



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**LA OPERACIÓN FÉNIX: EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OEA A LA LUZ DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL**

DIANA JULIETH GONZÁLEZ FRANCO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2013

**LA OPERACIÓN FÉNIX: EVALUACIÓN DE UN SISTEMA DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS DE LA OEA A LA LUZ DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO GLOBAL**

DIANA JULIETH GONZÁLEZ FRANCO

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:
Doctor, Fabián Augusto Cárdenas Castañeda

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2013

Dedicatorias

En primera instancia a Dios, dueño de todas las cosas, de los positivos destinos que han regido mi vida incluso desde antes de nacer; mi fuerza espiritual y polo a tierra – aún cuando sea una paradoja - cuando vuelvo a los recuerdos de mi niñez.

A mi madre, ejemplo incólume de fortaleza y sabiduría vivencial, de esa que no se refleja en miles de títulos, sino en la hermosa entrega de su amor a sus dos hijas; mi más vivo ejemplo cuando pienso en amor puro y sincero, de ese que no se habla sino se siente. No serán suficientes las palabras jamás, solo tú eres mi más preciada remembranza de la ternura y la paciencia.

A mi hermana, dueña de mis travesuras y de mis más preciados secretos, de mi lado más humano, más transparente, más desprevenido; mi muñequita de ojos grandes en los que se pierde cualquier mortal, eres mi mejor amiga, compañera y confidente.

A mi padre, amor incomprensible y sobreexcedido, redundancia del amor de hija a padre; me hiciste a tu misma figura, y dejaste en mi lo mejor de ti mismo. No caben las palabras para expresar lo que te amo a pesar de las dificultades; a mis 8 años el corte doloroso de tus alas, se convirtió en mi más magnífica enseñanza y fortaleza, eres mi más grande Orgullo.

A mi futuro esposo, Andrés; amor de mis amores, sueño realizado y alma gemela; por encima de lo que mis palabras puedan expresarte, solo Dios es testigo de lo que mi alma siente por ti; eres fuerza sobrehumana que alimenta mis sentidos, fresco atardecer que llenó de alegría mi vida, la hermosa estrella en la que descansa mi desmesurado ímpetu. Tu integridad, fuerza y amor, fueron vitales en este proceso y son el pilar del sueño que empezamos a construir juntos, para toda la vida.

Agradecimientos

Quiero expresar toda mi gratitud al Profesor Fabián Augusto Cárdenas Castañeda, un joven jurista cuya brillantez excede la proporción a su edad y quién ha sido un ejemplo desde que lo conocí en las aulas de la Facultad. No pude haber escogido mejor Director, no solo por el conocimiento específico requerido para esta investigación, sino por su compromiso, entrega y juiciosas revisiones a mis documentos e ideas; lo que se materializa no solo en el presente trabajo, sino en enseñanzas de vida que me aportan mucho como profesional y como ser humano.

A la Universidad Nacional de Colombia – con cada una de las maravillosas partes que la componen – sus estudiantes, docentes, trabajadores, vivencias y estructuras; inspira a academia y cultura y otorga oportunidades de vida a miles de jóvenes que, como yo, soñamos con una mejor calidad de vida y con la consecución de nuestros sueños que sin embargo, siguen en construcción como fruto de lo aprendido en la Universidad. A la más grande institución de nuestro país, no bastan los agradecimientos por sus oportunidades, por el aprendizaje, por su esencia, por sus becas, por sus aulas, por su nostalgia; nostalgia que no permite dejar sus aulas y que me invita a seguir construyendo academia ahora en la labor docente.

A la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, lugar en donde se forjaron muchos de mis sueños y en los que vi unos realizados a través del ejemplo de muchos de sus estudiantes y docentes. En este espacio quiero agradecer muy especialmente a la Maestra Whanda Fernández León, mi jefe durante 4 años y mi formadora docente, su magnífica capacidad mnemotécnica y sus sublimes discursos, son el modelo de la genialidad y el ímpetu de mujeres que nacieron para desafiar el mundo.

Al Profesor Oscar Mejía Quintana, cuyo valiosísimo conocimiento aterrizó nuestros limitados racionamientos en torno a la filosofía y teoría del derecho y nos dio las herramientas necesarias para construir nuestras investigaciones. A los profesores Omar Alfonso Ochoa y Luis Humberto Hernández, vitales en mi proceso de formación como investigadora, abogada y profesional; su disciplina y juicio en la producción académica y laboral me han seguido a lo largo de mis días en la construcción de la difícil labor de ser abogada y en la forma en la que llevo a cabo mi labor docente. A Omar le agradezco en especial su voto de confianza y su amistad. A Lucho su autenticidad, rigurosidad, su entusiasmo con este tema.

A la familia OAJ – DNP de la que tengo el lujo de ser parte. Mis compañeros de trabajo, mi jefe y la institución para la que hoy laboro, fueron el impulso más grande para culminar esta meta; compartir con personas de tan altas calidades profesionales, laborales pero sobre todo, humanas, es un privilegio que pocos tenemos, en escenarios laborales que son cada día más competitivos y cosificadores.

A José Manuel Suárez Delgado, quien fuera el Coordinador de Conceptos Jurídicos de la Oficina Asesora Jurídica del DNP; entrañable amigo y compañero, pero sobre todo la más grande biblioteca jurídica que una mente puede albergar. A él agradezco todas sus referencias en Derecho Administrativo Global y su confianza en mis capacidades y en mi producción. Además de esto, su permanente presión por ejecutar este trabajo y el valor que le dio a mi trabajo como profesional y como docente.

Resumen

La Operación Fénix realizada en 2008 en territorio ecuatoriano por las Fuerzas Militares Colombianas, para dar de baja a Raúl Reyes; dejó como consecuencia el desarrollo de una controversia que involucró a todo el hemisferio. La acción de la Organización de los Estados Americanos en su desarrollo y solución, dejó ver la ausencia de mecanismos de solución de controversias autónomos en el seno de la Organización, lo que no permite su percepción como sistema de derecho. El presente trabajo es un análisis del sistema de solución de controversias de la OEA a partir del estudio de lo que se constituye como una controversia y de los sistemas de arreglo existentes en la historia y en general, en el derecho internacional; y propone la implementación de uno nuevo, cuyo punto de partida es el establecimiento de un Órgano que administre, aplique y ejecute, medidas y sanciones estipuladas por los Estados. Esta propuesta es producto del análisis y estudio de las categorías del Derecho Administrativo Global, un estudio compilatorio bastante pertinente a efectos de esta investigación, que se basa en la eficacia del derecho en el espacio global al existir normas y procedimientos que se superponen a la voluntad estatal y que trascienden a las categorías características del Derecho Internacional Clásico, en el que el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio es ejemplo.

Palabras Clave

Solución Pacífica de Controversias Internacionales, Organización de los Estados Americanos, Operación Fénix, Derecho Administrativo Global, Organización Mundial del Comercio, Derecho Internacional Contemporáneo.

Abstract

“Operación Fénix” conducted in 2008 in Ecuador by the Colombian Armed Forces, to terminate Raul Reyes, left as a result the development of a dispute involving the whole hemisphere. The action of the Organization of American States in their development and solution, hinted at the absence of dispute settlement mechanisms autonomous within the Organization, which does not allow its perception as a system of law. The present work is an analysis of the OAS dispute settlement system from the study of what constitutes a dispute and settlement systems existing in history and in general international law, and proposes the implementation a new one, whose starting point is the establishment of an Authority to administer, implement and run, measures and sanctions provided by the states. This proposal is the result of analysis and study of the categories of Global Administrative Law, a study compilation quite relevant for this research, which is based on the effectiveness of law in the global space to be rules and procedures that will overlap state and that transcend categories Classic features of international law, in which the dispute settlement system of the World Trade Organization is an example.

Keywords

Peaceful Settlement of International Disputes, Organization of American States, “Operación Fénix”, Global Administrative Law, World Trade Organization, Contemporary International Law.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

i. Problema.....	13
ii. Preguntas de Investigación	13
iii. Hipótesis.....	15
iv. Metodología	16
iv. Itinerario	18
CAPÍTULO 1. ESTADO DEL ARTE.....	21
EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OEA.....	21
1.1. ¿Qué es una controversia?	23
1.2. El papel de la Guerra en la solución de controversias.....	27
1.3. La solución de controversias internacionales en la Carta ONU	31
1.4. Los medios pacíficos de Solución de Controversias	33
1.5. La solución de controversias en la OEA	51
1.5.1. La paradoja del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca – TIAR-.....	51
1.5.2. Tratado Americano de Soluciones Pacíficas: El Pacto de Bogotá.....	60
1.5.3. Las Controversias según la Carta de la OEA	66
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	73
LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DAG.....	73
2.1. Elementos conceptuales del Derecho Administrativo Global.....	74
2.2. Elementos del DAG a partir de un análisis comparativo: el modelo europeo....	86
2.3. El DAG y su expresión a través de actos administrativos de carácter global	92
2.4. Las organizaciones internacionales y el DAG	96

2.5. DAG como herramienta de análisis de solución de controversias: Una mirada desde la Organización Mundial de Comercio	103
CAPÍTULO 3. VALIDACIÓN DEL MARCO TEÓRICO.....	108
LA INEFICIENCIA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OEA: EL CASO DE LA OPERACIÓN FÉNIX.....	108
3.1. Reconstrucción de la controversia generada por la incursión de Colombia en territorio ecuatoriano en ejecución de la denominada "Operación Fénix".....	109
3.2. La solución de la controversia y la acción de la OEA.....	120
3.3. Un nuevo sistema de solución de controversias a la luz del DAG.....	133
CONCLUSIÓN	144
BIBLIOGRAFÍA.....	150

INTRODUCCIÓN

Esta es una tesis que partió del cuestionamiento de legitimidad que ha recaído sobre la Organización de los Estados Americanos - OEA en los últimos tiempos. Se trata de un trabajo que luego de precisar aspectos de modo, tiempo y lugar que delimitaran con mayor precisión un problema objeto de investigación de una tesis; cuestiona la existencia y el alcance de un sistema de solución de controversias de la OEA y propone desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global – DAG, la adecuación de herramientas de solución de controversias de carácter administrativo; que consoliden en debida forma, un sistema de derecho.

El rol de las organizaciones internacionales en el escenario global recobra hoy más que nunca una importancia inusitada, la transformación de las categorías del derecho internacional contemporáneo alrededor de la aparición de nuevos derechos de preocupación para la humanidad, tales como: el derecho internacional ambiental¹, la globalización², las empresas transnacionales³, el delito transnacional, el derecho penal internacional⁴ o, incluso, la aparición del terrorismo como elemento que justifica la acción de la humanidad entera en contra de ese flagelo; hacen imperativa la aparición y consolidación de las organizaciones internacionales como constitutivas de un ordenamiento jurídico internacional.

La existencia de nuevos sujetos del derecho internacional, consecuencia de los fenómenos señalados, también ha hecho más activo el rol de las organizaciones internacionales no solo constituidas entre Estados, ni exclusivamente de

¹ CÁRDENAS, Fabián Augusto y CADENA, Felipe. "Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico"; en Revista Academia Colombiana de Derecho Internacional; ACDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131, Vol. 2, 2009, p. 141.

² La Globalización se ha constituido como un fenómeno que pone en una nueva configuración al mundo y que tiene también consecuencias en América Latina, revisar: SERBIN, Andrés. "Globalización, integración regional y sociedad civil" en OLIVA, Carlos y SERBIN, Andrés (compiladores). América Latina, el Caribe, Cuba y el contexto global, AUNA/CRIES, Sao Paulo 2002.

³ En el mismo sentido: ABELLÁN, Victoria y BONET, Pérez (Directores). La incidencia de la Mundialización en la Formación y aplicación del derecho Internacional Público. Editorial Bosch International. 2006

⁴ CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mirielle. Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales; Bogotá: Colección Vitral del Grupo Editorial Norma, 2004. p. 15 – 24.

derecho público; sino también las de las organizaciones internacionales no gubernamentales y de derecho internacional privado constituidas por sujetos y por entes privados⁵; alrededor de los cuales, se construyen regulaciones y normas propias que despiertan un interés particular.

Todos estos elementos confluyen en lo que se ha denominado Derecho Administrativo Global: DAG, -proyecto de investigación de la Facultad de Derecho de la New York University⁶- como una categoría teórica del Derecho Internacional que aún no ha sido codificada, pero que cuenta actualmente con un estudio particular de sus antecedentes e instrumentos mediante los cuales se materializa.

El DAG es una doctrina reciente que sostiene la configuración de un sistema administrativo en el derecho internacional, producto de una red de gobernanza global y de organizaciones internacionales de toda índole, cuya acción se realiza a través de categorías de derecho administrativo que no dependen del derecho interno de los Estados que constituyen una organización⁷. Estas dimensiones de gobernanza global, se concretan y materializan en las organizaciones internacionales⁸, como expresión de sistemas de DAG.

Desde el punto de vista del DAG, las organizaciones instrumentalizan y hacen eficaces sus mandatos a través de su capacidad para solucionar controversias, imponiéndose a las fronteras nacionales y formando sistemas jurídicos

⁵ Estas categorías de organizaciones internacionales serán más adelante exploradas con base en la definición que de las mismas hace: URUEÑA, René. Derecho de las Instituciones Internacionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. p. 35 y stes.

⁶ Proyecto de Investigación sobre DAG, Institute of International Law and Justice de la Facultad de Derecho de New York University, en conjunto con el Center on Environmental and Land Use Law. Página web del Instituto www.iilj.org/global_adlaw. *"Esta página web también incluye vínculos a instituciones asociadas al proyecto, y a otros proyectos de investigación a lo largo del mundo en áreas relacionadas. Agradecemos por sus ideas y comentarios específicos a los diversos profesores, becarios visitantes y estudiantes que participaron en el proyecto, así como también a los participantes en la Conferencia de Hiroshima de la Sociedad Japonesa de Derecho Internacional, en un taller para profesores de la Facultad de Derecho de NYU, en un taller del Instituto de Derecho Global de NYU-Oxford en Merton College de Oxford University. Reconocemos con suma gratitud el apoyo financiero del Fondo de Investigación para Profesores Filomen D'Agostino y Max Greenberg, del Programa Hauser Global Law School, y de una subvención al IILJ de la Carnegie Corporation de New York"*.

⁷ KINGSBURY, Benedict, KIRSCH, Nico y STEWART Richard B. "El Surgimiento del Derecho Administrativo Global" en "68 Law and Contemporary Problems", No. 15 Facultad de Derecho New York University (Summer/Autumn 2005).

⁸ GONZÁLEZ, Arancha. "Introducción: Globalización y Derecho. Una visión desde la Organización Mundial del Comercio". En PONCE, Julio (Coord): Derecho Administrativo Global: Organización, Procedimiento, Control Judicial. Marcial Pons, INAP, Soluciones Jurídicas y Sociales. Madrid: 2010. p. 15-32

autónomos y diferenciados a los del derecho interno. Para el caso específico de este trabajo, interesa en especial, estudiar la eficacia de la OEA en la solución de controversias entre los Estados que la conforman y en consecuencia su capacidad para vincular a través de sus mandatos a quiénes la constituyen.

Pero, ¿de qué forma puede determinarse si un sistema es o no eficiente para solucionar sus problemas? Sin recoger la definición de controversia, el papel de la guerra en estas y la transición a su arreglo pacífico, no puede establecerse si un sistema de solución es eficaz o no. Incluso, estableciendo los mecanismos de solución de controversias en la ONU y en la OEA, se requiere un parámetro o disciplina que sea eficaz en la solución de controversias y consolide un sistema de derecho, sobre el cual pueda compararse si el existente en la OEA es eficaz o no.

En este sentido, nuestro parámetro de comparación será el DAG y la Organización Mundial del Comercio (OMC); para determinar su utilidad, deben analizarse los fundamentos del proyecto, sus elementos esenciales y los elementos, funciones y fundamentos de las organizaciones internacionales en relación el DAG.

Establecido lo anterior, ¿cuál es el fundamento del DAG para asociar las organizaciones internacionales como sistemas administrativos globales? La poca acción de la OEA en la solución de controversias, merece especial estudio considerando que ésta ha derivado en la percepción de una posible carencia de legitimidad⁹ y la eficacia en sus decisiones; lo que impide su consolidación.

No obstante lo anterior, no puede establecerse si el DAG es pertinente como mecanismo de solución de controversias en el seno de la OEA, si no se cuenta con una controversia perfectamente delimitada en la que se compruebe que el sistema de la OEA es ineficaz. Así las cosas, en mérito de la amplitud de las categorías principales estudiadas, se limitó el objeto de estudio desde una dimensión temporal y contextual; se sitúa en el análisis de la controversia

⁹ Ver: GARRETÓN, Manuel Antonio. "la OEA en busca de la legitimidad perdida" en Diario El Clarín – Versión impresa. Domingo 23 de Marzo del 2008. Argentina.

Ecuador, Colombia y Venezuela en el año 2008 por la incursión del ejército colombiano en territorio ecuatoriano para dar de baja al cabecilla de las FARC: Raúl Reyes, en desarrollo de lo que se denominó "Operación Fénix".

Vale la pena aclarar, que esta tesis no va a centrarse en aspectos relacionados con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, u otros sistemas jurídicos o económicos¹⁰ desprendidos de la constitución de la OEA; el presente trabajo investigativo parte de la necesidad de revisar un sistema solución de controversias autónomo de la OEA, que de concluirse que no existe, permita la propuesta de uno nuevo, basado en la DAG como mecanismo de solución de controversias.

i. Problema

"La acción de la OEA en la solución de controversias entre los Estados miembro (concretamente en el caso de la Operación Fénix) y la carencia de un mecanismo autónomo de solución de controversias; no permiten la consolidación de la organización frente a los nuevos desafíos del derecho internacional de las organizaciones internacionales".

Pregunta de Investigación: ¿Puede la implementación del DAG en la OEA optimizar (dinamizar – desarrollar – potencializar) el actual sistema de controversia de la región?

ii. Preguntas de Investigación

La acción de la OEA en la solución de las controversias entre los Estados miembro, ha dejado la percepción de que ésta ya no es una organización internacional que se adecue a la nueva configuración del orden mundial¹¹.

¹⁰ En el plano jurídico, en 1959 el Consejo Interamericano Económico y Social creó el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) como el brazo de financiación de los objetivos de la OEA solicitado ya por varios de los Estados; en Santiago, en el mismo año se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que preservaría la importancia de los mandatos de la Carta constitutiva en materia de Derechos Humanos y que seguiría desarrollándose además en 1969 a través de la aprobación del pacto de San José de Costa Rica que adoptó la Convención americana de Derechos Humanos y creó la Corte Interamericana (Corte IDH). En: RESTREPO José Luis, (2001, p.37.)

¹¹ GARRETÓN, Op. Cit.

Aclarando que no es pretensión de la investigación desarrollar con detalle toda la institucionalidad de la OEA sino su acción en la controversia internacional entre Colombia, Ecuador y Venezuela en el año 2008. Antes de reconstruir la controversia, las primeras preguntas de investigación consisten en determinar:

¿Qué es una controversia?

¿Cómo se resolvían anteriormente las controversias internacionales?

¿Cuáles son los mecanismos de solución de controversias internacionales?

¿Posee la OEA formas propias de solución de controversias?

¿Cómo soluciona sus controversias la OEA?

En el mismo plano, y como consecuencia de la lógica actual de las organizaciones internacionales en el mundo globalizado, es reciente la intención de desarrollo de un nuevo enfoque en el estudio del derecho internacional; se trata del "DAG" en el que el papel de las organizaciones es el de constituirse en sistemas de coordinación y administración internacional que sean vinculantes para los Estados; uno de estos sistemas se materializa en modelos exitosos de solución de controversias entre sus estados miembro a través de mecanismos no jurisdiccionales. Por lo que las preguntas que a continuación deben responderse son:

¿Qué es el Derecho Administrativo Global?

¿Cuáles son sus elementos?

¿Cómo se manifiesta y se instrumentaliza el DAG?

¿Cómo se interrelaciona el DAG con las Organizaciones Internacionales?

¿El DAG puede ser un mecanismo de solución de controversias internacionales?

Desde estas dos perspectivas disciplinares, como forma de abordar la problemática -identificar el problema a través del análisis de los mecanismos de la solución de controversias internacionales ya existentes- y el planteamiento de su posible solución -a través de los modelos exitosos de solución de controversias en el DAG-; se debe reconstruir la controversia objeto de estudio,

para verificar las categorías teóricas encontradas en la investigación y concluir sobre la necesidad o no de un nuevo sistema de solución de controversias en la OEA; para estos efectos, las preguntas de investigación concretan el problema a un estudio fáctico en el que surgen los siguientes planteamientos:

¿Generó la Operación Fénix una controversia?

¿Cuáles son los elementos jurídicos de la controversia en referencia?

¿Cuál fue la acción de la OEA en la solución de la controversia internacional previo análisis del caso de la misma?

¿Cómo se solucionó la controversia?

¿Qué mecanismo jurídico se utilizó en la solución?

¿Cuál es el papel de la solución de controversias internacionales en la constitución de sistemas de derecho internacional?

¿Existen modelos exitosos de solución de controversias? ¿Cuáles?

¿Es posible la constitución de un sistema de solución de controversias con rasgos de carácter administrativo en la OEA?

¿Cómo puede constituirse un sistema de solución de controversias en la OEA, a la luz del DAG?

Todas estas preguntas, producto del planteamiento de la ausencia de un sistema autónomo de solución pacífica de controversias que consolide un sistema de derecho internacional hemisférico que responda a los nuevos desafíos del derecho internacional contemporáneo en la perspectiva del DAG.

iii. Hipótesis

“La acción de la OEA en la solución de controversias entre los Estados miembro (concretamente en el caso de la Operación Fénix) y la carencia de un mecanismo autónomo de solución de controversias; no permiten la consolidación de la organización frente a los nuevos desafíos del derecho internacional de las organizaciones internacionales; por lo que, una correcta

implementación del DAG en el seno de la OEA podría potencializar la Organización y consolidarla como sistema de derecho”.

iv. Metodología

A continuación se presenta la metodología empleada en la elaboración de la tesis de maestría, partiendo de la fase de la investigación, los objetivos propios de cada una de las fases y el tipo de investigación empleado en la estructura del capítulo. De forma general, se enuncian posteriormente las herramientas a partir de las cuales se construyó el escrito presentado, en concordancia con la metodología planteada en el proyecto de investigación, en el que se plantearon herramientas basadas en la recolección, procesamiento y evaluación de la información que sería abordada en la tesis.

Finalmente se presentan los resultados de cada una de las etapas planteadas y de conformidad con el objetivo planteado.

Fases	Objetivos	Estructura del capítulo	Herramientas	Resultados
Estado del Arte	Analizar las categorías teórico jurídicas de la definición de controversia internacional, el arreglo pacífico de controversias internacionales en las Naciones Unidas y en la OEA con el fin de precisar su alcance, estructura y	Etapas hermenéutica¹² descriptiva¹³: Estado Del Arte	Bibliografía relacionada con lo que se entiende por controversia y que desarrolla los mecanismos de solución de controversias internacionales, tales como: Doctrina, Tratados internacionales, Carta de las Naciones Unidas,	Estado del arte sobre los mecanismos de solución de controversias y la consecuente formulación de la hipótesis de mecanismo autónomo regional de solución de controversias en el marco de la OEA.

¹² Hace referencia a la investigación cualitativa de tipo hermenéutico, ya que se parte del interés práctico de la investigación; para profundizar ver: Cisterna Cabrera Francisco, *Categorización y triangulación como procesos de validación del conocimiento en investigación cualitativa*, Teoría, año/vol. 14, número 001, Universidad del Bío Bío, Chillán, Chile.

