueces (6 cada cámara) y juristas (4 cada cámara) de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio; lo preside el presidente del Tribunal Supremo. Los miembros del Consejo General del Poder Judicial son elegidos por mayoría cualificada de tres quintos de las Cámaras entre los candidatos presentados por las asociaciones de jueces y de abogados respectivamente.

Tres son los *caminos de acceso a la carrera judicial*: 1.º Juez o Jueza; 2.º Magistrado o Magistrada; 3.º Magistrado o Magistrada del Tribunal Supremo. El primero es por el que entran el mayor número de candidatos.



ESPACIO  
BLANCO



6000163

*El acceso a la carrera judicial por la vía de Magistrado.* Una de cada cuatro vacantes de Magistrado se abre a concurso entre juristas de reconocida competencia y con más de diez años de ejercicio profesional que superen el curso de formación. A su vez, una tercera parte de estas vacantes se reservará a miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales de primera o segunda categoría.

*El acceso a la carrera judicial por la vía de Magistrado del Tribunal Supremo.* Una de cada cinco vacantes en las distintas Salas del Tribunal se provee entre Abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia.

*La selección de magistrados del Tribunal Supremo* es entre miembros de la Carrera Judicial con diez años, al menos, de servicios en la categoría de Magistrado y no menos de quince en la Carrera. Así se cubren cuatro de cada cinco vacantes (una para juristas de reconocido prestigio y al menos quince años de ejercicio profesional)<sup>6</sup>. El Consejo General del Poder Judicial nombra por mayoría de tres quintos a los *Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo (así como los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas)*.

*La selección de los Presidentes de Sala del Tribunal Supremo*, también por un período de cinco años, se lleva a cabo a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados de dicho Tribunal que cuenten con tres años de servicios en la categoría.



<sup>6</sup> De cada cuatro plazas reservadas a la Carrera Judicial, corresponden:  
a) Dos a magistrados que hayan accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal o que las superen ostentando esa categoría, o, en función del orden jurisdiccional, dos a magistrados especialistas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y social o que pertenezca en este último caso al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo. En este turno se exigirán 15 años en la Carrera y solo cinco en la categoría.  
A los efectos de la reserva de plazas en el orden jurisdiccional civil, los magistrados que hayan superado las pruebas de especialización en materia mercantil se equiparán a los que hayan superado las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil.  
b) Dos a magistrados que reunieren las condiciones generales para el acceso al Tribunal Supremo.

Nº 48 - - -

ESPACIO  
BLANCO



0000070

La *selección del Presidente del Tribunal Supremo* se hace a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre miembros de la Carrera Judicial o juristas de reconocida competencia, con más de quince años de antigüedad en su carrera o en el ejercicio de su profesión. Podrá ser reelegido y nombrado por una sola vez para un nuevo mandato. La propuesta del Consejo General del Poder Judicial se adoptará por mayoría de tres quintos de sus miembros en la propia sesión constitutiva del mismo.

La *selección del Tribunal Constitucional*, en sus doce miembros se hace del siguiente modo: cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. El Pleno del Tribunal elige de entre sus miembros, por votación secreta, al Presidente y al Vicepresidente del Tribunal. La selección se hace entre ciudadanos españoles y que además sean magistrados o fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos o abogados, todos juristas de reconocida competencia con más de quince años de experiencia en la profesión.

La *Escuela Judicial*<sup>7</sup> es un organismo público, de carácter administrativo, que está integrado en el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), y por ello goza de su independencia institucional del legislativo y ejecutivo. La tarea de la Escuela Judicial es doble: a) seleccionar y reclutar de los jueces que ingresan en la carrera, tanto en el turno de ingreso por concurso oposición como en el turno de juristas de reconocida competencia; b) controlar el acceso de los mismos a las distintas especialidades jurisdiccionales.



<sup>7</sup> Ver: Reglamento 2/1995, de 7 de junio, de la Escuela Judicial.