¹³ La investigación se presenta como descriptiva en esta fase, debido a que intenta analizar los aspectos integrantes del objeto de investigación. Ver: Taylor, SJ; Bogdan, R, *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, Editorial Paidós, Barcelona, 1987, p, 152

	funcionalidad, en la solución de controversias internacionales surgidas entre los Estados miembro.		Carta de la OEA, Pacto de Bogotá, Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca	
Marco Teórico	Estudiar los elementos básicos que construyen la noción de DAG, la forma en la que se instrumentaliza y el papel de las organizaciones internacionales a partir de la observación de sistemas exitosos de solución de controversias, que hayan logrado consolidar un sistema de derecho internacional a partir de categorías de DAG.	Etap hermenéutica exploratoria¹⁴: Marco Teórico	Observación de los rasgos más significativos del DAG y sus principales aportes al estudio de sistemas exitosos de solución de controversias, que hayan logrado consolidar un sistema de derecho internacional a partir de categorías de DAG.	Marco Teórico sobre los principales rasgos y conceptos en los que se basa el estudio de la Universidad de Nueva York para hablar de un Derecho Administrativo de carácter global, que desafía los postulados del derecho internacional clásico, como perspectiva teórica a partir de la cual se valida la hipótesis tal como se enuncia en el tercer capítulo en relación con OMC.
Validación del marco teórico	Verificar, en la observación fáctica de la aplicación de las herramientas existentes en la OEA para solucionar controversias, con la Operación Fénix, la pertinencia del uso del DAG	Etap correlacional – explicativa¹⁵	Observación fáctica del mecanismo de solución de controversias de la OEA en el caso de la operación fénix. Sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, cuyo	Validación del marco teórico, a partir de la elaboración de una propuesta de mecanismo de solución de controversias que replica los postulados de la OMC en la OEA y que se sustenta sobre

¹⁴ Exploratoria en tanto en esta fase se propone el desarrollo de una hipótesis de trabajo a partir del análisis de variables de carácter jurídico y social.

¹⁵ Correlacional: tiene como propósito medir la relación entre dos o más variables, en este caso, la comprensión del sistema de solución de controversia de la OEA a la luz del DAG. Explicativa: Están dirigidos a responder las causas de los eventos sociales, en concreto, las causas de la limitada acción del sistema de solución de controversias de la OEA en la controversia suscitada con ocasión de la Operación Fénix. *Ibíd.* p 176

	como mecanismo de solución de controversias y como respuesta a los nuevos retos de las organizaciones internacionales que respondan a las demandas del nuevo orden global.		procedimiento se ajusta a los postulados del DAG.	los principales postulados del DAG explorado en el marco teórico. Conclusiones de la investigación, en donde se recogen las tres fases.
--	--	--	---	--

iv. Itinerario

Considerando que la ineficacia de la OEA en la solución de controversias, le ha impedido consolidarse como sistema de derecho hemisférico, en el primer capítulo, se establecerán los mecanismos de solución de controversias existentes, como el estado del arte del presente documento.

En este, serán objeto de análisis la representatividad de los mecanismos de solución de controversias en la historia y su maduración en el seno de las organizaciones internacionales; comenzando por los instrumentos jurídicos para su solución en la Carta de la ONU y los propios de la Carta de la OEA, el Pacto de Bogotá y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca – TIAR, con el fin de establecer si la OEA tiene un sistema autónomo de solución de controversias internacionales.

En el segundo capítulo se formaliza la perspectiva de Derecho Administrativo Global, como marco teórico a partir del cual se realiza el estudio de un sistema de solución de controversias autónomo de la OEA que tomando categorías de esta línea de pensamiento, ajuste sus procedimientos de forma tal que sepa resolver sus controversias y que través de su correcta implementación potencialice la Organización.

En este capítulo se recogen varias de las posiciones de quienes se han dedicado a realizar la compilación del Programa de la Universidad de Nueva York, de normas de carácter internacional cuyo ámbito de aplicación y de legitimidad ha excedido fronteras, al superponerse al principio de soberanía territorial de las leyes, propio del derecho internacional clásico.

Se abordarán conceptos tales como el de derecho internacional institucional, las organizaciones internacionales y el DAG, los actos administrativos transnacionales, y en general, toda forma o expresión de regulaciones normativas que tienen las características que se han identificado en el estudio del derecho administrativo global.

En la tercera parte del capítulo, se desarrolla un aspecto esencial a la luz de lo que se propone la presente investigación, considerando que hay sistemas de solución de controversias internacionales cuyos instrumentos de acción no son judiciales sino administrativos, y a partir de los cuales se ha pensado recientemente que existe un derecho administrativo de carácter global, que incorpora categorías de derecho administrativo al derecho internacional; es imperativo el estudio de un sistema de solución de controversias exitoso: el de la Organización Mundial de Libre Comercio - OMC.

El segundo capítulo se constituye en el marco para validar la hipótesis en el capítulo tercero, relacionada con que, ante la fallida actuación de la OEA en la solución de las controversias contemporáneas, una correcta implementación del DAG en los términos en los que dicho estudio describe la OMC, podría potencializar la Organización.

Para comprobar que esto es posible, el capítulo tercero inicia con el análisis de la controversia suscitada con ocasión de la Operación Fénix entre Ecuador, Colombia y Venezuela en 2008, identificando la forma en la que fue solucionada, la acción de la OEA en su solución (de acuerdo con las

herramientas estudiadas en el tercera parte del primer capítulo, relacionada con los mecanismos de solución de controversias existentes en la OEA y finalmente se valida el componente del DAG la solución de controversias en la OEA a partir de la propuesta de un sistema de solución de controversias análogo al existente en la OMC, que desarrolla los principales conceptos y categorías estudiadas en el capítulo 2, relacionadas con el DAG.

CAPÍTULO 1. ESTADO DEL ARTE

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OEA

A propósito de la controversia internacional objeto de investigación en la presente tesis, este capítulo tiene como finalidad la reconstrucción teórica, jurisprudencial e histórica de la noción de controversia internacional, empezando por su concepto básico, el papel de la guerra, la forma en la que se resuelven las controversias y la consolidación de mecanismos de solución de controversias en el derecho internacional, especialmente en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.

Una vez caracterizados los rasgos esenciales de las controversias, sus mecanismos de solución y las disposiciones de la Carta ONU; se emprenderá el estudio de las herramientas jurídicas existentes dentro del Sistema de la OEA para la solución de controversias entre los Estados que la componen.

En cada uno de los subtítulos que desarrollan el presente capítulo, se encuentran inmersos elementos teóricos, históricos, jurisprudenciales y jurídicos que componen cada concepto; esto como resultado de su estudio integral y como consecuencia de que cada una de las nociones que se han incorporado en materia de controversias internacionales ha sido fruto de los distintos sucesos históricos y políticos que han marcado el desarrollo y formación de las organizaciones internacionales y con ellas, la forma en la que arreglan sus diferencias.

1.1. ¿Qué es una controversia?

Varios autores¹⁶ coinciden en afirmar que la Corte Permanente de Justicia Internacional - CPJI¹⁷ a través del asunto Mavrommatis, sentencia de 30 ag. 1924, definió una controversia internacional "*como aquellos desacuerdos que se producen entre sujetos internacionales sobre puntos de hecho o de derecho, de forma que se traducen en una oposición de sus respectivos intereses y tesis jurídicas*".¹⁸

Por su parte el profesor británico John G. Merrills¹⁹ ha señalado: "*a dispute may be defined as a specific disagreement concerning a matter of fact, law or policy in which a claim or assertion of one party is met with refusal, counter-claim or denial by another*".²⁰

¹⁶ Ver, entre otros: BLAZQUEZ Peinado Y DOLORES, María. La ciudadanía de la Unión, Universitat de Valencia. Valencia, España: 1998, P. 251; MEDINA, Héctor. "Las partes en el arbitraje CIADI", en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* No. 15, Universidad Javeriana, Julio-Diciembre de 2009, pp. 215-242; ORIAS, Ramiro, "Bolivia – Chile: La Cuestión de la mediterraneidad: Algunas Consideraciones desde el Derecho Internacional", *Revista de las Fuerzas Armadas de la Sociedad*, Año 18, No. 1-2 pp, 51; CRAFFORD, James, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*. Madrid: Editorial Dykinson. 2004, p. 15.)

¹⁷ Cuya antecesora fue la Corte Permanente Internacional de Justicia – CPIJ. El artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones responsabilizó al Consejo de la Sociedad de formular los planes para el establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, tribunal que sería competente no sólo para conocer y resolver cualquier controversia de carácter internacional que ante él presenten las partes enfrentadas, sino también para dar una opinión consultiva sobre cualquier controversia o cuestión que plantearan el Consejo o la Asamblea. En diciembre de 1920, después de un exhaustivo estudio por un subcomité, el Comité presentó un proyecto revisado a la Asamblea, que lo aprobó por unanimidad. Este fue el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

A pesar de que la Corte Permanente de Justicia Internacional se concibió a través de y por obra de la Sociedad de las Naciones, no era parte de la Sociedad. La Corte nunca fue parte integrante de la Sociedad, al igual que el Estatuto no formó parte del Pacto. Además, un Estado que fuera miembro de la Sociedad de Naciones no era automáticamente parte en el Estatuto de la Corte. Información al respecto, disponible en la página oficial de la Corte Permanente Internacional de Justicia 1921 – 1946, enlace disponible en: <http://www.icj-cij.org/pcij/index.php?p1=9>, consultado el 3 de noviembre de 2012.

¹⁸ Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, Asunto Mavrommatis, cfr. CPJ1, serie A, n° 2, sentencia de 30 ag. 1924.

¹⁹ MERRILLS, J.G. *International Dispute Settlement*. Cambridge University Press: Quinta edición, 2011, p. 1

²⁰ Una controversia puede ser definida como un desacuerdo específico concerniente a un punto de hecho, de derecho o político, en el que una reclamación o afirmación de una de las partes es negativa, por reconvencción o la negación del otro. (La traducción es propia).

En este sentido, la Corte Internacional de Justicia - CIJ, ha señalado además que *"No es suficiente que una de las partes en un caso contencioso, afirme que existe una controversia con otra parte. Una mera afirmación no es suficiente para probar la existencia de una controversia, de la misma manera que la mera negativa sobre la existencia de la controversia tampoco prueba su no existencia. Tampoco es adecuado demostrar que los intereses de las dos partes en este caso están en conflicto. Se debe demostrar que la posición de una de las partes encuentra una oposición efectiva de la otra parte"*²¹.

De lo anterior, que puedan existir varios tipos de controversias entre los Estados, derivados de un punto de desacuerdo en aspectos jurídicos, sociales, económicos o políticos, sobre los cuales existe una oposición expresa de la otra parte.

En el presente documento, considerando la puntualidad del caso que es materia de estudio, se hablará concretamente de controversias de hecho, que tienen una incidencia de carácter jurídico; no se pretende desconocer el contexto político de los países involucrados en la controversia, sin embargo se considera importante establecer desde ahora el objeto de estudio que en el ámbito de las controversias internacionales es importante para el caso sobre el cual se desarrolla la investigación.

Así ha distinguido la CIJ²² (1980), especialmente la solución de la controversia basada en aspectos estrictamente jurídicos, aun cuando estos emanen de un prolongado conflicto social y político entre los países involucrados. El 29 de noviembre de 1979, Estados Unidos solicita a la Corte adoptar medidas provisionales contra Irán por la toma de rehenes en ese país, de personal

²¹ Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, *Caso South West África*, Sentencia del 21 de Diciembre de 1962, CPJI. Reportes 1962, pág. 319.

²² Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, Medidas provisionales, providencia de 15 de diciembre de 1979, CU, Reports 1979, pág. 7; Fallo, 24 de mayo de 1980, C I J, Reports 1980, pág. 3.

consular y diplomático de Estados Unidos y de otros ciudadanos estadounidenses en la Embajada de los Estados Unidos en Teherán.²³

Estados Unidos alega la violación a los Convenios de Viena, en especial el relativo a las relaciones diplomáticas y consulares, así como la Carta ONU; Irán por su parte, se abstiene de comparecer ante la Corte y en consecuencia de defenderse conforme a la potestad que le otorga el artículo 43 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁴, por lo que la Corte en virtud de lo preceptuado en el artículo 53 del Estatuto, define su competencia e inicia el estudio del caso.

Irán por su parte, si bien no conforme al procedimiento, envía una carta a la Corte fechada el 9 de septiembre de 1980 en la que sostiene frente a la controversia, que se trata de: *"Un problema que no podía ser estudiado en forma separada y que incluía, inter alia, más de veinticinco años de continua interferencia de los Estados Unidos en los internos de Irán, la desvergonzada explotación de nuestro país y numerosos crímenes perpetrados contra el pueblo de Irán, contrario a y en conflicto con todas las normas internacionales y humanitarias"*²⁵.

"El problema envuelto en el conflicto entre Irán y los Estados Unidos no es uno sobre la interpretación y la aplicación de los tratados en los cuales se basa la demanda estadounidense, sino que resulta de una situación general que contiene elementos mucho más fundamentales y complejos. Consecuentemente, la Corte no puede examinar la demanda estadounidense separada de su debido contexto, esto es el dossier político completo de las relaciones Irán y Estados Unidos en los últimos 25 años. Este dossier incluye, inter alia, todos los crímenes perpetrados

²³ *Ibíd.*, p. 7.

²⁴ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>, consultada el 3 de octubre de 2011.

²⁵ Gobierno de Irán en Carta a la Corte Internacional de Justicia del 9 de septiembre de 1980. Irán no reconoce la competencia de la Corte en los términos establecidos en el Estatuto, pero explica en misiva al Tribunal, los fundamentos de su no reconocimiento, aludiendo a motivos de carácter histórico, político y social.

*en Irán por el gobierno estadounidense, en particular el golpe de Estado de 1953, motivado y llevado a cabo por la CIA, el derrocamiento del gobierno nacional legal del Dr. Mossadegh, el restablecimiento del Shah y su régimen que estaba bajo el control de los intereses estadounidenses, y todas las consecuencias sociales, económicas, culturales y políticas de las intervenciones directas e indirectas en nuestros asuntos internos, así como las graves, flagrantes y continuas violaciones de todas las normas internacionales, cometidas por los Estados Unidos en Irán”.*²⁶

La Corte por su parte, expresa en la sentencia de fallo del 24 de mayo de 1980 en la consideración No. 37, que *“las controversias jurídicas entre Estados soberanos, por su propia naturaleza, suelen ocurrir en contextos políticos y frecuentemente constituyen sólo un elemento dentro de una controversia más amplia y de larga duración entre los Estados envueltos”*²⁷.

*“A pesar de ello, nunca se ha expuesto antes la visión según la cual por ser la controversia jurídica sometida a la Corte sólo un aspecto de una controversia política, la Corte debería declinar resolver para la partes la cuestión jurídica existente entre ellas. Tampoco se puede encontrar base alguna para esta posición que se desprenda de las funciones o de la jurisdicción de la Corte, ya sea en la Carta o en el Estatuto de la Corte; si la Corte aceptara esta visión, contrariando su establecida jurisprudencia, impondría una restricción muy amplia e ilimitada sobre el rol de la Corte en la solución pacífica de las controversias internacionales”*²⁸

²⁶ GÓMEZ R., Alonso. Temas selectos de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie H. Estudios de Derecho Internacional Público, Núm. 12. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Cuarta edición, 2003, p.1008.

²⁷ Consideración jurídica No. 37 del fallo de la Corte Internacional de Justicia de 24 Mayo de 1980, Estados Unidos contra Teherán disponible en: <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/65.pdf>.

²⁸ Consideración jurídica No. 37 del fallo de la Corte Internacional de Justicia de 24 Mayo de 1980, Estados Unidos contra Teherán disponible en: <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/65.pdf>.

Del análisis de la Corte, se hace visible que toda controversia política y social, por prolongada que sea, tiene efectos jurídicos específicos, ya sea sobre un aspecto concreto de un contexto en conflicto, la puesta en marcha de un proceso que ponga fin a la controversia, o del fin de la controversia en sí misma. En este sentido, los efectos jurídicos de una controversia que se basa en un hecho político se analizarán para el caso de la Operación Fénix en el último capítulo del presente trabajo.

Sin embargo, ni la intervención de la Corte, ni esta definición de controversia internacional, ha estado presente en todo el desarrollo histórico de los conflictos internacionales. Resulta importante resaltar que el concepto que se maneja actualmente en el Derecho Internacional Contemporáneo²⁹, no es un concepto atemporal o que ha existido a lo largo del proceso de consolidación del Derecho Internacional - DI. La forma en la que actualmente se resuelven las controversias, es producto del desarrollo histórico del arreglo de diferencias entre los países y por ende una necesidad del sistema jurídico internacional de regularlas; este proceso se hace relevante a partir del papel de la guerra en la solución de controversias internacionales.

1.2. El papel de la Guerra en la solución de controversias

Antes de 1928³⁰, la guerra³¹ era el mecanismo por excelencia de solución de controversias. La primera guerra mundial y las luchas permanentes por el control de nuevos territorios y por la defensa de los propios, eran aspectos del

²⁹ Sobre la transformación del Derecho Internacional Clásico y las categorías que hacen parte del Derecho Internacional Contemporáneo ver: CÁRDENAS, Fabián Augusto y CADENA, Felipe. "Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico"; en Revista Academia Colombiana de Derecho Internacional; ACDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131, Vol. 2, 2009, p. 141. y BECERRA, R., Manuel. Derecho Internacional Público, en Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, ISBN 968-36-2053-1, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=274>, consultada el 5 de octubre de 2011.

³⁰ Año en el que se suscribió el tratado Brian – Kellog a desarrollarse en adelante.

³¹ En el contexto del Derecho Internacional Humanitario, el concepto de "guerra" se ha dejado de lado y se ha reemplazado por el concepto de "conflicto armado", interno o internacional. En este sentido el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra y C.D. Greenwood, "The concept of war in modern international law" en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.36, 1987, p. 283.

contexto que no permitían pensar en la solución de las controversias a través de otros medios distintos a la confrontación armada³².

Era tan improbable la solución pacífica de controversias, que se trataba de un aspecto que ni con la Primera Guerra Mundial, ni con las Sociedad de las Naciones pudo verse resuelto³³. Ésta última, propuso el mantenimiento de la paz, pero no a través de la solución de controversias de forma pacífica, sino con fundamento en el compromiso de los Estados de abstenerse a efectuar actos que implicaran el uso de la fuerza o de la violencia.

Este llamado a la cooperación y solidaridad mutua fracasó no solo por la falta de previsión de mecanismos de solución posteriores al desencadenamiento de los enfrentamientos, sino por varios factores que no permitieron su consolidación como tratado; el primero de ellos, la ausencia de la votación necesaria en el Senado estadounidense para que este se incorporara formalmente al sistema³⁴, así como la ausencia de un aparato militar dependiente de la Sociedad que se encargara de aplicar las sanciones a los Estados omisivos³⁵.

El fracaso de la Sociedad de Naciones no radicó tan solo en la aplicación de sus mandatos en conflictos de carácter doméstico (pues se trataba de pequeños conflictos sin mayor envergadura³⁶), sino en la incapacidad para resolver

³² HOBBSAWM, Eric. Historia del siglo XX; Primera Parte: La era de las catástrofes, Capítulo 1. La época de la Guerra Total, Crítica. Argentina: Buenos Aires, 1998. P. 31.

³³ PHILIPPE, Kirsch explica que la creación del organismo tropezó a lo largo del tiempo con mucha resistencia, como consecuencia del tipo de conflictos que existían y que se modificaron luego de la Guerra Fría; sobre este aspecto, y en concreto sobre la existencia de la Corte Penal Internacional. Philippe, Kirsch. "La Corte Penal Internacional frente a la soberanía de los Estados". En CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mirielle. Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales; Bogotá: Colección Vitral del Grupo Editorial Norma, 2004. p.43.

³⁴ La ausencia de Estados Unidos en un tratado, hacía imposible el respaldo de países que no tenían posición geopolíticamente estratégica en la nueva reconfiguración del orden mundial. (Op. Cit. Hobsbawm, p.43)

³⁵ Sobre este aspecto, leer por ejemplo Ibíd. P. 42.

³⁶ Como el conflicto entre Finlandia y Austria: Las islas Aland, situadas entre Finlandia y Suecia, y que pertenecían a Finlandia, estaban, y están, habitadas exclusivamente por una población de lengua sueca, y el nuevo estado independiente de Finlandia pretendía imponerles la lengua finesa. Como alternativa a la incorporación a Suecia, la Sociedad de Naciones arbitró una solución que garantizaba el uso exclusivo del sueco en las islas y las salvaguardaba frente a una inmigración no deseada procedente del territorio finlandés. Ibíd. P. 42.

conflictos de impacto mayor, este aspecto se hizo visible en el desencadenamiento de la Segunda Guerra Mundial.

La calificación de varios sectores de la política alemana al Tratado de Versalles era de injusto e inaceptable y la actuación parcializada de la Sociedad en aplicar las disposiciones del Tratado de Versalles frente a la conducta de ciertos países, pero condenar enérgicamente la de otros; fue una de las causas del descontento que dio lugar a la Segunda Guerra Mundial³⁷.

Pero, sin pretender ahondar en aspectos de carácter histórico que desvíe el curso de la investigación, esta reconstrucción del contexto de la solución de controversias a través de los medios pacíficos, no podía pasar por alto el antecedente de la Sociedad de las Naciones para llegar a la conclusión de que el derecho a la paz, no se constituyó en Versalles. Sin embargo, en 1928 como anotan algunos autores³⁸, se dio un punto de inflexión que si bien no se ejecutó, si evidenció la voluntad de varios países de asumir y respetar una conducta pacífica con respecto a una posible agresión alemana.

Este punto de inflexión, es la suscripción del tratado Briand – Kellog suscrito el 27 de agosto de 1928³⁹ en París, por los presidentes del Reich Alemán, de los Estados Unidos de América, de la República Francesa, de la República Checoslovaca y de la República de Polonia; los emperadores de las Indias y del Japón y los reyes de: Gran Bretaña, Irlanda y los territorios británicos de ultramar, el de los belgas, y el de Italia.

³⁷HOBBSAWM, Eric. Historia del siglo XX; Primera Parte: La era de las catástrofes, Capítulo 1. La época de la Guerra Total, Crítica. Argentina: Buenos Aires, 1998. P. 38.

³⁸ Ver por ejemplo: BECERRA, R., Manuel. Derecho Internacional Público, en Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, ISBN 968-36-2053-1, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=274>, consultada el 5 de octubre de 2011. p.91.

³⁹ El Pacto Briand-Kellog, significó en palabras de Uribe Vargas una "*variable fundamental en el concepto sobre la guerra que había predominado en el Pacto de la Sociedad de las Naciones*" ya que proscribió la guerra de manera tajante como medio para resolver conflictos internacionales, mientras que en Versalles, era admisible su uso dentro de ciertas y determinadas circunstancias. URIBE, V., Diego. La Paz es una Tregua: Solución Pacífica de Controversias Internacionales. Colombia, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Cuarta edición: 2002. p. 93..

Surge como una alianza para evitar el expansionismo alemán con el apoyo de Estados Unidos. Es por ello que Aristi de Briand, quien era el Ministro de Relaciones Exteriores Francés, propuso a los norteamericanos, la firma de un tratado bilateral de no agresión, que se convirtió en multilateral a iniciativa del Secretario de Estado Norteamericano: Frank B. Kellog⁴⁰.

El pacto definió en fórmulas de arreglo pacífico posteriores al hecho originador de la controversia, reconociendo la necesidad de mantener la convivencia entre los países. Así, reza el artículo 1 del Tratado: "*Las Altas Partes Contratantes, en nombre de sus pueblos respectivos, declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas*⁴¹".

Y reflejando no solo el rechazo directo a la guerra como forma de arreglo, sino la necesidad de acudir a un instrumento de naturaleza pacífico en su solución. De esta manera señaló el artículo 2 del Pacto: "*Las Altas Partes Contratantes reconocen que el arreglo o la solución de todas las controversias o conflictos, cualquiera sea su naturaleza u origen, que pudieran surgir entre ellos, no deberá jamás buscarse sino por medios pacíficos*⁴²".

Por la proscripción expresa de la guerra como forma de arreglo de controversias, más que por la posterior aplicación del Pacto, el Tratado Briand Kellog tiene una relevancia preponderante en la forma en la que se transita de la Guerra como medio de solución de controversias, a la necesidad de establecer formas pacíficas de arreglo, que garanticen el orden mundial y el

⁴⁰ ÁLVAREZ, Luis Fernando. La historia del Derecho Internacional Público. Colección Estudios de Derecho Internacional Público No. 3, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: 2004, Cuarta Reimpresión. p, 136.

⁴¹ Tratado Briand – Kellog, de la página de internet: Derecho Internacional Público - www.dipublico.com.ar, en el siguiente enlace: http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii-las-grandes-organizaciones-mundiales/lecturas/leccion-7/Pacto_Briand_Kellog.pdf, consultado el de octubre de 2011.

⁴² Tomado de la página de internet: Derecho Internacional Público - www.dipublico.com.ar, en el siguiente enlace: http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii-las-grandes-organizaciones-mundiales/lecturas/leccion-7/Pacto_Briand_Kellog.pdf, consultado el de octubre de 2011.

mantenimiento de la paz. Este primer llamado se materializa de forma posterior, en la creación y suscripción de la Carta ONU.

1.3. La solución de controversias internacionales en la Carta ONU

El 1 de enero de 1942, se usó por primera vez el término “Naciones Unidas” al emitirse la “Declaración de las Naciones Unidas”, como un compromiso de los aliados⁴³ de luchar contra las fuerzas del eje⁴⁴ en pleno desarrollo de la Segunda Guerra Mundial. Este suceso, que antecedió a la Conferencia de San Francisco en 1945, fue el primer antecedente a la constitución de la Organización, en la que inicialmente Estados Unidos, China y Gran Bretaña se proponían la lucha conjunta por la paz y el compromiso a no suscribir tratados de paz de forma separada⁴⁵.

La Conferencia de San Francisco, realizada entre agosto y octubre de 1945, dejó como resultado la suscripción de la Carta ONU el 26 de Junio del mismo año; esta Carta⁴⁶, de la cual hace parte el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴⁷, proscribe la guerra como mecanismo de solución de controversias y evidencia en varios de sus artículos el desarrollo de su solución a través de mecanismos de arreglo pacífico, considerando excepcional la intervención del Consejo de Seguridad solo cuando resulte necesario en acciones de agresión contra otro de los Estados miembro y cuya afectación amenace el mantenimiento del orden y de la paz mundial.

⁴³ Liderada especialmente por Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia en contra de la invasión alemana. Para ver más: Para profundizar sobre el tema ver: www.historiasiglo20.org/GLOS/aliadosiigm.html, consultada el 6 de octubre de 2011.

⁴⁴ El término Eje (Fuerzas del Eje, Eje Roma-Berlín-Tokio) designa el conjunto de países (Alemania, Italia y Japón) que lucharon contra los Aliados durante la Segunda Guerra Mundial. Tomado de: <http://www.un.org/es/aboutun/history/>, consultada el 6 de octubre de 2011.

⁴⁵ Así lo reseña la página web oficial de las Naciones Unidas sobre la historia de la Declaración de las Naciones Unidas, disponible en el enlace: <http://www.un.org/es/aboutun/history/declaration.shtml>, consultada el 11 de octubre de 2011.

⁴⁶ Carta ONU suscrita en San Francisco el 26 de Junio de 1945.

⁴⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, adoptada en San Francisco el 26 de junio de 1945, en conjunto con la Carta ONU.

Señala la Carta ONU en el artículo 2.3. *«Los miembros de la organización de las Naciones Unidas arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal modo que no se ponga en peligro ni la paz y seguridad internacionales ni la justicia»⁴⁸.*

El artículo 33 por su parte, señala los medios con los cuales se puede arreglar la controversia cuando ésta sea susceptible de poner fin al mantenimiento de la paz: *«las partes en una controversia, cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales y otros medios pacíficos de su elección»⁴⁹.*

La Resolución 2.625 de la Vigésimo Quinta Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha de octubre 24 de 1970, establece que *«el arreglo de controversias internacionales se basaría en la igualdad soberana de los Estados y se hará conforme al principio de la libre elección de medios. El recurso a un procedimiento de arreglo aceptado libremente por los Estados, o la aceptación de tal procedimiento, con respecto a las controversias existentes o futuras en que sean partes, no se considerará incompatible con la igualdad soberana»⁵⁰.*

De lo anterior, que la solución de controversias esté basada en proporción importante en la autonomía de la voluntad y libertad de los Estados, sin que se haya instaurado una jurisdicción universal de solución de las que versen sobre aspectos políticos o sociales. La única jurisdicción posible es la que está consagrada para el acto que se considera vulnerado con la conducta de alguno de los Estados en una controversia basada en un punto de hecho jurídico; este rasgo característico, es consecuencia del respeto por los principios de Soberanía

⁴⁸ Artículo 23, Carta ONU.

⁴⁹ Artículo 33, Carta ONU.

⁵⁰ Resolución 2.625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, octubre 24 de 1970.

de los Estados y de igualdad, lo que se refleja en la libertad de elección de los medios de solución bien sean de naturaleza política o jurídica.

1.4. Los medios pacíficos de Solución de Controversias

Del artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas⁵¹, se desprenden los distintos tipos de solución de controversias de forma pacífica: la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, la investigación, y el arreglo judicial; así como contempla la posibilidad de agotar en primer término, los mecanismos propios de las organizaciones regionales.

Algunos autores⁵² han dividido los mecanismos de solución de controversias en políticos y jurídicos; no por la fuente de la controversia, sino por la forma en la que se solucionan. Los medios políticos se caracterizan principalmente por la discrecionalidad y el respeto a la autonomía de los estados que de buena fe encuentran una salida negociada a la controversia en la que se ven protegidos sus propios intereses, sin que necesariamente deba acudirse a medidas o fórmulas basadas en el derecho internacional⁵³.

Por otro lado, serán medios jurídicos, los que resuelvan la controversia con base en una medida de derecho internacional ya prescrita en los instrumentos propios sometidos a interpretación, arreglo o arbitraje en el arreglo de una diferencia. En consecuencia, son medios políticos: la negociación, la conciliación, la mediación, los buenos oficios y la investigación; y jurídicos: el arbitraje y el arreglo judicial⁵⁴.

⁵¹ Artículo 33, Carta ONU

⁵² Ver entre otros: VERDROSS, Alfred. Derecho internacional público. Biblioteca Jurídica Aguilar, 5A ed. Madrid: 1967. p. 334.; BECERRA, R., Manuel. Derecho Internacional Público, en Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, ISBN 968-36-2053-1, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=274>, consultada el 5 de octubre de 2011. p.91; CAMARGO, Pedro. Derecho internacional, t. II, Universidad La Gran Colombia, Bogotá: 1974. p. 320 y ss.

⁵³ BECERRA, R., Manuel. Derecho Internacional Público, en Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, ISBN 968-36-2053-1, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=274>, consultada el 5 de octubre de 2011. p.91.

⁵⁴ *Ibid.*, p.92.

i. **La negociación**

Consiste en las gestiones que los países involucrados llevan a cabo directamente con el fin de solucionar la controversia de forma inmediata; puede darse a través del trabajo de sus correspondientes cancillerías o en el marco de una conferencia internacional⁵⁵. Es la principal forma de arreglo de controversias⁵⁶ no solo porque es la más recurrente en su uso, sino también porque es la primera a la que suelen acudir los países cuando están en medio de un diferendo, previo al agotamiento de cualquier otra forma de arreglo.

Incluso, en la negociación se basan otros medios de solución de controversias en fases primarias; por ejemplo, en la investigación o en el arbitraje los aspectos relacionados con los facultados para realizarlos y las competencias que les sean propias, son elementos mínimos que surgen de una negociación previa al sometimiento a estas herramientas de arreglo⁵⁷.

Pero la negociación trasciende del carácter simple de lo que se considera como modo de solución de controversia; es más bien un mecanismo preventivo de diferencias que puedan extenderse a controversias de mayor impacto, cuando algún Estado advierte en la conducta de otro, alguna práctica que pueda significar el desencadenamiento de una controversia de hecho o de derecho. En esta fase preventiva, el mecanismo de la "Consulta" adquiere una gran importancia⁵⁸.

La consulta, se basa en el estudio de las contingencias derivadas de la conducta de un Estado que inciden en forma directa en otro, por lo que éste último inicia el análisis de dicha conducta y sus posibles efectos. Suponiendo, en términos

⁵⁵ MONROY, C. Marco, Derecho Internacional Público, Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá: 2002, p.550.

⁵⁶ MERRILLS, J.G. International Dispute Settlement. Cambridge University Press, Quinta edición. 2011. P, 1.

⁵⁷ *Ibíd.* p. 2.

⁵⁸ *Ibíd.* pp. 3-4.

del profesor británico J.G. Merrills (2011), que el Estado A es el posible afectado con la conducta del Estado B, el Estado A inicia un proceso de análisis de las condiciones actuales de la situación y los posibles efectos del hecho, en los intereses de ese país A.

Una de las prácticas que en primer término se realiza en la consulta, es el llamado al embajador o representante del Estado en el Estado extranjero. En este caso, suponiendo que A puede resultar afectado, llama a su embajador o representante en el Estado B, e indaga sobre la naturaleza del posible hecho y las condiciones intrínsecas al Estado B para tomar una decisión en determinado sentido, poniendo de presente el principio de *buena fe* que debe regir entre los Estados.

La Consulta, como forma de prevenir posibles controversias y como el ejercicio de la negociación en la solución de la controversia, es, al mismo tiempo, una forma en la que la negociación se evidencia como modo de ejercer la diplomacia.

La diplomacia ha sido definida como una "*rama del derecho público que estudia las relaciones entre Estados*"⁵⁹ en lo concerniente a la representación de éstos en un país extranjero y a la administración de los asuntos internacionales. Así, se ha asimilado la diplomacia al derecho internacional, de forma análoga a lo que representa para el derecho civil, el derecho procesal civil, en consideración a la importancia que adquiere la diplomacia en la aplicación de los postulados del derecho internacional⁶⁰.

Para Harold Nicholson la noción que debe aceptarse es la del Diccionario de Oxford, según la cual la "*Diplomacia es el manejo de las relaciones internacionales mediante la negociación; es el método mediante el cual se*

⁵⁹ ANTHOKOLETS, Daniel. Tratado teórico y práctico de derecho diplomático y consular. Editorial Ideas, Buenos Aires: 1948, p.48.

⁶⁰ Sobre esta consideración ver: MORENO, Ismael. La diplomacia, aspectos teóricos y prácticos de su ejercicio profesional, Sección de obras de Política y Derecho, Fondo de la Cultura Económica, México: 2001. p, 23

*ajustan y manejan esas relaciones por medio de embajadores y enviados; el oficio o el arte del diplomático*⁶¹.

La diplomacia constituye el manejo de las relaciones internacionales a través de la negociación, que nace como un instrumento de aplicación inmediata en las relaciones entre los Estados y que tiene como fuente primaria, el derecho consuetudinario, pues se nutre de las reiteradas conductas de los Estados en el manejo de las relaciones internacionales. De lo anterior, que varias de las prácticas más comunes en la diplomacia, sean consecuencia directa de la forma en la que se han llevado las negociaciones y que se han convertido en costumbre como fuente de Derecho Internacional.

Existe una costumbre cuando se da un reconocimiento general entre los Estados de que cierta práctica es obligatoria⁶², el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, define la costumbre *como "prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho"*⁶³ en este sentido, varios de los procedimientos o protocolos existentes en la negociación y por ende, en el derecho diplomático han surgido como practica recurrente aceptada como obligatoria para los Estados.

La Convención de Viena sobre Relaciones diplomáticas, adoptada el 18 de abril de 1961 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, entrando en vigor el 24 de abril de 1964; y la Convención sobre funcionarios diplomáticos adoptada en 1928 en la VI Conferencia Internacional Americana- La Habana, Cuba, 20 de febrero de 1928- se constituyen en los tratados multilaterales de mayor importancia frente a la regulación de las relaciones diplomáticas entre los Estados.

⁶¹ NICHOLSON, Harold. La diplomacia, Fondo de la Cultura Económica, México: 1948. pp. 9-12.

⁶² BRIERLY, J. The Law of Nations. Oxford University Press, Sexta edición, Oxford: 1963, p. 61.

⁶³ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38. La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas. Está encargada de decidir conforme al Derecho Internacional las controversias de orden jurídico entre Estados y de emitir opiniones consultivas respecto a cuestiones jurídicas que pueden serle sometidas por órganos o instituciones especializadas de la ONU.

La Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, tuvo como principal fundamento el desarrollo de relaciones amistosas entre los países sin que fuese impedimento las diferencias entre los regímenes constitucional y social de los Estados⁶⁴; por tal motivo, que el establecimiento de las relaciones diplomáticas y el envío de misión diplomática a otro país, se realice por consentimiento mutuo⁶⁵ ya que éstas se basan en la voluntad y autonomía de los Estados que en el reconocimiento de su soberanía, se encuentran en un mismo plano de igualdad y discrecionalidad.

En este sentido, para constituirse en el primer negociador de los intereses del Estado al que representa frente al Estado receptor, las funciones de una misión diplomática, son: a) representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; c) negociar con el gobierno del Estado receptor; d) enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante; e) fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor⁶⁶.

Una de las consecuencias graves de la ausencia de negociación o incluso de una negociación y consultas infructuosas, es la del rompimiento de relaciones diplomáticas a través del rechazo del personal diplomático del Estado acreditante por parte del Estado receptor⁶⁷. De conformidad con el artículo 9 de la Convención, el Estado receptor podrá, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que el jefe u otro miembro del personal diplomático de la misión es persona no grata, o

⁶⁴ Considerando No. 3 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 "Estimando que una convención internacional sobre relaciones, privilegios e inmunidades diplomáticos contribuirá al desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones, rescindiendo de sus diferencias de régimen constitucional y social".

⁶⁵ Convención de Viena, 1961, artículo 2.

⁶⁶ *Ibíd.*, artículo 3.

⁶⁷ Este aspecto es de suma importancia en la presente investigación si se toma en cuenta que fue la primera medida adoptada por el Gobierno de Ecuador, luego del ataque perpetrado contra Raúl Reyes en territorio ecuatoriano, la mañana del 1 de marzo de 2008 mediante la Operación Fénix y en la cual Ecuador consideró violentado su derecho a la soberanía territorial. Este punto será desarrollado en el último capítulo tercero de esta tesis.

que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable. El Estado acreditante retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión, según proceda. Toda persona podrá ser declarada no grata o no aceptable incluso, antes de su llegada al territorio del Estado receptor.

Teniendo en cuenta que los diplomáticos cuentan con una serie de inmunidades y privilegios⁶⁸, la expulsión del personal diplomático de un país, implica la pérdida de la inmunidad, el rechazo a la representación en ese país y un gesto de no amistad.

Considerando además que el agente diplomático de un país en otro, representa sus intereses en dicha Nación sin inmiscuirse en los asuntos del Estado en donde ejerce sus funciones,⁶⁹ el llamamiento a consultas, se erige como una de las figuras que se utiliza en las relaciones internacionales para establecer entre las distintas instancias de la representación de un primer estado, cuáles son las dimensiones reales de un problema que hay entre un gobierno y otro.

Se usa generalmente como fase previa a un rompimiento de las relaciones y muestra claramente, el deterioro al que han llegado las relaciones diplomáticas entre estos dos países, pues parte del riesgo que advierten los Estados en la conducta del otro, sobre un hecho que pueda afectar sus propios intereses.

Señala la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas que en caso de ruptura de las relaciones diplomáticas entre dos Estados, o si se pone término a una misión de modo definitivo o temporal: a) El Estado receptor estará obligado

⁶⁸ ARTICULO XXXIX. 1. Toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo, o si se encuentra ya en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convenido. 2. Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aun en caso de controversia armada. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión. (Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, 1948)

⁶⁹ ARTICULO XLI. 1. Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. También están obligadas a no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado. (Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, 1948)

a respetar y a proteger, aún en caso de controversia armada, los locales de la misión así como sus bienes y archivos; b) El Estado acreditante podrá confiar la custodia de los locales de la misión, así como de sus bienes y archivos, a un tercer Estado aceptable para el Estado receptor; c) el Estado acreditante podrá confiar la protección de sus intereses y de los intereses de sus nacionales a un tercer Estado aceptable para el Estado receptor.

Lo cual implica que la defensa de los intereses del Estado acreditante en el estado receptor quedan absolutamente desprotegidos hasta tanto un tercer Estado pueda ser confiado de los bienes e intereses de sus nacionales en el estado con el que ha roto sus relaciones y para el cual, ese tercer estado sea aceptable.

En consecuencia, la ruptura de las relaciones diplomáticas implica el retiro inmediato del jefe de misión y de todo el personal del Estado acreditante, pues ya no existe el mutuo consentimiento que permite el establecimiento de las relaciones diplomáticas, lo que implica además, que generalmente esté acompañada por la expulsión del personal diplomático del país acreditante, en el país receptor⁷⁰.

La ruptura de relaciones diplomáticas está consagrada en la Carta ONU como una medida de sanción y además de coerción en contra de Estados que no cumplan con las resoluciones o recomendaciones del Consejo de Seguridad en determinadas circunstancias⁷¹.

El análisis particular de estas categorías (consulta, rompimiento de relaciones diplomáticas) se realiza en el trabajo, no solo por su carácter de componente de la negociación como medio de solución de controversia, sino por la incidencia en los actos a la realización de la Operación Fénix, ya que fue la reacción inmediata del Gobierno ecuatoriano; en el capítulo que presenta la

⁷¹ "El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas". (Carta ONU, Artículo 41)

controversia, este aspecto será visible a través de su reconstrucción.

ii. Los Buenos Oficios y la mediación

Es la aproximación que un tercer Estado, no inmerso en la controversia, intenta llevar a cabo entre las partes que generalmente ya han fracasado en la fase de negociación⁷²; el tercer estado no se involucra de fondo en la controversia ni intenta definir un punto a favor de uno u otro, simplemente sirve como medio de encuentro entre las partes involucradas para que éstas puedan ponerse de acuerdo en el desarrollo de sus pretensiones. Es un procedimiento espontáneo que termina en la reanudación de las negociaciones en forma directa.

Los buenos oficios, si se observa bien, no están enunciados en el artículo 33 de la Carta ONU debido a que la diferencia de estos con la mediación es casi imperceptible, pues se trata del mismo modo de intervención pero con un grado de profundidad en la intervención del tercer Estado en mayor o menor medida; siendo los buenos oficios el grado de intervención más limitado en tanto no hay intervención de fondo en la controversia sino una ayuda a la aproximación y el encuentro entre los países con el fin de que inicien de nuevo las negociaciones⁷³.

Así las cosas, la mediación consiste en la intervención de un tercero ajeno a la controversia, con un grado de participación mucho mayor al de un Estado que actúa a través de los buenos oficios. En la mediación el tercero puede proponer fórmulas de solución que resulten más convenientes a las partes sin que estos se vean obligados a aplicarlas⁷⁴; lidera varios de los encuentros e interviene de forma activa en las posiciones que en medio de la negociación adoptan las partes; ésta intervención solo es permitida en el marco del Derecho

⁷² CAMARGO, Pedro. Derecho internacional, t. II, Universidad La Gran Colombia, Bogotá: 1974. p. 320 y ss.; López –Bassols, Hermilo, *Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos*, México, Porrúa, 2001, pp. 97.

⁷³ LÓPEZ B., Hermilo, *Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos*. Porrúa , México: 2001, pp. 97.

⁷⁴ *Ibíd.*, p.94.

Internacional con respecto a los asuntos que se hayan tratado en la negociación directa, y siempre que no se intervenga en los asuntos internos de los Estados ⁷⁵.

La mediación y los buenos oficios, han sido usados en el arreglo de controversias a lo largo de la historia. Desde las ciudades estado de la antigua Grecia, pasando por Roma, el sistema europeo de la Paz de Westfalia de 1648, el Congreso de Viena de 1815 y hasta la Guerra Fría, la mediación se presenta como una de las principales formas de solución de controversias⁷⁶.

Son reconocidos los procesos de mediación que se han llevado con éxito, entre otros se cuentan la Mediación Papal en Beagle y Contadora. Vale la pena desarrollar parcialmente, su contenido y solución, con el fin de establecer el valor agregado de este mecanismo de solución de controversias que resulta tan flexible pero no menos exitoso que el arreglo judicial, si las partes que se someten, lo reconocen expresamente.

La mediación papal en Beagle⁷⁷, se da como resultado de la controversia existente entre Argentina y Chile por el tratado de límites de 1881 ya que no quedaba clara la delimitación de la traza de la boca oriental del Canal del Beagle, afectando la soberanía de las Islas ubicadas dentro del Canal, las islas del sur, al oriente del Cabo de Hornos y los espacios marítimos propios de las Islas y el Cabo.

En diciembre de 1978, las fuerzas armadas argentinas ocupan las islas que están en conflicto y el papa inicia su intervención a través de la mediación; este

⁷⁵ BECERRA, R., Manuel. Derecho Internacional Público, en Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, ISBN 968-36-2053-1, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=274>, consultada el 5 de octubre de 2011. p.91.

⁷⁶ GARCIA, Andelfo. "La mediación, un medio flexible y efectivo", en *Documentos Publicados 1* del Centro de Pensamiento Estratégico de la Cancillería; artículo digital disponible en: http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/pensamiento_estrategico/documentos_publicados/a.Mediacion%20y%20Solucion%20de%20Controversias%20en%20el%20Sistema%20Internacional%20-%20Abril%202012%20-%20Andelfo%20GARCIA.pdf, consultado el 3 de noviembre de 2012.

⁷⁷ MONCAYO, Guillermo R, "La mediación papal en el conflicto de la zona austral" en *Consejo Argentino para las relaciones internacionales*, Serie de artículos y testimonios No. 51, Octubre de 2008.

proceso, trae como resultado la firma del Tratado de Paz y amistad del 29 de noviembre de 1984; dando para Argentina las islas de la mitad hacia el sur, con la mayor cantidad de porción marina que se encontraba en disputa proyectada hacia el Atlántico, y a Chile la mitad de las islas hacia el sur y el suroriente hasta el Cabo de Hornos. Los dos países tienen derechos de navegación en casi todas las zonas⁷⁸.

Otro de los acuerdos conocidos por su exitosa gestión y por la trascendencia de la situación, al dejar constituido un foro político de importancia en el continente, es el de Contadora. Ante el conflicto presentado en los años ochenta en Centroamérica (concretamente San Salvador, Nicaragua y Guatemala), los Ministros de Relaciones Exteriores de Colombia, México, Venezuela y Panamá, se reúnen en 1983 en la Isla Contadora en Panamá e inician el proceso de mediación en los países en conflicto⁷⁹.

iii. **La investigación**

Es la formación de una comisión que, con arreglo a un tratado internacional, estudia el trasfondo de la controversia⁸⁰, se realiza con el fin de esclarecer los hechos y de determinar condiciones que permitan de forma más clara, conciliar sobre los aspectos de la controversia en los que se presenta oposición. Se trata por lo general de comisiones especializadas que pretenden establecer, de manera objetiva, los aspectos específicos de los hechos que motivaron el diferendo, sin proponer fórmulas de solución, por lo que, en términos generales, se deja a las partes la posibilidad de sacar sus propias conclusiones y con base en ellas iniciar de nuevo las negociaciones o la conciliación.

⁷⁸ *Ibíd.*, p.3.

⁷⁹ VIERIA P., Edgar. La Formación de espacios regionales en la integración de América Latina, Convenio Andrés Bello – Universidad Javeriana, Bogotá: 2008, p.293

⁸⁰ MONROY, C. Marco, Derecho Internacional Público, Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá: 2002, p.550.

La primeras comisiones de investigación, fueron establecidas en la Primera Conferencia de Paz de la Haya de 1899⁸¹ y reafirmadas con posterioridad, en la Segunda Conferencia de Paz de la Haya de 1907 como medio que permite establecer con claridad y objetividad los hechos, sin que la comisión de investigación tome posición alguna, para que luego las partes mediante la negociación, el arbitraje, o cualquiera de los medios de solución de controversias, pongan fin al diferendo.