ESPAÑOL  
BLANCO



0300572

## 2.5 Sistema de selección de Jueces en Italia

En Italia, el acceso a la justicia está *regulado* en el capítulo I del Decreto Legislativo n.º 160/2006, y la Ley n.º 111 de 30 de julio de 2007. El *Consiglio Superiore della Magistratura* (CSM)<sup>8</sup> es el órgano de gobierno autónomo de la magistratura ordinaria, al cual le corresponde, según el artículo 105 de la Constitución italiana, ocuparse del reclutamiento, los destinos y traslados, ascensos y medidas disciplinarias de los jueces.

A la magistratura se accede mediante *concurso público* para la mayoría de los jueces, según dispone el artículo 106, párrafo I, de la Constitución. Para la selección de los magistrados de la Corte de Casación la Constitución contempla la posibilidad de recurrir al método meritocrático y elegir a juristas y profesores universitarios en Derecho con más de quince años de experiencia.

Los *requisitos* para ser admitido al concurso son: a) ser ciudadano italiano; b) estar en el ejercicio de los derechos civiles; c) contar con los demás requisitos de la ley; d) contar con una licenciatura en Derecho (no menos de cuatro años); e) haber obtenido el título en la Escuela de Especialización.

La selección de los miembros de la *Corte Suprema de Justicia (Corte de Casación)*. La decisión la toma el CSM. En ella participa el presidente de la CSJ en calidad de

<sup>8</sup> El CSM está formado por tres miembros por derecho propio: el Jefe del Estado, el Presidente de la Corte de Casación y el Procurador de la República, y otros electos. La ley 44/2002 establece en el artículo 24 el número de miembros elegidos. De ellos, 16 son jueces y 8 legos. Estos últimos son elegidos por el Parlamento en sesión conjunta, mediante voto secreto, y mayoría de las tres quintas partes de los miembros de la Asamblea en las dos primeras votaciones. En su caso, la tercera votación es por mayoría de tres quintas partes de los votantes. La distribución de la representación de los jueces corresponde: dos magistrados de la Corte Suprema de Justicia (jueces y fiscales); cuatro de quienes ejercen funciones de fiscal en la jurisdicción, y diez de las personas que ejercen funciones judiciales, entre jueces de prestigio. La elección de los miembros que son jueces se hará por sistema mayoritario en un colegio nacional único para cada una de las categorías.



Nº 48

ESPÉCIMEN  
BLANCO



0300574

miembro de CSM. Los elegidos son nombrados por el Ministro de Justicia o el Presidente de la República.

*La selección de jueces en el Tribunal Constitucional* (quince miembros) se hace entre magistrados, aunque estén jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa; entre catedráticos de universidades de materias jurídicas y entre abogados que lleven más de veinte años de ejercicio profesional (art. 135.2 CRI). Una tercera parte de los magistrados del Tribunal Constitucional es nombrada por las supremas magistraturas, otro tercio el Presidente de la República y el resto el Parlamento en sesión conjunta.

## 2.6 Sistema de selección de jueces en Portugal

El sistema de selección de jueces en Portugal es el concurso público de méritos. La Ley n.º 2/2008, de 14 de enero regula el sistema de ingreso a las magistraturas, la formación de los magistrados y la naturaleza, estructura y funcionamiento del *Centro de Estudos Judiciários*.

En Portugal la Magistratura judicial está constituida por los jueces del Tribunal Supremo de Justicia, los jueces de “relações” (segunda instancia), los jueces de derecho (primera instancia) y jueces especiales (en el Tribunal de Cuentas, Tribunales Administrativos, Tribunales Militares y los Tribunales Fiscales). El sistema de selección de jueces en Portugal tiene influencia directa del sistema francés, y comparte algunos rasgos con el sistema español. Es un sistema constitucionalizado. La Constitución de Portugal recoge los principios que deben regular el reclutamiento, formación, designación, evaluación y promoción de los jueces y magistrados. Asimismo, la



ESPANCO  
BLANCO



0000073

Constitución prevé la dirección de este proceso a través de un organismo: el Consejo Superior de la Magistratura (OBERTO, 2003: 97-98).