Vale la pena enfatizar, como se verá más adelante, que la principal diferencia en la solución de controversias a través del arbitraje y la solución vía arreglo judicial, es precisamente que la primera decide en hechos, y la segunda en derecho. Por esta razón, en el arbitraje resulta de vital importancia la investigación, ya que la controversia se ve resuelta con fundamento en los hechos y en los intereses que para ambas partes resulten equitativos. El arreglo judicial, si bien toma en cuenta el aspecto fáctico, centra su decisión en lo que obliga o señala el derecho, sin que dicha posición varíe de conformidad con los hechos⁸².

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, tiene la facultad de nombrar comisiones de investigación que verifiquen la ocurrencia de los hechos y determinen los detalles del mismo, de tal manera que fundamenten la toma de decisiones en el seno del Consejo. El artículo 34 de la Carta ONU le confiere esta facultad cuando señala: *"El Consejo de Seguridad podrá investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales"*⁸³.

⁸¹ METZGER, S.D., *The Settlement of International Disputes by non Judicial Methods*, A J I L, N. 48, 1954. pp. 408-431. Y MONROY, Marco Gerardo, *Solución pacífica de controversias internacionales*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín: 1995.

⁸² Este aspecto es visible en la posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia en el caso ya enunciado: EEUU vs. Irán

⁸³ Artículo 34, Carta ONU.

Así las cosas, a lo largo de los años y del mundo, el Consejo de Seguridad ha implementado varias comisiones de investigación sobre los hechos, en virtud además, del derecho que le asiste a sancionar políticamente a los países que no cumplen con los mandatos de las Naciones Unidas. En América se conformó una Comisión Internacional de Apoyo y Verificación el 6 de septiembre de 1989 en Nicaragua, por las Naciones Unidas y la OEA para aplicar el Plan conjunto para la desmovilización, repatriación o reubicación voluntaria de los miembros de la resistencia nicaragüense y de sus familiares, y prestar asistencia para la desmovilización de todas aquellas personas involucradas en acciones armadas en los países de la región, cuando voluntariamente lo solicitaran⁸⁴.

Otro ejemplo es la Comisión Internacional de Investigación para Darfur, establecida el 18 de septiembre de 2004 para que investigara todas las denuncias de transgresiones del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos cometidas en Darfur por todas las partes, constatará si se habían producido o no actos de genocidio e identificara a los autores de tales transgresiones a fin de que los responsables rindieran cuentas de sus actos⁸⁵.

iv. **La conciliación**

Consiste en la elección de un tercero que conforma previamente una comisión permanente de expertos encargados de llevar a cabo las negociaciones⁸⁶, las comisiones precisan los hechos, oyen a las partes y proponen fórmulas de solución que las partes pueden adoptar o no. La conciliación se lleva a cabo casi siempre, como consecuencia de su previsión en un tratado internacional⁸⁷.

Es de observarse que la conciliación y la mediación pueden representar lo mismo, debido a que el tercero que interviene, ejerce el mismo papel en uno y

⁸⁴Información tomada del repertorio del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en: http://www.un.org/es/sc/repertoire/subsidiary_organ/commissions_and_investigations.shtml#cat2

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ MERRILLS, J.G. *International Dispute Settlement*. Cambridge University Press, Quinta edición. 2011, p 87.

⁸⁷ MONROY, C. Marco, *Derecho Internacional Público*, Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá: 2002, p.550.

otro, el conciliador y el mediador intervienen en la controversia, no solo indagando sobre los hechos, sino también proponiendo fórmulas de solución de la controversia que las partes pueden adoptar o no.

Sin embargo, es posible establecerse una diferencia entre los dos mecanismos de solución de controversias, a partir de la forma en la que el tercero inicia su intervención; a la mediación se llega por la voluntad y espontaneidad del país de someterse a ésta intervención; en la conciliación existe un tratado que ha sido adoptado por las partes en el que se determina la formación de la comisión de expertos, así como los puntos sobre los que pueden pronunciarse y los puntos sobre los que están limitados.

En consecuencia, los poderes, facultades y profundidad de la intervención conciliatoria en la controversia, están delimitados por el acto que confiere la competencia a esta herramienta de solución; por tanto, la conciliación es un mecanismo más formal de solución de controversia que la mediación.

En palabras de Valencia Villa⁸⁸ *"La conciliación combina la mediación y la encuesta por cuanto la persona o entidad acordada por las partes investiga los fundamentos de hecho de la disputa y al mismo tiempo propone términos jurídicos de ajuste. Aunque más formal y menos flexible que la mediación, la conciliación es quizá el más adecuado de los medios extrajudiciales de solución pacífica de las controversias internacionales"*.

Los buenos oficios, la mediación y la conciliación, son mecanismos de solución de controversias análogos en los que interviene un tercero, pero cuya intervención varía en menor o mayor grado de profundidad en la controversia; lo cual, como ya se explicó, está determinado por las competencias que le han sido atribuidas, siendo en el caso de los buenos oficios más limitada, en tanto

⁸⁸ VALENCIA V., Hernando, "Perspectivas Jurídicas del Diferendo Colombo venezolano", En publicación: *Análisis Político No. 03*, IEPRI, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia: Colombia. Enero-Abril.1988. Acceso al texto completo: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/assets/own/analisis%20politico%2003.pdf>

solo presta su acción para lograr un acercamiento sin proponer fórmulas de solución; en la mediación más ajustada pues permite la proposición de fórmulas de solución; y en la conciliación, muy reforzada si se tiene en cuenta que se constituye por mandato de un instrumento ya existente.

Además de los mecanismos de solución de controversias enunciados, que son ante todo de corte político ya que propone soluciones en equidad o sobre los hechos; existen los medios de solución de controversias de corte jurisdiccional, se trata del arbitraje y el arreglo judicial, que se catalogan así, debido a que el arreglo se deriva en un arreglo de derecho, una fórmula vinculante para las partes que tendrán que someterse al fallo de quién sentencia en uno u otro sentido.

v. **El arbitraje**

Tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados por medio de jueces de su elección y sobre la base del respeto del derecho, así lo prescribe el artículo 37 del Convenio para el arreglo pacífico de controversias internacionales, firmado en La Haya el 18 de octubre de 1907⁸⁹.

El artículo 37 de la Convención establece: "*El arbitraje internacional tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados, por medio de Jueces elegidos por los mismos y fundado en el respeto al derecho. El recurrir al arbitraje implica la obligación de someterse de buena fe a la sentencia*"⁹⁰

Consiste en el sometimiento de las partes a jueces (individuales o colegiados) cuya intervención y decisión se vuelve obligatoria para las partes; en este caso, la decisión se proferirá a través de laudos arbitrales que ofrecen mayor

⁸⁹ MONROY, C. Marco, Derecho Internacional Público, Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá: 2002, p.5511.

⁹⁰ Artículo 37, *Convención para el Arreglo Pacífico de los conflictos internacionales*, suscrito en la Haya el 18 de octubre de 1907; disponible en el siguiente enlace: <http://enlacecongreso.mirex.gov.do/ecc/Lists/Instrumentos%20Internacionales/Attachments/1711/CONVENCIÓN%20PARA%20ARREGLO%20PACÍFICO%20DE%20LOS%20CONFLICTOS%20INTERNACIONALES.pdf>, consultado el 12 de febrero de 2013.

economía procesal para las partes, considerando que no se someten a procedimientos burocráticos.

Su práctica se ha hecho frecuente sobre todo en materia de comercio internacional, sin embargo, en Derecho Internacional Público ha sido un mecanismo de solución de controversias que se ha aplicado desde hace muchísimo tiempo⁹¹.

Las partes definen el procedimiento y las reglas de derecho aplicables a través del compromiso de arbitraje, la Convención para el Arreglo Pacífico de los conflictos internacionales en la Primera Conferencia de Paz de la Haya de 1907, instituyó el primer Tribunal Permanente de Arbitraje que tiene su sede en la Haya⁹².

El artículo 41 de la Convención se refirió a la existencia del Tribunal en los siguientes términos: *"Con el fin de facilitar el uso inmediato del arbitraje para las controversias internacionales que no hayan podido resolverse por la vía diplomática, las Potencias contratantes se comprometen a mantener, tal como se estableció en la Primera conferencia de la Paz, el Tribunal permanente de arbitraje, accesible en cualquier tiempo y que funcione, salvo estipulación contraria de las Partes, conforme a las reglas de procedimiento comprendidas en la presente Convención"*⁹³

Es importante observar, que el ideal de la convención al regular su funcionamiento y puesta en marcha, es que el procedimiento arbitral se dé siempre que se agoten previamente los medios diplomáticos o políticos, de tal

⁹¹ BECERRA, R., Manuel. Derecho Internacional Público, en Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, ISBN 968-36-2053-1, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=274>, consultada el 5 de octubre de 2011. p.91.

⁹² MONROY, C. Marco, Derecho Internacional Público, Editorial Temis, Quinta Edición, Bogotá: 2002, p.550.

⁹³ Artículo 41, *Convención para el Arreglo Pacífico de los conflictos internacionales*, suscrito en la Haya el 18 de octubre de 1907; disponible en el siguiente enlace: <http://enlacecongreso.mirex.gov.do/ecc/Lists/Instrumentos%20Internacionales/Attachments/1711/CONVENCIION%20PARA%20ARREGLO%20PACIFICO%20DE%20LOS%20CONFLICTOS%20INTERNACIONALES.pdf>, consultado el 12 de febrero de 2013.

manera que las partes sean quiénes en principio resuelvan sus diferencias a través de arreglos pacíficos; así lo determina la Convención cuando señala:

“En las cuestiones de orden jurídico, y en primer lugar en las de interpretación o aplicación de las Convenciones internacionales, las potencias contratantes reconocen que el arbitraje es el medio más eficaz y al mismo tiempo más equitativo, para solucionar los conflictos que no hayan sido resueltos por las vías diplomáticas. En consecuencia, sería de desearse que, en los litigios sobre las cuestiones ya mencionadas, las Potencias contratantes, llegado el caso, recurran al arbitraje hasta donde las circunstancias lo permitan”⁹⁴.

vi. El arreglo judicial

Consiste en el sometimiento a un tribunal, debido al previo compromiso en derecho internacional de arreglo de controversias, a través del examen de los hechos de un tribunal cuyo fallo o sentencia será de obligatorio cumplimiento para las partes, en tanto decide en derecho.

Una de las diferencias esenciales con el arbitraje, es que en el arreglo judicial no existe, por regla general, libertad de elección de los Estados parte en la controversia frente a los Magistrados o jueces que van a estudiar y decidir en su diferendo. En el arreglo judicial, el mecanismo de derecho internacional que crea el tribunal, determina un periodo y una forma de nominación y designación en el que intervienen todos los representantes de los Estados miembro y cuya nacionalidad es rotativa con el fin de que todas las naciones interesadas puedan verse representadas.

El ejemplo por excelencia de este tipo de tribunales es la Corte Internacional de Justicia, cuyas sentencias se han citado a lo largo de este escrito como fuente de derecho internacional a través de su jurisprudencia. La Corte, creada en

⁹⁴ Artículo 38 *Ibíd.*

1945 en conjunto con las Naciones Unidas, tiene su sede en la Haya y su Estatuto está incorporado a la Carta ONU como parte integrante de la misma, lo que de igual manera sugiere que quienes sean miembros de la ONU, estarán de igual forma sometidos a la jurisdicción de la Corte Internacional⁹⁵

Sin embargo, para que una controversia se vea sometida al estudio de la Corte, requiere agotarse primero el procedimiento establecido en el artículo 53 de su Estatuto del cual ya se hacía referencia en la parte inicial de este capítulo. Esto es, que ambas partes deben expresar su voluntad de someter su controversia a la jurisdicción, o que una de las partes lo haga de forma unilateral, caso en el cual (como sucedió en el caso de EEUU contra Irán por la retención de su personal diplomático y consular) si el otro Estado no se defiende ante la jurisdicción, la Corte verificará su competencia sobre un punto de derecho en la controversia y comenzará, de considerarlo, el estudio del diferendo⁹⁶.

La Corte está compuesta por 15 magistrados⁹⁷, electos de forma indistinta a su nacionalidad y en virtud de una reconocida idoneidad y altas calidades académicas en el Derecho Internacional; de igual forma, se requiere que tengan cierta formación en varios de los sistemas jurídicos existentes en el mundo⁹⁸, su periodo es de 9 años con posibilidad de reelección.

En la OEA se encuentran dos tipos de tribunales: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien investiga y lleva ante la Corte las posibles violaciones a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quién examina y juzga las conductas violatorias de la Convención.

⁹⁵ LÓPEZ B., Hermilo, Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos. Porrúa , México: 2001, pp. 97

⁹⁶ En virtud de la misma normativa y como consecuencia del Pacto de Bogotá, el diferendo limítrofe Colombia – Nicaragua, tuvo lugar en el seno de la Corte Internacional de Justicia de la Haya.

⁹⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 2

⁹⁸ LÓPEZ B., Hermilo, Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos. Porrúa , México: 2001, pp. 109.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, mencionada en el artículo 106 de la Carta de la OEA, está conformada por siete miembros representantes de los Estados Miembros de la Organización⁹⁹ elegidos a título personal por la Asamblea General¹⁰⁰ tiene como función principal la de *promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*¹⁰¹, a través del estudio de las peticiones y quejas presentadas por cualquier persona, grupo de personas u organizaciones no gubernamentales, por la violación a cualquiera de los derechos enunciados en la Carta, por parte de alguno de los Estados que suscriben la Convención¹⁰².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se compone de 7 jueces¹⁰³, imbuidos de jurisdicción de conformidad con las normas de cada Estado¹⁰⁴, elegidos a título personal por la mayoría absoluta y secreta de los votos de la Asamblea General; son elegidos para un periodo de seis años con posibilidad de reelección por una sola vez. Una de las particularidades de este tribunal es que a pesar de que alguno de los miembros haya agotado su periodo, seguirá conociendo de los casos que se encuentren en sentencia, con respecto a los cuales no habrá sustitución del juez elegido¹⁰⁵.

La decisión de la Corte es de carácter obligatorio y se limita a las controversias entre personas, grupo de personas u organizaciones no gubernamentales que acuden a la jurisdicción frente a una conducta violatoria de un Estado miembro de la OEA en lo que concierne a la Convención Americana de los Derechos Humanos; de lo anterior, que a diferencia de la CIJ, la OEA no cuente con tribunales específicos de solución de controversias entre los Estados miembro, como se verá en adelante.

⁹⁹ Artículo 34, Sección I; Capítulo VII. *Convención Americana de Derechos Humanos*.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, artículo 36.

¹⁰¹ *Ibíd.*, artículo 41.

¹⁰² *Ibíd.*, artículos 44, 45 y 46.

¹⁰³ *Ibíd.*, artículo 52.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, artículo 53.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, artículo 54.

Todos los mecanismos de solución de controversias planteados en el presente documento tienen un objetivo esencial: evidenciar si en efecto estos se encuentran como medios autónomos en el marco de la OEA y si en esa estructura institucional requerida para solucionar controversias de los Estados que la conforman, de existir, se hizo visible o no en la solución de la suscitada con ocasión de la Operación Fénix. Esto, a partir de la reconstrucción de las disposiciones estatutarias o contenidas en tratados que incluso se profirieron con antelación a la conformación de la OEA y al instrumento.

1.5. La solución de controversias en la OEA

Para tal fin, hay tres instrumentos esenciales a considerar en materia de solución de controversias internacionales al interior de la OEA: el Tratado de Asistencia Recíproca – TIAR, la Carta de la OEA y el Pacto de Bogotá¹⁰⁶.

El objeto esencial de estos tres tratados es el de establecer formas en las que se resuelven las controversias entre los estados que conforman la Organización, relevantes para esta investigación a fin de determinar porque en el escenario conflictivo de la Operación Fénix, estos no fueron útiles.

1.5.1. La paradoja del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca – TIAR-

El mantenimiento de la Paz y el afianzamiento de la seguridad en el mundo, tenía – en el contexto de la suscripción del TIAR- consecuencias directas en el

¹⁰⁶ Sobre la importancia de estos tres instrumentos como constitutivos de un sistema de solución pacífica de controversias internacionales en el marco de la OEA ver: Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente para la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Seguridad Hemisférica, *Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos*, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional – Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. CP/CSH-278/00 del 13 de marzo de 2000, disponible en la página web oficial de la Organización en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/csh/spanish/ncsdoc%20soluc%20pacif.asp>, consultada el 30 de octubre de 2012.

hemisferio, no solo por el interés inmediato de los Estados para cooperar de forma conjunta en el mantenimiento de la paz en el territorio; sino también como consecuencia de la estrategia geopolítica de Estados Unidos, quién había participado en la segunda Guerra como parte de los aliados y en ese entonces era protagonista importante de los acontecimientos que dieron lugar a la Guerra Fría¹⁰⁷. La Posguerra se había constituido en una oportunidad en la política estadounidense de expandir su poder¹⁰⁸, su estrategia en materia de Política Exterior era la consolidación de un orden internacional en el que tuviese un poder prevalente a través de la economía¹⁰⁹.

El interés estadounidense se tradujo en la iniciativa de conformar un bloque regional que lo coadyuvara en la lucha en contra del comunismo. Así, el primer paso hacia la consolidación regional de las Américas sería el pacto de defensa recíproca, que consolidaría el papel protagónico de Estados Unidos en la Región y, adicionalmente, implicaba una posición superior de poder frente a la Unión Soviética¹¹⁰.

La Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad Continentales desarrollada en Petrópolis, Río de Janeiro, tuvo como objetivo la construcción y aprobación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) como un instrumento de solución de conflictos y de asistencia militar entre los Estados miembro ante agresiones de otros países¹¹¹.

¹⁰⁷ El año de 1947 marca, quizás, el inicio formal de la Guerra Fría. Es el año de la promulgación de la Doctrina Truman y el anuncio del Plan Marshall, instrumentos que reflejan la preocupación estadounidense por establecer barreras anticomunistas, de tipo político y económico, en el continente europeo. Es también el año de la suscripción del primer pacto de seguridad colectiva en el contexto de la Guerra Fría. En efecto, el Tratado de Río anticipa lo que habría de ser, un par de años después, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y el Pacto de Varsovia. Ver: Sepúlveda Amor, Bernardo; *Relaciones Interamericanas: Cuestiones de Política, derecho y Diplomacia*, publicado en: <http://www.un.int/mexico/bs/20.htm>. Consultada el 27 de octubre del 2010.

¹⁰⁸ HOBBSAWM, Eric. *Historia del siglo XX*; Primera Parte: La era de las catástrofes, Capítulo 1. La época de la Guerra Total, Crítica. Argentina: Buenos Aires, 1998. P. 31.

¹⁰⁹ JESSOP, Bob. Crisis del Estado de Bienestar. Hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales. Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 1999, p. 48.

¹¹⁰ ARIEL M., Leandro, "Del TIAR a la OEA: Argentina, Estados Unidos y el sistema interamericano", en *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política* [en línea] 2010, vol. 6 Disponible en Internet: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=63315509001>. ISSN 1870-3569, consultado el 30 de octubre de 2012.

¹¹¹ La región a que se refiere este Tratado es la comprendida dentro de los siguientes límites: comenzando en el Polo Norte; desde allí directamente hacia el sur hasta un punto a 74 grados latitud norte, 10 grados longitud oeste; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 47 grados 30 minutos latitud norte, 50 grados longitud oeste; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 35 grados latitud norte,

Este tratado, denominado de igual forma Tratado de Río, fue incorporado después como instrumento constitutivo del Sistema Jurídico de la OEA a través del Pacto de Bogotá o Carta de la Organización, y dispone como Organismo de Consulta del Tratado Interamericano – TIAR, la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores. El Tratado, ratificado por 23 de los Estados miembros de la OEA, tiene disposiciones que pueden resultar obsoletas considerando la limitación al momento histórico propio de la Guerra Fría y a la posible expansión del comunismo¹¹² y a que se centró en las preocupaciones por la seguridad del hemisferio y dispuso la solidaridad de los firmantes del Acuerdo frente a cualquier agresión de otro país a alguno de los Estados suscribientes; así, se considera que cualquier agresión a alguno de los firmantes, es agresión a todos los firmantes.

La constitución de este pacto de asistencia recíproca, demostró que imperó el énfasis en la cooperación militar, antes que la materialización de pactos de reciprocidad política¹¹³ que se vieran representados en la cooperación de los países del hemisferio por la consolidación de un sistema jurídico que permitiera la convivencia de los Estados de forma pacífica y permanente¹¹⁴ es por esta razón que el Acuerdo Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) fue

60 grados longitud oeste; desde allí directamente al sur hasta un punto a 20 grados latitud norte; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 5 grados latitud norte, 24 grados longitud oeste; desde allí directamente al sur hasta el Polo Sur; desde allí directamente hacia el norte hasta un punto a 30 grados latitud sur, 90 grados longitud oeste; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto en el Ecuador a 97 grados longitud oeste; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 15 grados latitud norte, 120 grados longitud oeste; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 50 grados latitud norte, 170 grados longitud este; desde allí directamente hacia el norte hasta un punto a 54 grados latitud norte; desde allí por una línea loxodrómica hasta un punto a 65 grados 30 minutos latitud norte, 168 grados 58 minutos 5 segundos longitud oeste; desde allí directamente hacia el norte hasta el Polo Norte.

¹¹² Ver: RAMIREZ L., José Luis. "La OEA y las relaciones hemisféricas". Pre-textos, Facultad de Finanzas y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 1994; BONNELL, Castro, Fernando. "Algunos intereses económicos y geopolíticos detrás de la estrategia de Estados Unidos hacia América Latina a partir de la Guerra Fría", en *Derecho y Política Internacional: Retos para el S. XXI*. Ediciones Uninorte, Colombia, Barranquilla: 2003; y Organización de los Estados Americanos, Secretaría General. Universidad EAFIT. *El Sistema Interamericano frente al nuevo siglo*, Organización de los Estados Americanos, Washington 2001.

¹¹³ DIAMINT, Rut. "Evolución del sistema interamericano, entre el temor y la armonía" en ARLENE, Tickner Compiladora, *Sistema Interamericano y democracia*, Centro de Estudios Internacionales CEI, Departamento de Ciencia Política. Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Noviembre del 2000, p.6.

¹¹⁴ ARIEL M., Leandro, "Del TIAR a la OEA: Argentina, Estados Unidos y el sistema interamericano", en *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política* [en línea] 2010, vol. 6 Disponible en Internet: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=63315509001>. ISSN 1870-3569, consultado el 30 de octubre de 2012.

firmado en Río de Janeiro el 2 de Septiembre de 1945, 3 años antes de la negociación y suscripción de la Carta de la OEA en 1948.

De acuerdo con Heraldo Muñoz (1987), el establecimiento del TIAR establecía la intervención de Estados Unidos en defensa del hemisferio si ocurría un ataque extra continental y la solidaridad y asistencia recíproca en caso de un ataque de Estado ajeno, a alguno de los Estados miembros; esto basó el tratado en una conducta retaliativa frente a las posibles agresiones de otros países sin que se desarrollara un mecanismo de solución de controversias de forma pacífica. Serían entonces, la Carta de la OEA y el Pacto de Bogotá los principales mecanismos para la mediación y solución pacífica de las controversias que pudieran llegar a suscitarse en el hemisferio¹¹⁵.

Sin embargo, el artículo 1 del TIAR¹¹⁶ parte de la condena enérgica a la guerra e invita a la abstención a la solución de los problemas a través del uso de la fuerza, sometiéndose de antemano a la forma de solución pacífica de controversias adoptada por la Carta ONU. Este sometimiento a los mecanismos de la ONU se aplica de forma residual, debido a que establece de forma preferente la remisión de las controversias al arreglo pacífico en el escenario que el Sistema Interamericano determine en tal virtud, tal como lo establece el artículo 2 del tratado¹¹⁷.

Más adelante y a pesar del llamado a la abstención del uso de la fuerza, establece de forma incongruente el artículo 3 del TIAR: "1. Las Altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado Americano, será considerado como un ataque contra todos los Estados Americanos, y en consecuencia, cada una de dichas Partes Contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del

¹¹⁵ MUÑOZ, Heraldo, *Las causas del auge y la declinación del sistema interamericano de seguridad: Una perspectiva latinoamericana*. Estudios Internacionales [en línea] 1987, Año: XX, Disponible en Internet: <http://www.avancesveterinaria.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/15772/16240>, consultado el 3 de agosto de 2012.

¹¹⁶ Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, disponible en la página web oficial del Departamento de asuntos jurídicos de la OEA: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29.html>, consultado el 11 de abril de 2011.

¹¹⁷ Artículo 2 Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.

derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el Artículo 51 de la Carta ONU¹¹⁸.

La remisión al artículo 51 de la Carta ONU relacionado con el uso del derecho a la legítima defensa por parte de los Estados, constante desde el inicio del TIAR, devela en cierta forma el carácter prevalente de la agresión solidaria y el carácter de defensa del mismo, en palabras de Callejas Bonilla ¹¹⁹“el peligro que encierra esta manera de proceder es que, para invocar el TIAR es preciso dejar que la controversia se agrave hasta que llegue a constituir una amenaza para la paz y la seguridad del Continente. En otras palabras, el TIAR sirve para apagar el incendio pero no para prevenirlo”.

La única excepción a la aplicación de la legítima defensa, en los términos expuestos por el TIAR, es que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas haya tomado las medidas necesarias para el mantenimiento de la paz; el numeral 4 del artículo 3 prescribe: “Podrán aplicarse las medidas de legítima defensa de que trata este Artículo en tanto el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales¹²⁰”.

Además de lo anterior; el numeral 2 del artículo 3 del Tratado explica la existencia de un órgano de consulta que determinará las medidas a adoptar en colectivo, a pesar de que los países pueden transitoriamente y mientras se da el pronunciamiento del Órgano de Consulta, tomar las medidas individuales que considere necesarias para repeler la agresión: “A solicitud del Estado o Estados directamente atacados, y hasta la decisión del Órgano de Consulta del Sistema Interamericano, cada una de las Partes Contratantes podrá determinar las medidas inmediatas que adopte individualmente, en cumplimiento de la obligación de que trata el párrafo precedente y de acuerdo con el principio de la solidaridad continental. El Órgano de Consulta se reunirá sin demora con el

¹¹⁸ Artículo 3, Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.

¹¹⁹ CALLEJAS B., Policarpo, "Los Medios de solución Pacífica de Controversias en el Sistema Interamericano" en *Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, 1987, p.163

¹²⁰ Numeral 4, artículo 3 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca

fin de examinar esas medidas y acordar las de carácter colectivo que convenga adoptar”¹²¹.

De acuerdo con Muñoz¹²², este tratado interamericano se apoyó en dos principios que fundamentarían su accionar: La idea de “Hemisferio Occidental” y la igualdad y reciprocidad entre los Estados Miembro. El primer principio rector tiene su cimiento en la similitud de intereses entre los Estados Unidos y América Latina, lo cual, evidentemente, era falaz dada las políticas y concepciones Estadounidenses acerca de la región (principalmente la doctrina Monroe¹²³) y el contexto político de ese momento¹²⁴.

Con respecto al segundo principio rector que fundamentó el sistema interamericano, se debe señalar la notable diferencia entre Estados Unidos y los países latinoamericanos, que se presentaba en diferentes niveles, militar, político y económico¹²⁵. Una de las más poderosas razones para llegar a la concertación del TIAR, para Estados Unidos es expresada por el Embajador de Argentina de la época: *“Un bloque regional, por supuesto, sería contraproducente para la unidad americana y no puede ser tolerado; es tan peligroso como la idea que persiste entre muchos latinoamericanos de que la colaboración latinoamericana viene primero [...] Estas ideas deben ser combatidas por todas las repúblicas americanas, pero si concretamos el Pacto de Defensa [...]”*¹²⁶

De acuerdo con distintos autores¹²⁷, el principal uso del Sistema Interamericano que se deriva de la OEA, ha sido la legitimización del accionar norteamericano en distintos campos y a distintos niveles para el favorecimiento de sus intereses estratégicos (la declaración en contra del comunismo, su intervención en la Guerra de Corea y las incursiones en los territorios de Guatemala, República

¹²¹ Numeral 2, Artículo 3 Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.

¹²² MUÑOZ. Óp. Cit., p. 104

¹²³ A este respecto es preciso señalar la doctrina Monroe, base de la política exterior de Estados Unidos, y que expresaba el deseo de este país de ejercer un control policial en el resto del continente.

¹²⁴ La finalización de la segunda guerra mundial, la puesta en marcha del Plan Marshall, el surgimiento del comunismo bolchevique y el advenimiento de la guerra fría.

¹²⁵ El aspecto económico ha marcado el desarrollo de los países latinoamericanos. Específicamente, se puede hablar de la política “respite polum” o mirar hacia el norte expresada por Marco Fidel Suárez

¹²⁶ Foreign Relations of the United States (1946). vol. IX. Washington D.C.: Department of State. Citado por: MORGENFELD. Óp. Cit., p. 18.

¹²⁷ Ariel Morgenfeld, Muñoz, Tirado, entre otros.

Dominicana, Panamá), lo cual terminó legitimando a Estados Unidos a expensas de la legitimación de la organización.

Ahora bien, dadas las problemáticas en la fundamentación del sistema, se produjo divergencia en las expectativas que, una y otra parte, tenían del rol que jugaría la existencia del TIAR en la integración regional, sobre todo en los asuntos económicos, y los sistemas de resolución de conflictos que servirían como un mecanismo de defensa militar¹²⁸ ante las agresiones extra continentales y, en determinados casos, intra continentales¹²⁹.

En este sentido, para Guevara, el TIAR cumplió cuatro funciones principales para Estados Unidos. En primer lugar, se constituyó en "Una de las piezas o partes regionales de un sistema estratégico y militar mundial de seguridad y defensa¹³⁰". Sin embargo, y comparado con otros sistemas geopolíticos de defensa estratégica y militar, el TIAR era a todas luces menos importante que la OTAN¹³¹.

En segundo lugar, se convirtió en un marco jurídico y diplomático propicio para manejar la acción estratégica y militar con los países de América Latina, lo que permitiría un control sobre el hemisferio occidental, que además le daba un respaldo y un poderío geopolítico relevante¹³². En tercer lugar, siendo un poco más optimista, Guevara considera que si se estimula la solución de controversias a través de arreglos pacíficos, al establecer la aplicación del procedimiento de consultas¹³³, se evita en su perspectiva, cualquier foco de agresión mutua entre los países¹³⁴.

¹²⁸ Estados Unidos intentó implementar una organización permanente que fuera comandada por los grandes países del hemisferio: Estados Unidos, México, Brasil y Argentina.

¹²⁹ Este es uno de los éxitos de la misión estadounidense debido a que logró incluir en el tratado que en caso de existir una disputa intra continental y se agotará la vía pacífica, se podría utilizar la respuesta militar.

¹³⁰ GUEVARA, Walter. *El TIAR a la luz del conflicto de las Malvinas*. Nueva sociedad [en línea] 1982, Nro.: 62 pp. 46, Disponible en Internet: http://www.nuso.org/upload/articulos/985_1.pdf, consultado el 30 de agosto de 2012.

¹³¹ "Comparado con las otras piezas del sistema es menos importante que la NATO", *Ibid.*

¹³² "b) Marco jurídico y diplomático para coordinar la acción estratégica y militar de los Estados Unidos con los países de América Latina en lo que se refiere a la seguridad y defensa del hemisferio occidental. Instrumento diplomático para acondicionar el continente con el referido propósito. Función complementaria de la anterior." *Ibid.*

¹³³ La Organización de los Estados Americanos por su parte sostiene: "El hecho de que cualquiera de las Partes involucradas en un conflicto pueda pedir la convocación del Órgano de Consulta y que el rechazo

En cuarto lugar, reconoce que se convierte en un componente importante del Sistema Interamericano, en cuanto permite a Estados Unidos integrarse con los países de América Latina en un foro político alternativo al de estrategia militar y defensiva que se propone el TIAR, pero siendo un componente del Sistema de la OEA logra la interacción en otros temas y consolida la integración de la región¹³⁵.

No obstante las ventajas o características del TIAR en el sistema hemisférico, pocas han sido las veces en las que el Tratado ha sido activado en situaciones como las que prevé. La última aplicación del TIAR fue en 1982, cuando el Órgano de Consulta fue convocado a solicitud de Argentina en su conflicto con el Reino Unido¹³⁶.

Antes de 1982, y bajo una dictadura militar liderada por el comandante Leopoldo Fortunato Galtieri, la República de Argentina decidió incursionar militarmente las Islas Malvinas, pertenecientes a Gran Bretaña, con el fin de reclamar soberanía sobre ese territorio. Rápidamente la OEA movilizó a los Ministros de Relaciones Exteriores, con el fin de analizar la situación y fijar su posición al respecto del diferendo. La resolución de la Reunión de Consulta a los Ministros de Relaciones Exteriores, instaba a ambas Naciones a resolver pacíficamente sus diferencias y señalaba la preocupación de este organismo

de su acción pacificadora pueda dar motivo a las común pero impropiedades llamadas sanciones, enumeradas en el artículo 8, han sido determinantes para que, por este Tratado y no por el Pacto de Bogotá, se trate de llegar a la solución pacífica de la controversia” Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente para la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Seguridad Hemisférica, *Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos*, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional – Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. CP/CSH-278/00 del 13 de marzo de 2000, disponible en la página web oficial de la Organización en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/csh/spanish/ncsdoc%20soluc%20pacif.asp>, consultada el 30 de octubre de 2012.

¹³⁴ Guevara la describe como: *c) Mecanismo diplomático y político Interamericano para prevenir conflictos armados entre países latinoamericanos y arreglarlos por la vía pacífica mediante la aplicación del procedimiento de consultas. Función complementaria de las dos anteriores.”* *Ibíd.*

¹³⁵ “*d) Componente importante del sistema interamericano como foro permanente para la negociación de los problemas no militares ni estratégicos de los Estados Unidos en su relación con los países latinoamericanos.”* *Ibíd.*

¹³⁶ Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente para la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Seguridad Hemisférica, *Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos*, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional – Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. CP/CSH-278/00 del 13 de marzo de 2000, disponible en la página web oficial de la Organización en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/csh/spanish/ncsdoc%20soluc%20pacif.asp>, consultada el 30 de octubre de 2012.

ante estos hechos ofreciendo su cooperación para fungir como mediador dentro del conflicto.

A pesar de ello Argentina solicitó de nuevo la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, como requisito previo al uso del TIAR, con el fin de que se aprobara el uso de los mecanismos de solidaridad continental que se contemplan en el mismo, como en efecto ocurrió. Así, la Resolución emitida en cumplimiento del artículo 3 del Tratado, instaba a Gran Bretaña a detener las hostilidades en contra de La República Argentina, el establecimiento de una tregua y deploraba la actitud de la Comunidad Económica Europea y otros Estados de implementar medidas coercitivas en contra del país del cono sur¹³⁷. Sin embargo, la gran mayoría de recomendaciones estaban dirigidas a estados que no hacían parte del Tratado y en momento alguno exigió la movilización de otros países miembros del TIAR a favor de la causa de Argentina.

Este enfrentamiento causó uno de los episodios más controvertidos en la historia de la OEA y del mecanismo TIAR y fue un punto de inflexión en la estrategia de integración de Latinoamérica con Estados Unidos, ya que sometió a prueba los supuestos de la solidaridad hemisférica frente a una agresión extraterritorial y evidenció, una vez más, la posición de Estados Unidos con respecto a los países que conformaban la Organización¹³⁸.

La posición de Estados Unidos de alejarse de Argentina, uno de sus mayores aliados en la lucha en contra del comunismo, y acompañar a Reino Unido fortaleció el malestar que algunos países - Chile, México, Perú - tenían hacia Estados Unidos; y fortaleció la división regional y la preeminencia de Europa sobre Latinoamérica.

¹³⁷TIRADO, Óp. Cit., p. 195.

¹³⁸DIAMINT, Rut. "Evolución del sistema interamericano, entre el temor y la armonía" en ARLENE, Tickner Compiladora, *Sistema Interamericano y democracia*, Centro de Estudios Internacionales CEI, Departamento de Ciencia Política. Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Noviembre del 2000,p.6.

1.5.2. Tratado Americano de Soluciones Pacíficas: El Pacto de Bogotá

El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá, es la herramienta sobre la cual se hará mayor énfasis en el análisis de la eficacia de los sistemas de solución de controversias en el marco de la Organización americana, debido además a la discusión que sobre este se ha presentado en lo particular en el diferendo Colombia – Nicaragua por la soberanía territorial en San Andrés, Providencia y sus cayos, así como los derechos sobre la zona económica exclusiva.

En el marco de la Novena Conferencia Interamericana de Bogotá, realizada el 30 de abril de 1948, se suscribió el Tratado Americano sobre Soluciones Pacíficas, también conocido como el “Pacto de Bogotá”. Este pacto no fue ratificado por la mayoría necesaria de los Estados miembro para que entrara en vigor¹³⁹ y la mayoría de los Estados que lo ratificaron lo hicieron con reservas sobre sus puntos más importantes¹⁴⁰.

El Pacto de Bogotá reconoce de antemano el sometimiento a los procedimientos pacíficos de solución de controversias internacionales, previo a la remisión al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; consecuencia de ello, que las partes debieran a comprometerse en que, en caso de que no lograr resolver sus

¹³⁹ De los para entonces 21 miembros, solo fue ratificado por 16 de los cuales 8 presentaron reservas y se hizo una denuncia por parte de El Salvador. (Estado de Firmas y ratificaciones del Tratado, s.f.)

¹⁴⁰ TIRADO, Mejía Álvaro, *Colombia en la OEA*. 1 ed. Ministerio de relaciones Exteriores, Bogotá: 1998. La OEA por su parte considera que frente a este, el TIAR ha contribuido en mayor medida a la solución de controversias cuando señala: “El hecho de que cualquiera de las Partes involucradas en un conflicto pueda pedir la convocación del Órgano de Consulta y que el rechazo de su acción pacificadora pueda dar motivo a las común pero impropiamente llamadas sanciones, enumeradas en el artículo 8, han sido determinantes para que, por este Tratado y no por el Pacto de Bogotá, se trate de llegar a la solución pacífica de la controversia”. Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente para la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Seguridad Hemisférica, *Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos*, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional – Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. CP/CSH-278/00 del 13 de marzo de 2000, disponible en la página web oficial de la Organización en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/csh/spanish/ncsdoc%20soluc%20pacif.asp>, consultada el 30 de octubre de 2012

controversias a través de las negociaciones directas, debieran hacerlo a través de los procedimientos establecidos en el Pacto¹⁴¹.

Además de la remisión a los procedimientos de la Carta de la ONU al que ya se encontraban adscritos varios de los miembros de la OEA; uno de los puntos sobre los cuales los Estados consideraron comprometida su soberanía¹⁴² es el consagrado en los artículos 5 y 30 del Pacto. El primero prescribe que no serán sometidos a los procedimientos establecidos en el Tratado Americano, los asuntos que sean de la esfera interna de los Estados, sin embargo, si alguno de los Estados no está de acuerdo con que la controversia sea de jurisdicción interna de alguno de los Estados, estos, deben acudir a la Corte Internacional de Justicia para que decida lo propio.

En este punto, vale la pena referenciar las formas en las que la Corte Internacional de Justicia asume competencia de una controversia, para entender más fácilmente porque en el caso de quienes suscribieron el Pacto de Bogotá, la competencia de la Corte se torna obligatoria y por ende la imposibilidad que el instrumento generó, de formar y consolidar un mecanismo de solución de controversias hemisférico autónomo.

La Corte conoce de los casos sobre los cuales falla, a partir de tres jurisdicciones; la primera de carácter *voluntario*, que según el artículo 36.1 de la Carta ONU, consiste en que la competencia de la Carta se extiende a todos los litigios que los miembros de las Naciones Unidas le sometan y a todos los asuntos, especialmente los contemplados en la Carta ONU; cuando existe un compromiso de las partes de acudir a su jurisdicción¹⁴³.

¹⁴¹ Artículo 2, Tratado Americano de Soluciones Pacíficas – Pacto de Bogotá, disponible en la página web oficial de la Organización de los Estados Americanos: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>, consultada el 30 de abril de 2012.

¹⁴² TIRADO, Óp. Cit.

¹⁴³ MONROY, Marco Gerardo, Solución pacífica de controversias internacionales, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín: 1995. P.552.

La segunda, se llama *obligatoria* como consecuencia de los tratados internacionales que reconocen expresamente que todos los conflictos que se presenten serán conocidos por la Corte. La tercera, se denomina *facultativa de jurisdicción obligatoria*, el artículo 36.2 de la Carta señala que los Estados Parte pueden reconocer en cualquier momento como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial respecto de cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, el conocimiento de la Corte en todas las controversias de orden jurídico¹⁴⁴.

Las controversias pueden tener relación con: la interpretación de un tratado, cualquier punto de derecho internacional, la existencia de todo hecho que pueda constituirse en una violación a una obligación internacional, y el alcance de la reparación que deba hacerse por la violación a una obligación internacional¹⁴⁵.

En este sentido, el artículo XXXI del Pacto de Bogotá reza: *De conformidad con el inciso 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:*

- a) *La interpretación de un Tratado;*
- b) *Cualquier cuestión de Derecho Internacional;*
- c) *La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;*
- d) *La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional*¹⁴⁶”

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p.552

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p.552

¹⁴⁶ Artículo 31 del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas.

Lo anterior indica que si un Estado reconoce la jurisdicción de la Corte, la contraparte se obliga a reconocerlo ipso facto y queda abierta su competencia como en el caso de la cláusula facultativa obligatoria; sobre este punto, varios de los países hicieron reserva del tratado y otros incluso no suscribieron el tratado al considerar que se trata de una cláusula peligrosa por reconocer como obligatoria la jurisdicción de la Corte¹⁴⁷.

Este aspecto representó para los Estados, así como lo establecido en el artículo 31 del Pacto, el otorgamiento de una prevalencia a la jurisdicción de la Corte Internacional, por encima de los mecanismos que pretendía establecer el Pacto; una prioridad que de forma temprana, deja en un segundo plano el papel de los mecanismos del Tratado Americano. Vale la pena citar textualmente la disposición referida: "*ARTICULO V. Dichos procedimientos no podrán aplicarse a las materias que por su esencia son de la jurisdicción interna del Estado. Si las partes no estuvieren de acuerdo en que la controversia se refiere a un asunto de jurisdicción interna, a solicitud de cualquiera de ellas esta cuestión previa será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia*".

Otro de los aspectos que más llaman la atención en las disposiciones del Pacto, es la contenida en el artículo 8 relacionada con la improcedencia de alegar el agotamiento de los mecanismos pacíficos de solución de controversias en caso de ataque armado, para suspender de forma transitoria el ejercicio del derecho a la legítima defensa individual o colectiva, que concede la Carta ONU¹⁴⁸.

Esta disposición resulta coherente si se basa en la inmediatez del ataque armado, pero su previsión puede ser falaz si se considera que ya la Carta ONU define un procedimiento específico y que, siendo este un tratado regional, no aporta procedimiento regional específico a través del cual se regule particularmente dicha disposición.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p.554

¹⁴⁸ ARTICULO VIII. El recurso a los medios pacíficos de solución de las controversias, o la recomendación de su empleo, no podrán ser motivo, en caso de ataque armado, para retardar el ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, previsto en la Carta ONU.

Paso seguido el Tratado Americano define un procedimiento para cada uno de los medios de solución de controversias enunciados en el artículo 33 de la Carta ONU en los que interviene un tercero, esto es: los buenos oficios, la mediación, la investigación, la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial.

El procedimiento para los **buenos oficios y para la mediación** está definido en el capítulo segundo del Tratado; las previsiones del Pacto, consisten en la definición de los medios que ya se enunciaba en la parte inicial de este capítulo, y prescriben la confidencialidad cuando un Estado medie en la solución de una controversia. La diferencia esencial entre los buenos oficios y la mediación, que se desprende de la lectura textual del articulado, deriva de la posibilidad de los Estados de escoger al mediador de la controversia¹⁴⁹.

Se señala además un término de prescripción para acudir a la mediación: si en dos meses las partes no logran de común acuerdo, escoger su mediador, o si en cinco meses no logra resolverse la controversia; deberá acudirse a otros medios de solución pacífica de controversias, señalados en el Pacto¹⁵⁰.

Para el procedimiento de **Investigación y Conciliación**, los países interesados solicitarán al Consejo Permanente de la Organización, que realice la convocatoria de la Comisión respectiva; mientras se realiza la convocatoria, las partes deberán de inmediato suspender cualquier acto que signifique la prolongación de la controversia, con el fin de permitir la actuación de la comisión de forma imparcial¹⁵¹.

La comisión actuará por el plazo de seis meses prorrogables por decisión de las partes¹⁵² si la controversia se basa solamente en puntos de hecho, la Comisión investigará y se limitará a elaborar el informe respectivo. Los gastos de la

¹⁴⁹ Artículo 11, Tratado Americano de Soluciones Pacíficas.

¹⁵⁰ Artículo 13, Tratado Americano de Soluciones Pacíficas.

¹⁵¹ Artículo 16, Tratado Americano de Soluciones Pacíficas.

¹⁵² Artículo 25.

Comisión serán cubiertos por las partes de común acuerdo, o fijados por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo a los gastos en los que se haya incurrido por las actuaciones de cada uno de los Estados¹⁵³.

El **procedimiento judicial** establece el sometimiento ipso facto de los Estados que ratificaran dicho tratado, a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, lo que, como ya se señaló, significó para los Estados, una disposición que vulneraba su soberanía, considerando que el propio Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁵⁴ posibilita la omisión de los Estados en la defensa ante la Corte cuando la competencia sea promovida de forma unilateral. Esto también derivó en una ausencia de operatividad del Tratado, considerando que remite a un Estatuto que ya había sido adoptado por casi todos los que en 1948 aprobaban el pacto, ya que el Estatuto es parte integrante de la Carta ONU aprobada el 26 de junio de 1945 y en vigor desde el 24 de octubre del mismo año.¹⁵⁵

Con relación al **arbitraje**, dispone la información a la Organización de los medios de arbitraje usados en el término de dos meses siguientes a la controversia. Establece además el procedimiento de selección de los árbitros o en su defecto, del Tribunal de Arbitraje de la Haya; haciendo demasiado rígido un procedimiento que se supone parte de la voluntad de las partes que manifiestan someterse a la decisión en derecho del árbitro, llegando incluso a asimilarla a un procedimiento tan rígido e involuntario como el sometimiento a un juez previamente establecido. Esto es posible concluirlo de la lectura del capítulo quinto de la norma. Regula además la posibilidad de acudir a la

¹⁵³ Artículo 30.

¹⁵⁴ Artículo 53 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al que ya se hacía referencia

¹⁵⁵ Ver al respecto la obra compilada por: GARCÍA, Amador. *Sistema Interamericano a través de tratados, convenciones y otros documentos*. Compilación anotada por F.V., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Vol. I, Introducción Histórica (páginas 1 a 67) y Capítulo IX, El Sistema de Arreglo Pacífico de Controversias. Ver también: Comité Jurídico Interamericano Curso de Derecho Internacional 1987 (Callejas, pág. 157 y sgtes. y Acevedo pág. 173 y sgtes.) y 1991 (Infante Caffi, pág. 59 y sgtes.), Informes y Recomendaciones 1985 "Examen del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas," páginas 60 a 101 y Anuario Jurídico Interamericano 1986 (Jiménez de Aréchaga, pág. 3 y sgtes.).

revisión del Laudo ante el mismo tribunal dentro del año siguiente a la emisión del laudo.

Otro de los instrumentos que contienen disposiciones relacionadas con la forma en la que se resuelven controversias al interior de la OEA, es por supuesto su carta constitutiva; si bien es cierto el Pacto de Bogotá es por unos pocos días posterior a la Carta, vale la pena remitirnos a los pocos elementos que la Carta diseña en la solución de controversias.