Los organismos responsables de la regulación de la profesión judicial son el Consejo Superior de la Magistratura (*Conselho Superior da Magistratura*<sup>9</sup>) y el Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales (*Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais*<sup>10</sup>). Son órganos de administración y gestión del poder judicial, pero, dada su composición, no propiamente del autogobierno de los jueces.

El ingreso al proceso de formación inicial de los magistrados se realiza a través de *concurso público* publicado en el Diario de la República en el que se indica, entre otras cosas, los temas objeto de la prueba. El procedimiento tiene en cuenta diversos métodos de selección.

Aprobada y publicada la lista de los admitidos a concurso, el director del *Centro de Estudos Judiciários*<sup>11</sup> fija el número de los *jurados de selección* según el número de los admitidos. Los miembros de estos pueden ser diferentes en función de las vías de admisión, y de los métodos de selección a aplicar en las respectivas ramas. Los



<sup>9</sup> El Consejo Superior de la Magistratura está regulado en sus competencias y atribuciones en los artículos 217 y 218 de la Constitución de la República de Portugal. Se creó en 1979 y tiene autonomía respecto al Ministerio de Justicia. Tiene como presidente al del Tribunal Supremo. Además está integrado por dos miembros designados por el Presidente de la República, siete elegidos por la Asamblea de la República, y solo siete son jueces de la jurisdicción ordinaria. Para elegir a estos jueces, la Ley vigente (ley número 21/85, de 30 de julio, Estatuto de los Magistrados Judiciales) norma un sistema de sufragio directo y universal, de representación proporcional, mediante la elaboración de listas con un mínimo de veinte electores. En cada lista debe haber un juez del Tribunal Supremo, dos jueces de segunda instancia y cuatro jueces de primera Instancia.

<sup>10</sup> El Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales, por su parte, está presidido por el Presidente del Tribunal Supremo Administrativo e integrado por dos miembros designados por el Presidente de la República, cuatro elegidos por la Asamblea de la República y otros cuatro por sus compañeros, con arreglo al principio de representación proporcional.

<sup>11</sup> El *Centro de Estudos Judiciários*, de inspiración francesa en la *École National de la Magistrature* (ENM). Centro que depende del Ministerio de Justicia, pero que cuenta con personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. El director del centro es nombrado por el Primer Ministro y el ministro de Justicia. Cuenta con 3 consejos: general, pedagógico y disciplinario.

Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



0000073

magistrados que componen los jurados son nombrados por el respectivo Consejo Superior, los restantes son nombrados por el Ministro de Justicia, a propuesta del *Ordem dos Advogados* o del director del CEJ, en los casos restantes. El presidente de cada jurado es nombrado por el director del CEJ, entre jueces de tribunales superiores y procuradores. La composición de los jurados se ha de publicar en el *Diário da República* y en el sitio de CEJ al menos diez días antes del inicio del procedimiento de selección.

El Conselho Superior da Magistratura, el Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais y la Procuraduría General de la República envían anualmente al ministerio de Justicia información fundada del número previsible de magistrados necesarios para cada una de las respectivas magistraturas, teniendo en cuenta el tiempo que lleva la formación inicial. De las plazas salidas a concurso se reservan el 25% respectivamente para magistrados judiciales, del Ministerio Público, para los jueces de los tribunales administrativos, y para los jueces fiscales.

El *ascenso* dentro de la carrera judicial se realiza mediante promociones y concursos internos. La promoción tiene en cuenta las evaluaciones periódicas que hacen los inspectores judiciales. Estos son magistrados en comisión de servicios nombrados por el Consejo Superior de la Magistratura, elegidos entre los tribunales de apelación y los jueces de primera instancia (OBERTO, 2003: 99).

La *selección de jueces del Tribunal Supremo* se hace mediante concurso público y abierto de méritos. Lo organiza el Consejo Superior de la Magistratura, habitualmente cada dos años. Al concurso concurren los jueces de la jurisdicción ordinaria, los fiscales



Nº 48

ESPECIAL  
DIAMICO



0000500

y las personas con licenciatura en Derecho y méritos probados con al menos veinte años de experiencia profesional en el ejercicio del Derecho o la docencia del mismo.