1.5.3. Las Controversias según la Carta de la OEA

El sistema de la OEA que nació en 1948 contenía seis documentos básicos: La Carta de la OEA¹⁵⁶ (Tratado de Constitución), el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas¹⁵⁷ (Pacto de Bogotá), el Convenio Económico de Bogotá¹⁵⁸, la Convención Interamericana sobre la Concesión de derechos políticos a la Mujer¹⁵⁹, la Convención Interamericana sobre la Concesión de derechos civiles a la Mujer, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre¹⁶⁰ y el Acta final de la Novena Conferencia¹⁶¹. Entre los documentos de la novena conferencia estaba la "preservación y defensa de la democracia en América" que para algunos de los estudiosos¹⁶² del Sistema interamericano, reflejó en un

¹⁵⁶ Carta de la OEA de 1948, Tratado constitutivo disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm

¹⁵⁷ Tratado Americano de Soluciones Pacíficas – Pacto de Bogotá, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>

¹⁵⁸ Convenio Económico de Bogotá, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html>

¹⁵⁹ Convención Interamericana sobre la Concesión de Derechos Políticos a la Mujer, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Interamericana_sobre_Concesion_Derechos_Politicos_a_la_Mujer.pdf

¹⁶⁰ Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

¹⁶¹ DIAMINT, Rut. "Evolución del sistema interamericano, entre el temor y la armonía" en ARLENE, Tickner Compiladora, *Sistema Interamericano y democracia*, Centro de Estudios Internacionales CEI, Departamento de Ciencia Política. Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Noviembre del 2000, p.6. y Página web oficial de los Estados Americanos http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp consultada el 27 de octubre del 2010

¹⁶² José Luis Restrepo, es doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Bolivariana (Colombia) Funcionario de la Organización desde 1962 hasta 1995, fue Jefe de Gabinete de varios Secretarios Generales y adjuntos. En el mismo sentido: Rut Diamint (profesora de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT) y Universidad de Bologna en Buenos Aires. Investigadora, licenciada en Sociología, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1985. Máster en Ciencias Sociales, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales

acto jurídico entre Estados, las políticas anticomunistas en el continente que motivaron la integración.¹⁶³

La Carta de la OEA, fue firmada por 21 Estados Americanos y entró en vigor a partir de 1951, cuando Colombia ratificó y completó el número de Estados que se necesitaban para su vigencia; hay que señalar que los Estados del Caribe no podían ser miembros debido a que la Carta de Bogotá previó implícitamente que solo Estados Unidos, Latinoamérica y Canadá (que para entonces no era miembro) podían ser parte de la Organización. En 1964 se amplían los criterios de acceso y se da la posibilidad de que los Estados del Caribe de habla inglesa independizados de Gran Bretaña hicieran parte del organismo.

Considerando el escenario mundial al que se ha hecho referencia y la expedición del Pacto de Bogotá incorporado en los instrumentos adoptados en la Novena Conferencia Panamericana en la que también se adoptó la Carta, este instrumento establece disposiciones generales sobre la solución de controversias internacionales; sin embargo, muchas de éstas se incorporaron en reformas posteriores de la Carta y más que regular un procedimiento de solución, se enfocó en la acción del Consejo Permanente de la Organización y en los propósitos de la misma.

Uno de los propósitos generales de la OEA, de conformidad con lo preceptuado con el artículo 2 y en relación directa con la forma en la que los países miembro de la Organización deben resolver sus controversias, es el contenido en el literal c del artículo que prescribe como propósito general de la Organización: "*Prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros*"¹⁶⁴ Por su parte, el artículo 3, literal i, hace énfasis en las repetidas manifestaciones de los Estados miembro en considerar como pilar que "*Las controversias de carácter*

(FLACSO), Buenos Aires, Argentina, 1990. Es PH D. Candidata del Departamento de Estudios de Guerra, King's Collage, Universidad de Londres).

¹⁶³ Ver entre otros: *Ibíd.*, p. 7

¹⁶⁴ Artículo 2 de la Carta de la OEA

*internacional que surjan entre dos o más Estados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos*¹⁶⁵

El Capítulo V de la Carta hace referencia a la solución de controversias en el interior de la OEA y en consecuencia se transcriben los apartes pertinentes:

"Artículo 24. Las controversias internacionales entre los Estados miembros deben ser sometidas a los procedimientos de solución pacífica señalados en esta Carta.

Esta disposición no se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con los artículos 34 y 35 de la Carta ONU.

Artículo 25. Son procedimientos pacíficos: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento las Partes.

Artículo 26. Cuando entre dos o más Estados americanos se susciten una controversia que, en opinión de uno de ellos, no pueda ser resuelta por los medios diplomáticos usuales, las Partes deberán convenir en cualquier otro procedimiento pacífico que les permita llegar a una solución.

Artículo 27. Un tratado especial¹⁶⁶ establecerá los medios adecuados para resolver las controversias y determinará los procedimientos pertinentes a cada uno de los medios pacíficos, en forma de no dejar que controversia alguna entre los Estados americanos pueda quedar sin solución definitiva dentro de un plazo razonable".

Y dentro de las funciones que establece para el Consejo Permanente en relación con la solución pacífica de controversias establece:

¹⁶⁵ Literal i del Artículo 3 de la Carta de la OEA.

¹⁶⁶ Que se traduce luego en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas.

"Artículo 84. El Consejo Permanente velará por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros y, con tal fin, les ayudará de una manera efectiva en la solución pacífica de sus controversias, de acuerdo con las disposiciones siguientes.

Para el ejercicio de dichas funciones, se dispone que el Consejo Permanente pueda además de prestar sus buenos oficios¹⁶⁷, instalar comisiones de conciliación ad hoc¹⁶⁸ en los términos que las partes acuerden, así como comisiones de investigación cuando el Gobierno respectivo permita su intervención, pues prevalece la soberanía territorial.¹⁶⁹

Por consiguiente, que pueda concluirse que las disposiciones de la Carta, al igual que las contenidas en el Pacto de Bogotá, se limiten a las gestiones necesarias para garantizar que se acuden a los mecanismos de solución pacífica de controversias que ya establece además la Carta ONU. Esta situación permite concluir que la OEA no cuenta con un sistema autónomo de solución de controversias, como se analizará a partir del análisis del caso de la Operación Fénix.

De lo anterior, que del trabajo realizado para el Consejo de Seguridad Hemisférica del año 2000, por parte de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos "*Solución Pacífica de Controversias en la OEA*" se concluya:

"Los antecedentes expuestos en este trabajo permiten concluir que, en materia de solución pacífica de controversias, las reformas introducidas a la Carta de la Organización proporcionan un mecanismo flexible que permite la intervención del Consejo Permanente en una acción pacificadora en la que tenga interés solo un Estado miembro de la Organización. Los medios de solución pacífica de controversias enumerados en la Carta son los tradicionales que se encuentran definidos en el Pacto de Bogotá. Este tratado, a pesar de contener una

¹⁶⁷ Carta de la OEA, Artículo 85

¹⁶⁸ *Ibíd.*, Artículo 86

¹⁶⁹ *Ibíd.*, Artículo 87

definición adecuada de esos medios de solución pacífica, no tiene el número de adhesiones de la mayoría de Estados miembros de la Organización y ha sido objeto de reservas importantes en lo relativo al recurso obligatorio a ciertos medios definidos en 61 y a la definición de los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados. Los Estados parte en el Pacto de Bogotá y los Estados miembros de la Organización han considerado en diversas oportunidades la posibilidad de reformarlo para hacerlo más operativo. Sin embargo, esos intentos no han conducido a los resultados buscados por razones jurídicas pero fundamentalmente en virtud de las posiciones políticas de los Estados. En ese contexto, el instrumento internacional que ha conducido a la aplicación de medios de solución pacíficas a diversas controversias surgidas entre Estados parte en él ha sido el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca. Este instrumento, sin embargo, no ha sido aplicado desde 1982". (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, finalizando este capítulo hay que indicar que el objetivo de reconstruir el estado del arte de lo que se entiende como controversia, el papel de la guerra en su formación y solución; así como las formas en la que se resuelven actualmente permite sentar las bases conceptuales sobre las cuales se habla de la Operación Fénix como una controversia en el capítulo final de esta Tesis.

Reconstruir el estado del arte de un sistema de solución de controversias en la OEA, que se supone es el sistema jurídico al cual recurren de inmediato sus miembros ante cualquier controversia con el fin de verlas resueltas; deja ver la carencia total de institucionalidad autónoma que permita su solución en el mismo hemisferio.

Fuera del Órgano de Consulta del TIAR, la OEA no ofrece más que la prevalencia del Sistema Universal de ONU y hasta se constituye en un doble

filo, pues parte de la necesidad de reconocer como obligatoria la Jurisdicción de la CIJ, sin que los países tengan alternativa en reconocer su competencia.

De esta arma de doble filo ya fue víctima Colombia en el diferendo con Nicaragua; y aun cuando esta tesis no pretende detenerse en un caso de tan magno interés debido a que puede desviar el objeto principal de esta tesis; si es útil su referencia en tanto en punto de derecho, el Pacto de Bogotá no solucionó un problema regional y el hemisferio resultó ajeno a un problema que terminó resolviendo la CIJ en virtud del compromiso adquirido por Colombia en el Pacto¹⁷⁰.

La carencia de mecanismo autónomo en la OEA para solucionar controversias, y la necesaria capacidad de las Organizaciones para estimular y mantener la convivencia y cooperación entre los Estados que la conforman, para el logro de los intereses comunes y por consiguiente la consolidación de un sistema; despierta el interés por encontrar mecanismos de solución de controversias eficaces, que se convierten en ejemplo para el caso de la OEA y que dotan de seguridad jurídica el sistema.

Un ejemplo recurrente en derecho internacional, como se comprobará más adelante, ha sido la forma en la que la Organización Mundial del Comercio ha resuelto sus controversias. Sin embargo, el éxito del mismo ha residido en que no se adjudica a la acción de un tribunal jurisdiccional o al pronunciamiento de un legislativo de orden mundial, se adjudica a la existencia de mecanismos eficientes de ejecución de los compromisos de los Estados aún por encima de su

¹⁷⁰ Colombia denuncia el pacto el 27 de noviembre de 2012, luego de haberlo ratificado el 14 de octubre de 1968 y como consecuencia del reconocimiento ipso facto de la competencia de la Corte para conocer de los conflictos entre los Estados miembros. El instrumento y la denuncia está reseñada en la página del Departamento Internacional de la OEA, en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html#10.->, sobre la denuncia del tratado, en comunicado de prensa de la Presidencia de la República del 28 de noviembre de 2012, precisó: "los límites entre los Estados deben ser fijados por los propios Estados. Las fronteras terrestres y los límites marítimos entre los Estados, no deben quedar en manos de una corte, sino que deben ser fijados de mutuo acuerdo por los Estados mediante tratados" (...) Por último, el Presidente de la República dijo que "con esta denuncia Colombia no pretende, no pretende separarse de la solución pacífica de las controversias. Por el contrario, Colombia reitera su compromiso de recurrir siempre a procedimientos pacíficos". Tomado de: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Noviembre/Paginas/20121128_01.aspx

soberanía interna; lo que se ha estudiado a partir de una disciplina en recopilación: el derecho administrativo global – DAG.

A continuación, se observa en que reside esta nueva forma de estudiar el derecho, que fenómenos se observan y que aporta a la forma en la que deben resolverse las controversias entre los países miembros de la OEA.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DAG

Frente a la ausencia de un sistema autónomo de solución de controversias de la OEA, en especial con respecto a la Operación Fénix, vale la pena estudiar sistemas de solución de controversias desde la perspectiva del reciente estudio compilatorio surgido en la Universidad de Nueva York sobre Derecho Administrativo Global - DAG, que revalúa los pilares sobre los cuales se estructuró el Derecho Internacional Clásico.

La necesidad de hablar sobre DAG en la presente investigación, parte de una premisa fundamental: su utilidad para el análisis de un mecanismo de solución de controversias que supla el inexistente en la OEA. Sin embargo, para poder concluir su pertinencia como mecanismo de solución de controversias y la positiva incidencia que puede tener en el sistema de derecho de la OEA, se hace necesario estudiar su concepto, los elementos que nos permiten hablar de un derecho administrativo de carácter global, sus diferencias en relación con sistemas regionales a partir de una comparación con la Unión Europea, su aporte al derecho de la integración y al derecho internacional institucional, la forma en la que se manifiesta algunas veces a través de actos administrativos transnacionales y por último la forma en la que se refleja a través del Sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio – OMC.

Para tal efecto, se examinarán en primera medida, los aspectos conceptuales más relevantes del DAG, empezando por los rasgos más significativos de su aparición como categoría de estudio jurídico, sus principales características organizacionales y procedimentales para luego, desde el enfoque de

*accountability*¹⁷¹ y el cumplimiento de mandatos organizacionales por encima de pretensiones de naturaleza interna en virtud del compromiso asumido a través de tratados, estudiar organismos exitosos de solución de controversias, que en el caso particular de la Organización Mundial del Comercio, permiten a través de mecanismos administrativos, que regulaciones de carácter global se superpongan a ordenamientos jurídicos internos.

Este capítulo, como consecuencia del anterior en el que se realiza un estado del arte desde el punto de vista conceptual, de la forma en la que jurídicamente se resuelven las controversias en el hemisferio; permite abordar la posible solución al problema objeto de la controversia, como hipótesis de las características de un sistema de solución de controversias eficiente en el seno de la organización; aspecto que será comprobado en el capítulo final, precedido por este marco teórico de lo que puede robustecer el sistema jurídico de solución de controversias en la OEA.

Aclarada la estructura de este capítulo y su relación con el primero y el tercero, se estudia a continuación, el DAG y sus principales elementos.

2.1. Elementos conceptuales del Derecho Administrativo Global

El proyecto de la Universidad de Nueva York se constituye en un esfuerzo por sistematizar estudios que se han realizado en distintos escenarios nacionales, transnacionales e internacionales que tienen relación con el derecho administrativo de la gobernanza global, y de los cuales, ha surgido un importante y creciente cuerpo de normas de derecho que adquiere dimensiones globales al superponerse a la soberanía territorial o a normas de carácter interno contrarias a las disposiciones de DAG y que aún no se ha unificado¹⁷².

¹⁷¹ El término *accountability* se referencia en inglés, considerando que no tiene traducción literal al español. En el contexto del DAG, la *accountability* es la obligación de rendición de cuentas que se espera exista en la gestión pública global. Para los administradores. Sobre el concepto y utilidad de *accountability*
¹⁷² KINGSBURY, Benedict & KIRSCH, Nico. Stewart, Richard. *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*. P. 1 disponible en: <http://iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>, consultado el 3 de febrero de 2013. P. 19

El incremento en el alcance y formas de la regulación transgubernamental, así como de la administración en dimensiones de carácter global que se ha diseñado para enfrentar las consecuencias de la interdependencia de la humanidad en áreas tales como la seguridad¹⁷³, las condiciones del desarrollo¹⁷⁴, y la asistencia financiera a los países en desarrollo¹⁷⁵ la protección ambiental¹⁷⁶, la regulación bancaria y financiera¹⁷⁷, el cumplimiento de las leyes¹⁷⁸, las telecomunicaciones¹⁷⁹, el comercio de productos y servicios¹⁸⁰ la propiedad intelectual¹⁸¹, los estándares laborales¹⁸², los movimientos transfronterizos de las regiones¹⁸³; han traído como consecuencia que las medidas nacionales, resulten inadecuadas para enfrentar las demandas de un mundo cada vez más interdependiente con problemáticas de escala mundial.

De lo anterior, que se presente un aumento en las relaciones jurídicas entre gobiernos, entidades privadas, ONG's y personas individuales de dos o más países, que hacen necesario que se desarrollen mecanismos para regularlas

¹⁷³ Como las que regulan las normas ISO en distintos sectores de la seguridad industrial, o las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU en lo relacionado con la lucha contra el terrorismo, o los Códigos de Aviación entre los que se incluye el control aeroportuario.

¹⁷⁴ Un ejemplo es estos son los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/mdg/the-millennium-development-goals-report-2012/>

¹⁷⁵ Con la asistencia que prestan Bancas Multilaterales como el Banco Mundial <http://www.bancomundial.org/> y el Fondo Monetario Internacional <http://www.imf.org/external/spanish/> que implementan incluso políticas de ajuste estructural que terminan unificando sistemas en el mundo.

¹⁷⁶ Un ejemplo también son los esfuerzos por protocolizar políticas ambientales como en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático y su Protocolo de Kioto, que busca el compromiso de los Estados por frenar las causas del calentamiento global.

¹⁷⁷ Los efectos de que la economía global se concentre especialmente en los mercados financieros y los efectos colaterales de la misma que se expanden con bastante rapidez, se analizan en este tipo de preocupaciones.

¹⁷⁸ Sobre todo en lo relacionado con el Blanqueo de Capitales.

¹⁷⁹ Un ejemplo es la Unión Internacional de Telecomunicaciones, adscrita a las Naciones Unidas, y quien es la encargada de atribuir el espectro radioeléctrico y las órbitas de satélite a escala mundial, así como elaboran normas técnicas que garantizan la interconexión continua de las redes y las tecnologías, y velan por mejorar el acceso a las TIC de las comunidades insuficientemente atendidas de todo el mundo.

¹⁸⁰ Como la que tiene lugar precisamente en la OMC y en la última ronda de DOHA.

¹⁸¹ Como la que tiene lugar en el seno de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual –OMPI–.

¹⁸² Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, han adquirido especial relevancia en el escenario mundial y en los derechos de carácter interno.

¹⁸³ Se denomina Movimiento Transfronterizo, a la importación, exportación y tránsito de residuos peligrosos con fines de tratamiento o disposición final; regulada a través de la Convención de Basilea, aprobado por Conferencia de Plenipotenciarios en Basilea (Suiza) el 22 de marzo de 1989. Disponible en <http://ban.org/library/centroamerica.html>

adecuadamente. "Es normal, por ende, que la necesidad de mayor previsión normativa también sea creciente."¹⁸⁴

Esto ha llevado a que se establezcan diversos sistemas de regulación, transnacionales, y redes intergubernamentales de cooperación más informales, que han desplazado las disposiciones nacionales, a regulaciones de carácter global que rompen con los límites territoriales de las normas sobre las que se sustentó el respeto al principio de soberanía interna sobre el cual se cimentan las categorías de Derecho Internacional Clásico¹⁸⁵.

Además de la diversa normatividad emergente, la aparición de un escenario normativo de carácter global, también se manifiesta en los detalles y la implementación de esta regulación a través órganos administrativos transnacionales, los cuales, aun cuando no son un poder ejecutivo propiamente dicho; desarrollan tareas administrativas sin estar sujetos, directamente, al control de los gobiernos nacionales o a los Estados parte, en el caso de regímenes basados en tratados¹⁸⁶.

Esta diversidad de regulaciones, así como todo el entramado jurídico que está disperso como consecuencia de las múltiples manifestaciones de DAG; han hecho que exista una ausencia en el control de la ciudadanía a los procedimientos que ejecutan las normas de corte global y de igual forma la imposibilidad de las administraciones globales de dar a conocer los medios mediante los cuales se ejecutan las regulaciones que han sido adoptadas por los gobiernos nacionales o por los estados parte.

¹⁸⁴ NINO, Ezequiel, Inversiones extranjeras en países en desarrollo: alguien debería intervenir a nivel global, disponible en la página web oficial del Institute for International Law and Justice de la New York University School of Law, enlace: <http://www.iilj.org/GAL/documents/EzequielNino.GAL.pdf>, consultada el 3 de febrero de 2013.p, 1

¹⁸⁵ Sobre estos aspectos ver también: CÁRDENAS, Fabián Augusto y CADENA, Felipe. "Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico"; en Revista Academia Colombiana de Derecho Internacional; ACIDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131, Vol. 2, 2009. Y URUEÑA, René. Derecho de las Instituciones Internacionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P. 35.

¹⁸⁶ KINGSBURY, Benedict & KIRSCH, Nico. Stewart, Richard. *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*. P. 1 disponible en: <http://iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>, consultado el 3 de febrero de 2013. P. 3

Este déficit de "accountability" que se define como la función de rendición de cuentas en las actuaciones de los gobiernos y la posibilidad por parte de la ciudadanía de ejercer el control al ejercicio del poder regulatorio transnacional; ha estimulado dos tipos de respuestas: La primera tiene que ver con la tentativa de extender el derecho administrativo doméstico a las decisiones regulatorias intergubernamentales que afectan a una Nación; y la segunda, el desarrollo de nuevos mecanismos de DAG para enfrentar decisiones tomadas y reglas adoptadas dentro de los regímenes intergubernamentales¹⁸⁷.

Estas respuestas marcan la diferencia entre un Derecho Administrativo Internacional - DAI -que se ocupa de la forma en la que se llevan a cabo los procedimientos propios de la administración de las Organizaciones Internacionales en su interior-¹⁸⁸ y el DAG.

En perspectiva de los investigadores de la Universidad de Nueva York, la noción de DAI se concibe como una rama del derecho público que, al examinar los fenómenos legales que constituyen la administración internacional, busca descubrir, especificar y sistematizar las normas que gobiernan esta administración.

La diferencia con el DAG reside en que este último cubre en forma efectiva todas las reglas y procedimientos que ayudan a asegurar toda la accountability de la administración global, sin que se circunscriba a elementos propios del derecho administrativo interno y se concentra en particular en las estructuras de ejecución de los mandatos internacionales, en la transparencia, en los elementos participativos, en el procedimiento administrativo, en los principios de una toma de decisiones razonadas y en los mecanismos de revisión¹⁸⁹ Sobre esta interpretación del DAG, se enfoca el presente trabajo de investigación.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 4

¹⁸⁸ URUENA, René. *Derecho de las Instituciones Internacionales*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P. 324

¹⁸⁹ El reciente desarrollo del derecho administrativo global hace que se deba delimitar mucho más su campo de investigación ya que de lo contrario se generaría una agenda investiga inmanejable, ellos realizan esta aclaración debido a que las definiciones de derecho administrativo en Europa son "taxonómicas más que normativas, y tratan el tema englobado a todas las normas que son vinculantes para los actores administrativos, excepto para aquellos de naturaleza constitucional. (...) el campo del

Esta tesis se centra en la segunda respuesta, la existencia de nuevos mecanismos de derecho global, que puedan en realidad superponerse a decisiones de carácter interno, cuando las decisiones regulatorias por una autoridad doméstica afecten adversamente a otros Estados, a categorías determinadas de individuos u organizaciones, y que se consideran contrarias a las obligaciones que ese Gobierno ha asumido bajo un régimen internacional del cual es parte.

El DAG resulta útil en este sentido como respuesta a las regulaciones transgubernamentales que van más allá de la sistematización de regulaciones de una administración en especial (por ejemplo financiera) y que es la adoptada por el DAI; a una reflexión en torno a las herramientas de ejecución de ciertos instrumentos que tienen un impacto a escala global y que dotan de eficacia los organismos.

La respuesta a la omisión de compromisos internacionales a través de una decisión de carácter interno, ha sido el desarrollo por parte de los regímenes intergubernamentales, de estándares de derecho administrativo y de mecanismos a través de los cuales los administradores nacionales deban sujetarse en aras de asegurar su cumplimiento y un accountability adecuado con el régimen internacional¹⁹⁰.

Esta capacidad del DAG, permite, en aspectos tales como la solución de controversias, que la decisión tomada por organismos intergubernamentales, se superponga a las pretensiones de los Estados que conforman la organización; aspecto que también está relacionado con la accountability, como se desarrollará más adelante.

derecho administrativo global podría englobar la totalidad de las normas globales que regulan la acción administrativa por los cinco tipos distintos de órganos administrativos (...) el foco del derecho administrativo global no es el contenido específico de las reglas substantivas, sino el funcionamiento de principios existentes o posibles, de reglas procedimentales, de mecanismos de revisión y de otros mecanismos relativos a la transparencia, participación, toma de decisiones razonadas y a garantizar la legalidad de la gobernanza global. KINGSBURY, Benedict & KIRSCH, Nico. Stewart, Richard. *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*. P. 1 disponible en: <http://iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>, consultado el 3 de febrero de 2013. P. 15

¹⁹⁰ *Ibíd.*, p.2

i. Una aproximación a las fuentes del Derecho Internacional desde el DAG

El Derecho Internacional Público, tiene como fuentes formales¹⁹¹ las contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁹², esto es las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, y de forma auxiliar las decisiones judiciales y la doctrina. Las fuentes del DAG, parten de las fuentes clásicas del derecho internacional público, pero no las considera suficientes para justificar los orígenes y la autoridad que existe en el campo¹⁹³. En primera instancia, los tratados internacionales, se han definido por la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados como: "*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*"¹⁹⁴

Los tratados como fuente de DAG son inciertos y algunas veces inaplicables ya que de la compilación de DAG, se ha observado que los tratados raramente se refieran a formas de administrar sujetos, actores e instituciones a nivel internacional y en perspectiva pública o privada que sea susceptible de adoptarse como fuente.