La selección de los *jueces del Tribunal Constitucional* se realiza entre los jueces de los demás tribunales y candidatos con licenciatura, máster o doctorado en Derecho. De los trece jueces que conforman dicho tribunal, diez son nombrados por la Asamblea y tres escogidos entre los mismos jueces en cada caso por mayoría cualificada de dos tercios. Seis de los jueces candidatos han de ser jueces de otros tribunales.

### 3 La influencia doctrinaria y teórica europea en América Latina

En general, los países latinoamericanos han sido influenciados por la experiencia europea, y también estadounidense, respecto a los mecanismos para asegurar la independencia de la función judicial. Así, por ejemplo, la influencia estadounidense en la nominación de los miembros de la Corte Suprema por el legislativo se evidencia en países como Argentina, México, Nicaragua, Panamá, etc. La influencia europea ha sido principalmente con respecto a la creación de tres instituciones para asegurar la independencia judicial: El Consejo de la Judicatura, la Escuela Judicial y el ingreso por medio de concurso de méritos y oposición (Popkin, 2004).

Tras la Segunda Guerra Mundial, las nuevas constituciones europeas decidieron no atribuir la organización judicial (sistema de selección de jueces, organización administrativa, gobierno, inspecciones, sanciones, etc.) a los Tribunales Supremos o Cortes Supremas de Justicia. Entre las razones, además de la confusión y sobrecarga de tareas propiamente jurisdiccionales con administrativas, estaba la desconfianza a un



№ 48

ESPACIO  
BLANCO



0000382

sistema que se presta tanto a las limitaciones de la cooptación endogámica de los miembros de los tribunales, como a la pérdida de la independencia judicial, ya que en las manos del superior jurisdiccional reside el poder de sanción por la “desobediencia” o crítica jurídica de un juez inferior. Para evitar eso, el camino que se eligió fue la creación de órganos, en teoría, separados de los tres poderes con competencia en la organización de todo el sistema judicial. Se crean así los Consejos de la Magistratura (Francia, 1946; Italia, 1948; España 1978). En algunos países, como Alemania, sin embargo, se decidió seguir con la tradición y no se creó este organismo (Guerra, 1997: 23-25).

Dos de las conclusiones más extendidas para garantizar la independencia judicial, fruto de la experiencia, y por muchos países compartida, son: a) la pertinencia del sistema de concurso de mérito y oposición (la principal limitación de este sistema es que en la mayor parte de los casos es para la entrada en la carrera judicial, y no se aplica en la selección de las cortes superiores y supremas); b) la pertinencia de los consejos de la judicatura o magistratura (la principal crítica es que aún persiste debilidades y ausencia de mecanismos para evitar las intromisiones del legislativo y el ejecutivo con el afán de contralar al sistema judicial. Es una institución que necesita ir mejorándose).



En Ecuador, la independencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido comprometida, y la institución instrumentalizada a lo largo de la historia. La pérdida de la independencia en su historia reciente ha violentado el derecho de las personas, pueblos, nacionalidades y Naturaleza a jueces independientes. En la Constitución de 1979, los candidatos a jueces eran presentados por el Congreso Nacional y designados por el mismo Congreso. Los requisitos exigidos eran tener al menos cuarenta años de edad y quince de experiencia profesional (docencia, ejercicio profesional o judicatura). El número de miembros

Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



0000584

elegidos para la Corte Suprema era dieciséis. Se les elegía por un periodo de seis años. Cabía la reelección, y las vacantes se cubrían interinamente por designación de la misma CSJ en tanto que procedía la designación del Congreso Nacional. La primera reforma constitucional (1983) reduce a cuatro años el periodo de nombramiento. La segunda reforma constitucional (1992) eleva de nuevo a seis años el periodo de nombramiento con renovación parcial de un tercio cada dos años. Además sube a treinta y uno los miembros de la CSJ y establece que los candidatos a jueces de la Corte serán presentados en números iguales por el Presidente, el Congreso Nacional y la misma CSJ. Asimismo se reconoce la posibilidad de reelección indefinida. La tercera reforma (1996) mantiene los cambios indicados, de la reforma anterior. La cuarta reforma (1997) vuelve a cambiar el procedimiento. Los candidatos a jueces serán presentados y designados por la CSJ. Los requisitos exigidos serán al menos cuarenta años de edad y veinte de experiencia profesional (docencia, ejercicio profesional o judicatura). El número de miembros elegidos para la Corte Suprema se mantiene en treinta y uno. Se les eligió sin periodo fijo y las vacantes se cubrían por cooptación.



En la Constitución de 1998, los candidatos a jueces de la CSJ eran presentados por la misma CSJ, y designados por el Congreso, por "esta última ocasión". Los requisitos exigidos eran tener al menos 45 años de edad y quince años de experiencia profesional (docencia, ejercicio profesional o judicatura). El número de miembros elegidos para la Corte Suprema era 31. Se les elegía sin periodo fijo. Las vacantes se cubrían por cooptación. La primera reforma a la Ley Orgánica de la Función Judicial (2005) establece a la ciudadanía como el órgano que presenta candidatos a jueces y a un Comité de Calificación ("por esta vez") para designar a los jueces. Además, fija en 65 años la edad límite para ser miembro de la CSJ, y añade, entre otros requisitos, el haber obtenido el

48

ESPACIO  
BLANCO



000050

título de doctor en jurisprudencia al menos 3 años antes de la designación y que corresponda a una universidad con al menos quince años de existencia. La segunda reforma a la referida ley (2006) mantiene lo reformado en la primera.

De esta descripción de los sistemas de selección ecuatorianos podemos deducir que la Constitución de 1998 recoge un sistema mucho más cerrado que el establecido en la Constitución de 1979, sin embargo la Constitución de 2008 apuesta por la independencia de la Corte Nacional de Justicia. Para ello se establece que los candidatos a jueces de la Corte Nacional de Justicia son presentados por la ciudadanía misma, y designados por el Consejo de la Judicatura. Los requisitos exigidos son tener al menos 10 años de experiencia, sin establecerse edad mínima. El número de miembros elegidos para la Corte Suprema es 21. Se les elige por nueve años, con renovación por tercios cada tres, sin posibilidad de reelección. Las vacantes se cubren por el Consejo de la Judicatura. Este sistema de selección de magistrados supone un avance en relación con el sistema europeo de designación de magistrados de las Cortes Nacionales de Justicia, donde se sigue manteniendo un sistema en el que intervienen otros poderes del Estado.



En lo que se refiere a la creación de Consejos de la Magistratura, en su día, en algunos países de la Europa meridional se vio la necesidad de crear Consejos de la Magistratura como órganos de autogobierno de la función judicial. Nacieron como un medio para aumentar la independencia judicial, fundamentalmente mediante: la elevación de la formación de los miembros de la carrera judicial, el autogobierno, y la organización de los sistemas de selección de jueces del modo más objetivo posible, lejos de las injerencias de legislativo y el ejecutivo (particularmente dramáticas durante la opresión fascista). Países como España, Francia, Italia y Portugal cuentan con los referidos Consejos. El

12 48

ESPECIAL  
BLANCO



0000598

ejemplo ha sido seguido en América Latina. En esta región, durante las últimas tres décadas, y particularmente durante los años noventa, fue evidente la instrumentalización y dependencia de la función judicial respecto del ejecutivo. Es precisamente en esa época que se va a crear o reformar el Consejo de la Magistratura en algunos países de América Latina: Argentina (1994), Bolivia (1994), Colombia (1981, y reforma 1991), Costa Rica (1989), República Dominicana (1994), Ecuador (1992), El Salvador (1983), México (1995), Panamá (1987) y Paraguay (1992) (L. Salas y J. M. Rico)<sup>12</sup>. Reconociendo en general el aporte positivo en ambos continentes de los consejos de la magistratura, así como la acogida del sistema de selección de jueces por concurso de mérito y oposición, sin embargo, su contribución al aseguramiento de la independencia judicial, su éxito, será mayor o menor dependiendo de otros factores sociopolíticos fundamentales. La democratización progresiva del sistema económico y mediático, por ejemplo, son condiciones materiales igualmente estructurales para la independencia judicial. La experiencia está en marcha (Guerra, 2002: 253-257).



Con respecto a las Escuelas Judiciales, la experiencia de algunos países europeos (v. gr. la Escuela Judicial Española, 1944) se extendió por algunos países latinoamericanos. Así por ejemplo, en Argentina (1978) se estableció el Centro de Estudios Judiciales en la provincia del Chaco, en México (1978) se creó el Instituto de Especialización Judicial del Poder Judicial de la Federación de México, en Chile (1979) se creó la Escuela de Jueces de la Universidad de Chile (1979), en Venezuela (1980) se puso en marcha la Escuela de la Judicatura en Venezuela, etc., (L. Salas y J. M. Rico). En 2011 se creó la Escuela Judicial de América Latina (EJAL) en el seno de la Red Latinoamericana de Magistrados

<sup>12</sup> SALAS, L., RICO, J. M., *La Carrera Judicial en América Latina Independencia, Formación y Profesionalismo*. Centro para la Administración de la Justicia. San José de Costa Rica [http://enj.org/porta/biblioteca/funcional\\_y\\_apovo/carrera\\_judicial/19.pdf](http://enj.org/porta/biblioteca/funcional_y_apovo/carrera_judicial/19.pdf), accedido 19 de enero de 2013.

Nº - 48 -

ESPACIO  
BLANCO



6000590

(REDLAJ). En la actualidad la integran 19 países latinoamericanos, además de España y Portugal, y cinco países en calidad de invitados (Angola, Cabo Verde, Mozambique, Santo Tomé y Príncipe, y Timor Este). Contará con sedes en varios países para facilitar el intercambio. Tiene como objetivo la capacitación de unos 50.000 magistrados.

Finalmente, conviene hacer una observación. La opuesta por sistemas de concurso público de mérito y oposición en la selección de jueces en distintos sistema jurídicos, como en la Europa meridional, y su influencia y recepción en América Latina, está teniendo una doble utilización. La primera, honesta y legítima, responde a un sincero deseo de liberar a los jueces de intromisiones y reforzarles su independencia, en línea con el sentir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.10). La segunda, oculta e ilegítima, pretende crear jueces técnicos altamente cualificados, políticamente neutros y despolitizados, predecibles en sus resoluciones y servidores directos o indirectos de los intereses del mercado capitalista. Este es el instrumento jurídico que necesita el cada vez más complejo mercado de relaciones del capital. Este requiere instrumentalizar, y controlar él mismo, el poder judicial, y arrebatarlo a las asambleas o gobiernos que gobiernan en función de sus intereses burgueses oligárquicos; o para satisfacer las necesidades y capacidades de los pueblos (a los que descalifica como populistas).



Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



0000002

COMISIÓN EUROPEA PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA, *Sistemas Judiciales Europeos*

(Consejo de Europa, 2012)

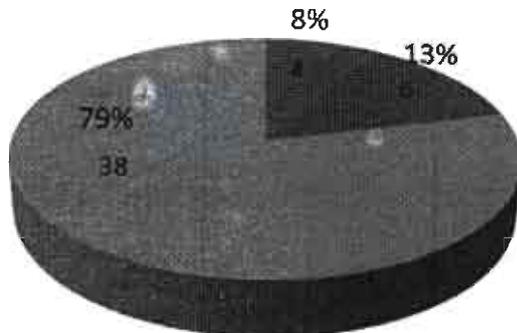
Anexo 1

Figure 11.1 Modalities of recruitment of judges (Q110)



Anexo 2

Figure 11.2 Composition of the authorities competent for the recruitment of judges (Q111)



- An authority made up of judges only
- An authority made up of non-judges only
- An authority made up of judges and non-judges



Nº 48

ESPACIO  
BLANCO



0000094