¹⁹¹ Para profundizar en las fuentes formales del derecho internacional público, ver: SORENSEN, Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de la Cultura Económica, México: 1994, p. 151 & BROWLIE, I, Principles of Public International Law, Clarendon Press, Londres: 1995, p. 23 – 24.

¹⁹²La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.

¹⁹³ KINGSBURY, Benedict & KIRSCH, Nico. Stewart, Richard. *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*. P. 1 disponible en: <http://ijl.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>, consultado el 3 de febrero de 2013. P. 19

¹⁹⁴ Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, Parte I, Introducción, numeral 2. Término empleados.

En segunda instancia, lo que corresponde a la costumbre como una práctica recurrente y generalizada en el Derecho que se reconoce como obligatoria por quienes la usan y que se forma por la acción de los estados¹⁹⁵; se incluye en el DAG pero no es su único componente, ya que en el marco del DAG, la costumbre incorpora de igual manera la conducta de actores no estatales.

Por su parte, los principios generales de derecho, expresan principalmente los rasgos característicos de los principales sistemas jurídicos en el mundo¹⁹⁶; en tal sentido, dentro del DAG los principios generales del derecho, tienen aplicación con respecto a actuaciones de particulares que no se fundamentan necesariamente en un sistema jurídico específico.

En este sentido, frente al posible límite de las fuentes de derecho internacional traídas desde el derecho internacional clásico, el proyecto de la Universidad de Nueva York, considera que para efectos del DAG, una mejor perspectiva legal de entendimiento de las fuentes del derecho internacional, se podría basar en una visión revitalizada del *ius Gentium*¹⁹⁷ “que englobaría normas que emergen entre una gran variedad de actores y en escenarios muy diversos, en lugar de depender de un *ius inter gentes* construido sobre acuerdos entre estados”¹⁹⁸. Sin embargo, en palabras de Kingsbury, Kirsch y Stewart “El hecho de que los principios generales de derecho requieran una convergencia tan elevada de los sistemas jurídicos refleja un fuerte compromiso de integración y sirve para prevenir que un grupo de estados se imponga sobre otro. El *ius Gentium*, por

¹⁹⁵ Sobre la costumbre en derecho internacional y en general sobre las fuentes del derecho internacional, ver el desarrollo de: BECERRA, R., Manuel. Derecho Internacional Público, en Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, ISBN 968-36-2053-1, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=274>, consultada el 5 de octubre de 2011. p. 39-61

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 56

¹⁹⁷ El *ius gentium*, como expresión del derecho de gentes, proviene del derecho romano en la aplicación de derechos con respecto a los extranjeros; no se trataba solo de las disposiciones romanas aplicables a los extranjeros sino también a la forma en la que interactuaba el pueblo romano con otros pueblos, declaraciones de guerra, tratados de paz o alianzas. Para profundizar en este término, en especial en relación con el derecho internacional. BASAVE Fernandez del Valle, Agustín, *Filosofía del Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público 11, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, Apéndices p. 84

¹⁹⁸ KINGSBURY, Benedict & KIRSCH, Nico. Stewart, Richard. *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*. P. 1 disponible en: <http://ilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>, consultado el 3 de febrero de 2013. P. 13-14

más atractivo que sea como categoría para el derecho administrativo global, también deberá enfrentar este desafío.”¹⁹⁹

Incluso si se llegara a un acuerdo sobre identificar las fuentes formales del DAG, en términos ya sea del derecho internacional tradicional o de un enfoque de un *ius Gentium* revitalizado, no se garantiza la formulación de un único cuerpo normativo que represente y ejerza autoridad sobre el DAG²⁰⁰, ni siquiera en relación a acuerdos formales intergubernamentales. Esto se debe a que las prácticas de los órganos administrativos globales están fragmentadas y las normas formales domésticas varían notablemente.

Así las cosas, un *ius Gentium* revitalizado, se nutre en el DAG de decisiones transparentes y razonadas por las cuales se entiende al DAG como:

“aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo en la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban.”²⁰¹

Desde la perspectiva de Nino, el DAG rescata la aplicación del término “garantías administrativas” que hace referencia “a las protecciones procesales – dirigidas a los interesados en las decisiones que se adoptan en el ámbito del derecho administrativo global-. Estas garantías son la base del derecho administrativo global” Así Kingsbury, Kirsch y Stewart afirman que el foco del derecho administrativo global “no es el contenido específico de reglas sustantivas, sino más bien la operación de existentes o posibles principios, reglas procedimentales, mecanismos de revisión y de transparencia, participación, decisiones razonadas y la legalidad en la gobernabilidad

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 14

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 15

²⁰¹ *Ibíd.*, p. 3

global."²⁰² Para Nino, se trata de un principio que está en mora de ser aplicado en los ordenamientos internos, ya que " *el derecho administrativo global surgió como una forma de proteger al administrado, al ciudadano.*" ²⁰³

Debido a que no existen mecanismos de accountability genuinamente internacionales, las instituciones domésticas han llevado la delantera a la hora de intentar controlar a la administración global. En una revisión de las decisiones que se toman por entes reguladores de Derecho Administrativo Internacional²⁰⁴, los tribunales domésticos ejercen control sobre la forma en la que se expiden los pronunciamientos verificando el respeto de los lineamientos jurídicos que otorgan competencia a estos organismos²⁰⁵.

Sin embargo a nivel internacional, aunque escasos, pero importantes, se tienen como ejemplos de estos esfuerzos el del Panel de Inspección del Banco Mundial²⁰⁶ para el cumplimiento efectivo de las directrices de este organismo a la hora de facilitar los créditos. Se trata de una comisión de investigación constituida por tres miembros de distintas nacionalidades para un periodo de cinco años, que interviene de manera independiente y objetiva ante la manifestación de un grupo de personas de que están siendo perjudicados con la ejecución de un proyecto financiado con recursos del Banco Mundial²⁰⁷.

Otro ejemplo es el del procedimiento sancionatorio instituido por el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, que realiza un compendio de

²⁰² NINO, Ezequiel, Inversiones extranjeras en países en desarrollo: alguien debería intervenir a nivel global, disponible en la página web oficial del Institute for International Law and Justice de la New York University School of Law, enlace: <http://www.iilj.org/GAL/documents/EzequielNino.GAL.pdf>, consultada el 3 de febrero de 2013.p, 1.

²⁰³ KINGSBURY, Benedict & KIRSCH, Nico. Stewart, Richard. *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*. P. 1 disponible en: <http://iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>, consultado el 3 de febrero de 2013. P. 19

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 84

²⁰⁵ *Ibíd.*, p. 17

²⁰⁶ Se ha constituido como una comisión de investigación constituida por tres miembros de distintas nacionalidades para un periodo de cinco años, que interviene de manera independiente y objetiva ante la manifestación de un grupo de personas de que están siendo perjudicados con la ejecución de un proyecto financiado con recursos del Banco Mundial.

²⁰⁷ Información obtenida en el siguiente enlace <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/SpanishBrochure.pdf>, consultado el 16 de diciembre de 2012.

listas de sanciones selectivas del Consejo de Seguridad,²⁰⁸ para controlar la suspensión de los individuos que son sancionados. En el listado se encuentra donde se especifica los motivos de la sanción y la forma en la que se cumple, de tal manera que deba ser aplicada por los Estados.

*"El tercer mecanismo del derecho administrativo global emergente establece controles para la administración doméstica coordinada, o, en la terminología que introducimos aquí, el elemento distributivo de la administración global."*²⁰⁹

Esto, según el proyecto de la Universidad de Nueva York, busca que los reguladores nacionales participen en el régimen global en lugar de solamente ser actores nacionales. Para esto, las agencias intergubernamentales promueven la aplicación de las normas globales no solo en lo que respecta al derecho sustancial del derecho interno, sino también en los procedimientos establecidos para la toma de decisiones en las agencias nacionales cuando éstas están aplicando una norma de carácter global o cuando están sujetas a sus mandatos.²¹⁰ Esto implica que los agentes domésticos van a ser responsables por el cumplimiento del régimen, lo que busca proteger los intereses de otros estados, individuos y empresas sujetos a la regulación.

Otro ejemplo de la importancia del rol de los agentes domésticos en la implementación del DAG, es el de la OMC en el caso de Camarones-Tortugas²¹¹, que significó un esfuerzo *"de promover la protección del estado del foro a los intereses de los estados extranjeros afectados"*²¹² Según ellos, este ejemplo

²⁰⁸ El procedimiento de las sanciones aplicadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se encuentra en el siguiente enlace: http://www.un.org/spanish/sc/committees/list_compend.shtml

²⁰⁹ KINGSBURY, Benedict & KIRSCH, Nico. Stewart, Richard. *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*. P. 1 disponible en: <http://iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>, consultado el 3 de febrero de 2013. P. 19

²¹⁰ *Ibíd.*, p. 19

²¹¹ A principios de 1997, la India, Malasia, Pakistán y Tailandia, presentaron una reclamación conjunta contra la prohibición interpuesta por Estados Unidos de importar determinados camarones y productos del camarón. El objetivo de la prohibición era proteger a las tortugas marinas. Estados Unidos pierde el caso, no por proteger el medio ambiente, sino porque discriminaron a algunos miembros de la OMC. De hecho, ofrecían a los países del hemisferio occidental, principalmente a los países del Caribe, asistencia técnica y financiera y plazos más largos para que sus pescadores para que utilizaran los dispositivos para la exclusión de las tortugas. Por el contrario, no ofrecía las mismas ventajas a los cuatro países asiáticos (India, Malasia, Pakistán y Tailandia) que presentaron reclamación a la OMC. En otras palabras, es mejor recurrir a las disposiciones de un acuerdo internacional sobre medio ambiente, que intentar cambiar de manera unilateral, las políticas ambientales de otros países. Caso 58 y 61 de la OMC – Resolución adoptada el 6 de noviembre de 1998.

²¹² *Ibíd.*, p. 19

demuestra como las normas internacionales *"requirieron al proceso administrativo doméstico para refocalizar su búsqueda de accountability..."*²¹³

Estas dimensiones de aplicación en escenarios sobre todo de carácter administrativo, han inducido a una aprehensión del DAG en una dimensión de carácter negativo, esto es, que todas las actuaciones internacionales que no sean judiciales ni legislativas y adquieren a la luz del DAG, una dimensión administrativa²¹⁴. *"Creemos que conceptualmente la acción administrativa puede ser distinguida de la legislativa en forma de tratados, y de la adjudicativa en la forma de ocasionales soluciones de controversias entre estados u otras partes en disputa"*²¹⁵.

Sin embargo, cabe anotar que algunas de las formas de toma de decisiones globales administrativas están íntimamente conectadas con la solución de controversias, sobre todo porque órganos cuasi-judiciales como el Órgano de Solución de Controversias de la OMC también desarrolla funciones regulatorias de supervisión importantes y como se verá más adelante, ejerce su función a través de mecanismos administrativos.

En este sentido, para poder hablar de DAG, además del reconocimiento de ciertas materias con respecto a las cuales se amplía el escenario de regulación que excede las fronteras estatales, también debe reconocerse la existencia de un espacio administrativo global, que implica en consecuencia, la existencia de una administración global. Para Kingsbury, Kirsch y Stewart, existe suficiente cantidad de administración global que permite identificar el espacio administrativo global. En dicho espacio confluyen diversos tipos de instituciones regulatorias administrativas y otras entidades sujetas de regulación (Estados, individuos, empresas y ONG).

En palabras de los autores, hay internacionalistas que pueden considerar que esto no es posible, dado que la administración es una extensión del Estado o, excepcionalmente de entidades interestatales como la Unión Europea, y que la

²¹³ *Ibíd.* P. 19

²¹⁴ *Ibíd.*, p.3

²¹⁵ *Ibíd.*, p.4

acción internacional no puede expresarse a través de acción administrativa debido a la inexistencia de un solo poder ejecutivo internacional que ejecute los mandatos de carácter supranacional.

No obstante esta percepción, Kingsbury et al, sostienen que se contradice con el crecimiento de regímenes regulatorios internacionales y transnacionales con componentes y funciones administrativas, entre las cuales los autores destacan como ejemplos, las redes y comités de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico²¹⁶, la administración y comités de la Organización Mundial del Comercio, y los comités del G7²¹⁷ y el G8²¹⁸.

Así las cosas, en el espacio jurídico global²¹⁹, se ha desarrollado una organización administrativa, representada en el crecimiento cuantitativo y cualitativo de una gran cantidad de sistemas reguladores, que se caracterizan por tener un componente administrativo específico y que requiere de un estudio particular de sus componentes, más allá de la comparación de su alcance con el de los ordenamientos internos y comunitarios.²²⁰

²¹⁶ El Comité de ayuda al desarrollo de la OCDE, consiste en la opinión que los miembros piden a la secretaría sobre si un gasto determinado, debe declararse como ayuda oficial al desarrollo (AOD); se administra con el principal objetivo de promover el desarrollo y el bienestar económico de los países en desarrollo, es de carácter concesional y lleva un elemento de donación de al menos 25%. Ministerio de Relaciones Exteriores y de Cooperación DOD/DAC/STAT/2001(08).

²¹⁷ Grupo de siete de los países industrializados: Alemania, Canadá, Italia, Francia, Estados Unidos, Japón, Reino Unido y en el G8 se incluye a Rusia.

²¹⁸ *Ibid.*, p.5-6

²¹⁹ "Quizá no sea superfluo aclarar que aquí la noción de "espacio jurídico global" se utiliza, en línea con las principales reconstrucciones del DAG y, en particular, con los estudios de CASSESE, STEWART y KINGSBURY, para referirse a un espacio jurídico cuyos rasgos constitutivos se diferencia de la habitual representación de la comunidad mundial bajo distintos puntos de vista: en cuanto a los sujetos, porque a los Estados, sujetos tradicionales de la comunidad internacional, se les añade, en lo que respecta a los reguladores, una rica variedad de poderes públicos globales y de organismos privados sobre el de los destinatarios de la regulación, el conjunto de sujetos privados; bajo el punto de vista de los institutos, porque la regulación de las acciones de distintos tipos de sistemas globales y de los demás sujetos del espacio jurídico global, contrariamente a lo que presupone la reconstrucción más difundida de la ciencia del Derecho internacional, frecuentemente recurre a institutos relativos a la administración (piénsese, por ejemplo, en las reglas relativas al procedimiento y a la participación de los particulares); bajo el punto de vista de las fuentes, porque el Derecho administrativo global no se agota en las fuentes clásicas del Derecho público internacional, sino que también utiliza, de forma intensiva, medidas de distintos tipos" CHITTI, Edoardo. "Organización Europea y Organización Global: elementos para una comparación, en PONCE S, Julio (Coord.), *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid, Barcelona: 2010, p. 33

²²⁰ "Si el Derecho administrativo sufre una importante ampliación de modo que llegue a incluir, además de las administraciones nacionales y sus disciplinas, a las administraciones y las disciplinas europeas y globales, una reconstrucción precisa de los rasgos distintivos del "nuevo" derecho administrativo no puede prescindir de una comparación no solo entre el componente nacional y los ultra estatales, sino también entre los propios componente ultra estatales." *Ibid.*, p.35

Por tal motivo, los órganos administrativos globales han instituido sus propios mecanismos de accountability debido a las crecientes críticas al poder público y a las actuaciones de los Gobiernos, los desafíos de las instituciones domésticas y los esfuerzos de los estados y los administradores de los órganos administrativos globales para implementar mecanismos de producción normativa más transparentes y de eficacia en la administración pública a escala global.

Sin embargo, a pesar de las capacidades del DAG, otro de los aspectos que dificultan la eficacia de la accountability, es la relacionada con la ausencia de un poder ejecutivo de carácter global, o un ordenamiento jurídico ordenado jerárquicamente, del que se derive la creación de una norma de carácter ultra estatal que otorgue a las organizaciones internacionales, la facultad de producir normas e imponerlas a los Estados que hacen parte de esta organización²²¹.

Esta ausencia de relación jerárquica, está acompañada de la ausencia de una sola autoridad ultra estatal en el espacio global; así, en una comparación entre el sistema europeo y el sistema global, Edardo Chitti establece los puntos divergentes entre uno y otro con el fin de reflejar tal situación²²², comparación que resulta útil a efectos del presente estudio para entender la diferencia de un sistema comunitario, que bien puede ser la OEA o cualquier otro, con un sistema de derecho global en términos de vinculación de la norma.

2.2. Elementos del DAG a partir de un análisis comparativo: el modelo europeo

La administración europea ejerce sus funciones a través de dos elementos, el primero está relacionado con la sujeción de la misma a una regla de derecho

²²¹ URUEÑA, René. Derecho de las Instituciones Internacionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P. 324

²²² CHITTI, Edoardo. "Organización Europea y Organización Global: elementos para una comparación, en PONCE S, Julio (Coord.), *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid, Barcelona: 2010, p. 36

que según el Tribunal de Justicia Europeo se basa en los tratados, la legislación comunitaria, los principios del derecho enunciados por el mismo Tribunal como precedente, los principios generales del derecho, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados de la Comunidad, y los autos internacionales.²²³

Otra forma de ejercicio de la administración europea responde a la existencia de un poder ejecutivo que se compone de: La Comisión, El Consejo y los Estados miembros²²⁴. Esto implica una diferencia sustancial frente a los ordenamientos territoriales en los cuales la administración responde a un ejecutivo unitario, el Gobierno; mientras que en el ordenamiento europeo el Poder Ejecutivo se presenta como un poder compartido que ejecuta sus mandatos a través de componentes no homogéneos, tales como una institución intergubernamental (El Consejo de la Unión), una institución supranacional (La Comisión, institución independiente de los Estados miembros), los Estados miembros y un ente interburocrático -Comités de comitología, compuestos por representantes de las administraciones nacionales y de la Comisión Europea-²²⁵.

En cuanto a la administración del espacio jurídico global, señala Chitti, es mucho más difícil identificar características distintivas debido a su poca maduración y consolidación, pero identifica dos tendencias que diferencian a la administración global de la europea. La primera distinción es el desarrollo del principio de legalidad en las distintas disciplinas globales de la accountability "a través de la difusión, en el Derecho administrativo global, del derecho a ser oídos, de la obligación de dar razón de las decisiones y de los mecanismos de reexamen también jurisdiccional de las decisiones."²²⁶

²²³ Sobre el principio de la *rule of law* en el ordenamiento europeo, véase: LENAERTS, K, "The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union", en *Common Market Law Review*, 2007, pp.1625 y ss.

²²⁴ BECERRA, R., Manuel. Derecho Internacional Público, en Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, ISBN 968-36-2053-1, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=274>, consultada el 5 de octubre de 2011. p.91.

²²⁵ Op. Cit, p. 38

²²⁶ CHITTI, Edoardo. "Organización Europea y Organización Global: elementos para una comparación, en PONCE S, Julio (Coord.), *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid, Barcelona: 2010, p. 60

El principio de legalidad se ve ampliado en relación con el propio de los derechos internos debido a que este no solo se nutre de la sujeción a las normas positivas, sino a los preceptos que en los fallos de los Tribunales se destacan como precedente jurisprudencial.

El principio de legalidad, además, no solo se refiere a la protección del equilibrio de los poderes institucionales, sino también a la protección de las posiciones del poder privado y de los poderes públicos, en tanto se convierten en nuevos actores del espacio socioeconómico global²²⁷.

La segunda diferencia identificada de la administración global con la europea, está establecida sobre un punto negativo para la administración global; y es la falta de un ejecutivo anclado en algún espacio, tal como sucede en la administración europea. Esto se debe a que las administraciones del espacio jurídico global no responden a un gobierno o a instituciones superiores, responden a un conjunto de subgobiernos sectoriales, propios del desarrollo de sistemas reguladores globales que surgen en ausencia de una estabilidad política o a la luz de constitución de la comunidad global.²²⁸

En este sentido, otro de los puntos que se desprenden de la forma en la que se revela la administración en el sistema europeo y en el sistema global, consiste en cómo componen las figuras que rigen el sistema. En el sistema europeo hay rasgos muy fuertes de supranacionalidad, en donde se expresa un ordenamiento jerárquico, y por el que los ordenamientos internos se rigen²²⁹.

El componente administrativo del sistema global y de las administraciones nacionales "se configuran como dos niveles interrelacionados que se comunican a través de una ininterrumpida trama de organismos colegiados mixtos, instituidos en sede global, pero compuestos por representantes nacionales, o a

²²⁷ *Ibíd.*, p.38

²²⁸ *Ibíd.*, p. 40

²²⁹ *En el ordenamiento europeo, la figura de composición cuantitativamente predominante es la de los colegios de carácter seccional compuestos por miembros designados por las administraciones centrales nacionales y por la administración central europea, a razón de un miembro por cada tipo de autoridad, y responsables del desarrollo de una actividad especializada en el proceso de decisión que lleva a la adopción de medida normativas o administrativas relativas a sectores de particular complejidad técnico-científica.* "Ibíd.", p. 48

través de unos sistemas comunes más generales en los que participan las oficinas globales, nacionales y mixtas”²³⁰. De lo anterior, que se sostenga que la organización europea se ha basado en modelos organizacionales más complejos y articulados mientras que en el espacio jurídico global los modelos tienden a ser mucho más simples y ser variados e interrelacionados en un mismo espacio.

A pesar de las mencionadas similitudes, Chitti, señala las especificidades que marcan también una distancia entre el sistema europeo y el sistema global. “La primera es la predominancia de figuras organizativas de base en la calidad de los numerosísimos comités trasnacionales que pueblan los sistemas reguladores globales”²³¹ mientras que la Unión Europea, la organización se ha desarrollado más allá de la existencia de comités y se ha estructurado sobre una base más amplia y compleja institucionalmente; esto es benéfico por tanto construye un sistema jurídico basado en una fuerza institucional positiva, pero que en determinadas situaciones puede no ser idónea para enfrentar ciertas exigencias funcionales del sector.

Una segunda especificidad consiste en el rasgo multinacional de las organizaciones en el espacio global con respecto al componente supraestatal de la organización europea que al ser una experiencia comunitaria, se combina con organizaciones de carácter global que terminan por mutarse en otras formas jurídicas que también hacen parte del estudio del derecho global.

Y finalmente una tercera especificidad está relacionada con la construcción normativa continua pero no planificada ni jerarquizada, que se realiza en forma espontánea estableciendo nuevas normas en un espacio común global. Esta producción normativa también es equitativa en su obligatoriedad y las conexiones que se observan se establecen entre sí, sin develar un orden

²³⁰ *Ibíd.*, p. 58

²³¹ Para profundizar en la temática de la clasificación de los comités globales y de su estructura, puede verse: Schermers H.G, *International Institutional Law*, 3ra edición, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp.293 y stes.

específico en la producción normativa, pues no existe un único espacio que agrupe las distintas clases de ordenamientos de carácter global.²³²”

Esto como consecuencia lógica de una tercera tendencia común entre el sistema administrativo europeo y las administraciones del espacio jurídico global, al desarrollo de organismos independientes del poder político nacional y ultra estatal. Esto se refleja en varias características que se desarrollan a continuación.

En primera instancia en el ordenamiento europeo, se instituyen varias agencias que denotan la intención de constituir organismos independientes, aun cuando en la realidad estas operan con funciones disímiles de las típicas que ejercen las autoridades que son independientes. Sin embargo, de la organización europea, es posible destacar como ejemplo de autonomía el Banco Central Europeo.

El mismo ejemplo es posible deducirlo de la organización hemisférica americana en donde el Banco Interamericano de Desarrollo que se crea como brazo financiero de los Estados Miembros de la OEA para el desarrollo de proyectos estratégicos de crecimiento económico en los países; adquiere una autonomía tal que incluso se percibe desligada del sistema jurídico hemisférico²³³.

En la organización del espacio jurídico global, también hay un creciente uso de la fórmula de la independencia en el que, no existen soluciones organizativas distintas en las que se determine un centro de dependencia o control de tutela, sino que, en general el espacio global se centra en un solo modelo enfocado en “la institución de sistemas comunes compuestos por autoridades independientes nacionales y por un coordinador ultra estatal configurado como un mecanismo transnacional asociativo de las autoridades locales.”²³⁴”

²³² CHITTI, Edoardo. “Organización Europea y Organización Global: elementos para una comparación, en PONCE S, Julio (Coord.), *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid, Barcelona: 2010, p. 60

²³³ RAMIREZ L., José Luis. “*La OEA y las relaciones hemisféricas*”. Pre-textos, Facultad de Finanzas y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 1994, p.15

²³⁴ CHITTI, Edoardo. “Organización Europea y Organización Global: elementos para una comparación, en PONCE S, Julio (Coord.), *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid, Barcelona: 2010, p. 60

En el mismo sentido, los sistemas de carácter global, se caracterizan por poderes menos incisivos y el establecimiento de directrices no vinculantes, que sin embargo y como ha demostrado el estudio de la Universidad de Nueva York, producen variados e innumerables efectos jurídicos directos e indirectos que han justificado la necesidad de generar una línea de reflexión en torno a una posible línea jurídica como la del DAG; es por tal motivo de igual forma, que en el espacio global es cada vez más reducida la diferencia entre poderes públicos y organismos de carácter privado, pues en el marco de un sistema administrativo coexisten como actores del DAG²³⁵.

Otro de los aspectos sobre los cuales se ha centrado en mayor parte el desarrollo de una disciplina jurídica de carácter global, es el uso de instrumentos del sector privado que se ha caracterizado, al igual que en las administraciones nacionales, por el desarrollo de un conjunto de actividades frente a ciertas problemáticas de carácter común que directa o indirectamente pueden afectarlos en el ejercicio de su objeto como particular. Estas regulaciones de carácter privado, terminan siendo aplicadas en las administraciones internas, por lo que hacen parte importante del DAG.

Específicamente, en la Unión Europea estos instrumentos han estado particularmente sub utilizados debido a que solo se ha previsto su uso "en los casos en los que se ha considerado al objeto de una plena efectividad en el ejercicio de la función pública"²³⁶. Un ejemplo significativo de esto, el uso de sectores privados para el desarrollo de funciones públicas, es el de la producción de normas técnicas (como las que definen las características de un producto, su proceso de producción y los métodos de medición, por ejemplo las normas ISO²³⁷).

²³⁵ De lo anterior, que en relación con los sistemas globales, estos se consideren independientes tanto de los gobiernos nacionales como de instituciones políticas ultraestatales, y se componen de autoridades independientes nacionales y de un coordinador ultra estatal que se encarga de ejecutar los mandatos emitidos por los miembros del tratado por el cual se constituye el organismo, sin que exista en la mayor parte una dependencia política a ninguno de los dos actores.

²³⁶ *Ibíd.*, p. 63

²³⁷ Las normas ISO, de la sigla International Organization of Standardization, establecen estándares de calidad en productos, servicios, seguridad; minimizando los costos en la producción a través del análisis y la identificación de deficiencias en el sistema de producción que pueden ser corregidos para incrementar la productividad. Definición tomada de la página web oficial de la Organización:

2.3. El DAG y su expresión a través de actos administrativos de carácter global

Pero otro de los efectos por los cuales se habla de la existencia de DAG, y cuya instrumentación no solo corresponde al ejercicio de poderes públicos que excede el ámbito territorial de la voluntad estatal, sino precisamente al ejercicio de regulaciones públicas de amplio espectro de desarrollo como los que se acaban de observar; es la producción de actos administrativos de carácter transnacional.

Un acto administrativo de carácter transnacional, se define como: "*aquel acto administrativo que tiene eficacia plena en Estados diferentes de aquel que lo dicta.*"²³⁸ Su existencia y difusión, al ser una figura novedosa, pone de manifiesto que se necesitan armonizar los procedimientos y los requisitos materiales de los actos estatales, con el fin de constituir un sistema jurídico global que resulte cada vez más vinculante para quienes lo conforman.

Pero, ¿por qué se habla, en la práctica de la existencia de un acto administrativo de carácter global? La eficacia interna –o ejecutividad- de los actos administrativos se expresa esencialmente y de manera primordial en la obligatoriedad para los destinatarios de la regulación que incorporan²³⁹, esta fuerza obligatoria constituye gran parte de su esencia, debido a que define una figura jurídica que concreta un mandato normativo independiente de la fuente que produce el acto²⁴⁰ y su autoridad²⁴¹.

<http://www.iso.org/iso/home.html>; señala la página: "*ISO International Standards ensure that products and services are safe, reliable and of good quality. For business, they are strategic tools that reduce costs by minimizing waste and errors and increasing productivity. They help companies to access new markets, level the playing field for developing countries and facilitate free and fair global trade*"

²³⁸ BOCANEGRA S, Raúl & GARCÍA L, Javier; "Los actos administrativos transnacionales" en *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, Nº 177, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2008, p. 9-29

²³⁹ *Ibíd.*, p. 10

²⁴⁰ "*En puridad, el acto administrativo transnacional, como cualquier otro acto administrativo, tiene fuerza vinculante porque constituye el resultado del ejercicio de una potestad administrativa de aplicación ad casum de una norma jurídica que es eficaz, en principio, con independencia del mandato jurídico que el*

A razón de esto, que se observe en ciertos escenarios que con frecuencia los actos administrativos pueden ser eficaces en espacios territoriales mayores o menores a los espacios donde una norma esta en firme y vigente *"pudiendo la eficacia de un acto administrativo dictado en un país traspasar incluso las fronteras estatales en la aplicación de una norma extranjera. Ello conduce al aislamiento –o al nacimiento- de una categoría jurídica de nuevo cuño, a la que, que nosotros sepamos, no se ha dedicado ni una sola línea en nuestra doctrina."*²⁴²

Se habla de un acto administrativo de carácter transnacional, como consecuencia de la extensión del poder vinculante de normas que si bien son dictadas para ciertos espacios territoriales y por determinadas autoridades a las cuales se les ha otorgado competencia; amplían su rango de actuar, sin necesidad de reconocimiento expreso en cada caso por parte de quienes las adoptan, a otros ordenamientos jurídicos diferentes de aquél en el que se origina, y que pueden llegar a tener los mismos efectos jurídicos de actos de producción nacional. Es por este motivo que se han denominado actos administrativos transnacionales²⁴³.

No obstante lo anterior, un elemento a considerar en la eficacia de los actos administrativos de carácter transnacional, es la necesidad de partirse del supuesto de que los ordenamientos donde los actos tendrán eficacia tienen los mismos o, por lo menos similares, presupuestos jurídicos materiales, *"La justificación de la existencia de actos con eficacia transnacional habría que encontrar, pues, en la propia armonización, o cuando menos en la proximidad, del Derecho material aplicable a la hora de adoptar el acto administrativo de eficacia transnacional."*²⁴⁴

acto administrativo incorpora y cuya eficacia continúa produciendo sus consecuencias al margen de éste"
Ibíd., p. 12

²⁴¹ Ibíd., p. 10

²⁴² Ibíd., p. 11

²⁴³ Ibíd., p. 12

²⁴⁴ Ibíd., p. 15

Los actos administrativos de carácter transnacional²⁴⁵, están clasificados en virtud de la fuente jurídica por la cual se da la adopción de sus mandatos. En un primer nivel se encuentra la eficacia de los actos administrativos transnacionales como consecuencia de la obligación que impone la suscripción de un tratado internacional o el reconocimiento de una norma que se transpone al ordenamiento jurídico nacional y que establece el reconocimiento de un ordenamiento jurídico comunitario (directiva) que admite la adopción de mandatos transnacionales²⁴⁶. Tal es el caso de las Decisiones proferidas por la Comunidad Andina de Naciones – CAN, en materia de propiedad intelectual²⁴⁷.

Frente a estas situaciones el legislador interno tiene dos opciones: incorporar a la legislación u ordenamiento jurídico interno, los efectos jurídicos del acto administrativo emitido incluso por los órganos de otro Estado, a través de la adopción de un instrumento con equivalencia normativa análoga a la que tiene el acto en el Estado que lo emitió. En éste caso no se está frente a un acto administrativo transnacional en sentido estricto.

Por el contrario, si se reconocen implícitamente²⁴⁸ los efectos jurídicos del acto sin necesidad de adoptarlos expresamente²⁴⁹; se está frente a un acto administrativo transnacional en sentido estricto²⁵⁰.

²⁴⁵ Un ejemplo útil de los actos administrativos de carácter transnacional, son las normas ISO. Las normas ISO, de la sigla International Organization of Standardization, establecen estándares de calidad en productos, servicios, seguridad; minimizando los costos en la producción a través del análisis y la identificación de deficiencias en el sistema de producción que pueden ser corregidos para incrementar la productividad. Definición tomada de la página web oficial de la Organización: <http://www.iso.org/iso/home.html>; señala la página: "*ISO International Standards ensure that products and services are safe, reliable and of good quality. For business, they are strategic tools that reduce costs by minimizing waste and errors and increasing productivity. They help companies to access new markets, level the playing field for developing countries and facilitate free and fair global trade.*"

²⁴⁶ La misma normatividad que expide la Organización Mundial del Comercio, es un ejemplo de este tipo de actos administrativos que adquieren carácter vinculante en virtud de la obligación que emana de un tratado internacional.

²⁴⁷ DIEZ de Velazco, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*, Decimoquinta Edición, Editorial Tecnos, 2008.

²⁴⁸ Los objetivos de desarrollo del milenio, son un ejemplo de actos administrativos nacionales en sentido estricto, ya que no requieren ser refrendados por el país, para que se entiendan de obligatorio cumplimiento. En Colombia esta tesis es un poco más compleja si se tienen en cuenta que estamos en un sistema monista moderado, en el que se requiere que se surta el proceso de ratificación del tratado, para que sus mandatos se entiendan incorporados al derecho interno.

²⁴⁹ Sobre el papel de los poderes implícitos o explícitos de las Organizaciones Internacionales. Ver más: URUEÑA, René. *Derecho de las Instituciones Internacionales*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P. 35 y stes.

Aun cuando se trata de una teoría reciente, la observación enfocada a la existencia de Actos Administrativos Transnacionales es otra de las causas – consecuencias de la aparición de sistemas jurídicos o regulaciones de carácter global; si bien este trabajo no pretende ahondar en este tema, parece importante para efectos ilustrativos de las causas de un derecho DAG, estudiar instrumentos jurídicos de corte global como se hizo en este acápite del presente capítulo.

Para el objeto de esta investigación, la existencia de Actos Administrativos Transnacionales, pone de presente el ideal de ejecutividad de las decisiones o resoluciones que se adoptan en el marco de la solución de controversias en la OEA. Ninguno de los mandatos derivados de la controversia Colombia – Ecuador, como se verá, han tenido la obligatoriedad o ejecutividad que se quisiera para consolidar un sistema de derecho.

La reflexión en torno a los actos transnacionales, es una causa y al mismo tiempo una consecuencia de la pertinencia del DAG como mecanismo de solución de controversias, pues su obligatoriedad es objeto de estudio del DAG y este, a su vez se expresa mediante estos actos, consolidando los sistemas hemisféricos o comunitarios que los producen.

Además de los actos administrativos transnacionales, otra de las formas por las cuales se instrumentaliza el DAG, se refleja y expresa a través de las organizaciones internacionales. Importantísimo tema de estudio si se tiene en cuenta que es en el seno de las organizaciones que se resuelven las controversias y que es su capacidad para resolverlas y para mantener la paz entre quienes las conforman y lo que las dota de eficacia.

Kingsbury, Stewart y Kirsch, que inician el estudio de este modelo de administración global sobre el cual gira esta investigación, concluyen preliminarmente de la instrumentalización del DAG que existen cinco tipos de administración global: 1. Administración por parte de organizaciones

²⁵⁰ BOCANEGRA S, Raúl & GARCÍA L, Javier; “Los actos administrativos transnacionales” en *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, Nº 177, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2008, p. 16

internacionales formales, 2. Administración basada en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación entre funcionarios regulatorios nacionales; 3. Administración distribuida llevada a cabo por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos; 4. Administración por acuerdos híbridos intergubernamentales-privados y 5. Administración por instituciones privadas con funciones regulatorias.

El interés en el objeto de esta investigación se estudia desde la perspectiva del DAG en la administración que llevan a cabo las organizaciones internacionales formales; es por este motivo, que como se verá más adelante, la Organización Mundial del Comercio –OMC- se convertirá en el ejemplo de administración por parte de una organización internacional mundial que a través de la solución de controversias se dota de eficacia para implementar un sistema de iguales características en la OEA.

2.4. Las organizaciones internacionales y el DAG

“Uno de los rasgos más sobresalientes de la Sociedad internacional²⁵¹ contemporánea es la presencia y proliferación de Organizaciones Internacionales, esto es, de mecanismos institucionalizados de cooperación permanente y voluntaria que dan vida a unos sujetos dotados de voluntad propia destinados a alcanzar unos objetivos colectivos.”²⁵²

La proliferación de estas organizaciones y la ampliación de sus campos de acción, está afectando, de igual manera, el orden jurídico internacional. El

²⁵¹ La noción de sociedad internacional es desarrollada muy transversalmente y a manera de ilustración por Vieira (2008): ésta se basa en tres concepciones de la misma: la hobbesiana, la kantiana y la grosciana; de las cuales derivan el desarrollo de las teorías inscritas en el idealismo y en el realismo. Para Hobbes, los Estados viven en controversia debido a que cada quien quiere imponer sus intereses y no hay confianza en procesos de integración; Kant ve la cooperación transnacional con unos intereses comunes como una forma de acercar a los individuos de una comunidad humana y que progresivamente pueda desdibujar el sistema de Estados; la intermedia será la Grosciana que ve una sociedad de Estado con reglas e instituciones definidas, con controversias sobrevinientes pero resueltos en el marco de dicha reglamentación.

²⁵² SOBRINO H, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, disponible en: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>, consultado el 15 de diciembre de 2012, p. 125

Derecho internacional clásico, no se logró adaptar a esta realidad y se ha propiciado el surgimiento de *“un Derecho institucional cuya lógica postula un cierto grado de subordinación del Estado a los organismos creados. Es, precisamente, dentro de este proceso jurídico donde surge el Derecho de la integración.”*²⁵³

Estos procesos de integración han traído como consecuencia, un cambio en la manera como se entendía al Estado, ya que cuestiona el dogma de la soberanía absoluta de éste; lo cual representa que el Estado miembro de alguna Organización internacional en proceso de integración no se compara con el Estado – Nación existente en el siglo pasado.

Así, la diferencia entre la organización internacional y el Estado es que *“en efecto, van a disfrutar de personalidad jurídica internacional pero, a diferencia de los Estados, sujetos originarios y soberanos, que poseen una personalidad plena y general, la personalidad de las Organizaciones va a estar afectada por el principio de la especialidad que inspira todo su régimen jurídico; es decir, va a estar limitada a los objetivos y funciones que les fueron confiados, tal y como aparecen enunciados o pueden deducirse de sus tratados constitutivos y han sido desarrollados en la práctica”*²⁵⁴.

Hay varias formas de clasificar las organizaciones internacionales, Urueña²⁵⁵ las clasifica según la membrecía, funciones y jerarquía; por su parte, Sobrino Heredia²⁵⁶ se inclina por solo dos tipos de organizaciones: aquellas Organizaciones Internacionales –OI- a las que los Estados miembro no le han cedido el ejercicio de competencias soberanas y se dirigen a la satisfacción de

²⁵³ *Ibíd.*, p. 120, Sobre derecho de la integración ver entre otros: URUEÑA, René. Derecho de las Instituciones Internacionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P. 35 y stes. Y KLABBERS, Jan. An Introduction to International Institutional Law, Cambridge University Press, 2009, p. 360

²⁵⁴ SOBRINO H, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, disponible en: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>, consultado el 15 de diciembre de 2012, p. 125

²⁵⁵ URUEÑA, René. Derecho de las Instituciones Internacionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P. 35 y stes.

²⁵⁶ SOBRINO H, José Manuel. “Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, disponible en: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>, consultado el 15 de diciembre de 2012, p. 125

unos intereses comunes; mientras que en las segundas, los Estados miembro han transferido parte de su soberanía, al punto que en el marco de éstas, los Estados se someten a una autoridad exterior.

Es en estas últimas Organizaciones, se trasladan competencias de los Estados miembro a los órganos que hacen parte de la estructura de la nueva Organización; lo que se caracteriza, además, por el ejercicio del poder de la nueva organización sobre los estados independientes, casi en la misma forma en la que se ejerce la del Estado con respecto a agencias independientes pertenecientes a la tutela estatal.

Otro de los rasgos característicos del poder de las OI, debe analizarse bajo la óptica de la forma en la que se toman las decisiones. Generalmente cuando una OI está compuesta por representantes gubernamentales las decisiones se toman por mayoría con el fin de reservarse poderes estatales en el marco de la organización²⁵⁷; al tiempo que las decisiones que adopten podrán tener, en determinadas ocasiones, autoridad directa e inmediata en los órdenes jurídicos nacionales, donde, además, se van a aplicar con carácter prevalente²⁵⁸.

Debido a esas características, estas organizaciones no pueden considerarse como organizaciones internacionales clásicas ni como estructuras federales. Difieren de las primeras, por la profundidad en la distribución de las competencias, y de las segundas, por la retención de algunos poderes soberanos por parte de los Estados miembro. Es entonces en este punto, que se empieza a abordar el término de organizaciones supranacionales.

Considerando que el tema de la soberanía tuvo tanta trascendencia en la controversia de la Operación Fénix y que el DAG reevalúa lo que ésta representaba en el Derecho Internacional Clásico en la administración global ejercida por las OI; es importante hacer una alusión superficial a sus elementos

²⁵⁷ Sobre la adopción de decisiones mediante consenso, ver: el problema del consenso, en: URUEÑA, René. Derecho de las Instituciones Internacionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P. 35 y stes.

²⁵⁸ SOBRINO H, José Manuel. "Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales", disponible en: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>, consultado el 15 de diciembre de 2012, p. 125

en el marco de la integración jurídica que surge con la formación de organizaciones y con el desarrollo del DAG.

i. Integración jurídica y soberanía

El pilar sobre el cual se sustenta la conformación de una organización, es el de integración; importante para establecer con claridad, el rol que cumple la OEA en el marco del DAG y repensar un proceso de ajuste institucional a partir de los elementos que éste aporta a la constitución y consolidación de un sistema de solución de controversias.

Tras finalizar la segunda guerra mundial, las ideas federalistas encontraron un excelente caldo de cultivo, debido a la precaria situación en que se encontraban la mayoría de los Estados. El surgimiento de Organizaciones internacionales, movimientos y conferencias, iniciaron un proceso de integración en Europa. *“La novedad de tales Organizaciones radica en que sus Estados miembros, a través de mecanismos constitucionales internos que lo prevén, van a ceder a las mismas el ejercicio de parcelas cada vez más amplias, dando entrada, de tal manera, a una nueva idea de soberanía, la de una relativa y divisibles.”*²⁵⁹

El papel de las OI²⁶⁰ desde ese entonces, ha residido en discernir la normatividad que se constituye como integradora del Derecho Internacional, abriendo paso no solo la cooperación regional o global, sino también a la formación del Derecho Internacional a partir de tratados internacionales bilaterales y multilaterales, y permite la gestión de los intereses propios de los países en el escenario internacional²⁶¹.

Desde este punto de vista, las organizaciones internacionales también son sujetos de Derecho Internacional, esto es, *“centros de imputación normativa,*

²⁵⁹ *Ibíd.*, p. 122

²⁶⁰ En una reconstrucción histórica de la forma como se ha llevado a cabo la integración por las naciones. Ver: HENKIN. L. Derecho y política exterior de las naciones, trad. Beatriz Ventura, Grupo Editorial Latinoamericano, Buenos Aires: 1986, p. 19.

²⁶¹ En el mismo sentido: ABELLÁN, Victoria & BONET, Pérez (Directores). La incidencia de la Mundialización en la Formación y aplicación del derecho Internacional Público. Editorial Bosch International. 2006

*que coexisten con otro más amplio de actores del derecho internacional, conformado por entes no estatales de activa participación en el quehacer internacional aun cuando no puedan adquirir un derecho ni contraer una obligación en forma directa del orden jurídico internacional*²⁶².

De esta forma, el papel de las OI en el Derecho Internacional y su accionar para generar los efectos vinculantes de que trata el DAG, va a depender de la transferencia de competencia de los Estados que las conforman; esto hace que el concepto de integración o de supranacionalidad resulte relevante en el desarrollo de esta parte de la investigación para establecer el tipo de organización que debe constituirse para cumplir con los parámetros de eficacia en los que se basa el estudio del DAG.

La integración se forma a partir de la característica de soberanía de los Estados, que si bien ceden aspectos de su soberanía a la OI, esta cesión solo se da con respecto a los puntos que voluntariamente el Estado haya querido ceder a la Organización; sin embargo, su soberanía persiste y la entidad internacional sigue siendo lo que los países que la conforman expresamente quieren.²⁶³ La supranacionalidad, por su parte, implica algo más allá de la cesión del ejercicio de la soberanía en la que el nuevo ente internacional, estaría por encima del poder soberano que desde su esfera interna, desarrollan los Estados. Premisa de la que parte precisamente el DAG, al señalar, que una de las características de las disposiciones que se imponen en un espacio global, es la relacionada con el carácter vinculante de la disposición por encima incluso de la voluntad estatal, lo que refleja el rompimiento con el derecho internacional clásico y desdibuja el concepto de soberanía territorial tal como se entendía antes²⁶⁴.

²⁶² BARREIROS, Lucas E. Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Eudeba, Argentina: 2010. p 14.

²⁶³ Sobre el concepto de integración desde este punto de vista, se refiere Sobrino (s.f.) el artículo ya citado, en relación con los poderes que se transfieren a una organización y la forma en la que ésta puede hacer vinculantes sus decisiones; noción que se acoge en esta investigación, al sustentar que la supranacionalidad es un concepto de eficacia en el marco de las organizaciones internacionales que permite que las decisiones que adopta sean jurídicamente vinculantes así no sean jerárquicamente de mayor nivel.

²⁶⁴ Sobre el rompimiento de la noción de soberanía territorial del Derecho Internacional Clásico a partir de la aparición de categorías de problemas globales como por ejemplo el medio ambiente. Ver: CÁRDENAS, Fabián Augusto y CADENA, Felipe. "Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico"; en Revista Academia Colombiana de Derecho Internacional; ACIDI, Bogotá, ISSN:

Sin embargo pocas organizaciones se han definido así mismas como organizaciones de tipo supranacional, en tanto que solamente se han definido en una esfera de integración en la que los Estados que conforman la organización se entienden y reconocen los unos a los otros como iguales, con la latente posibilidad de alegar el derecho inmanente de los Estados de garantía de su soberanía territorial. De esta manera, se entiende que la soberanía territorial es prevalente a las decisiones de las organizaciones internacionales, cuyo ejercicio de competencia está limitado por la cesión de soberanía que han realizado las partes que lo conforman²⁶⁵.

Este contexto de divisibilidad de la soberanía, exige no obstante, que el ejercicio de las competencias esté claramente definido para evitar cualquier conflicto de competencias entre el Estado y la Organización; lo que terminaría por debilitar a esta última²⁶⁶ ya que *"en algunos ámbitos gozaran de competencias exclusivas, en otras estas competencias las compartirán con los Estados miembros y, en otros, no tendrá ningún tipo de competencias."*²⁶⁷

Cuando un Estado participa en una OI, existe el riesgo de que las normas nacionales y las de la Organización entren en conflicto, la aplicación directa y prevalente de la comunitaria sobre la nacional es uno de los elementos que permite valorar el grado de madurez jurídica del proceso de integración.

Así las cosas, mientras el derecho de las OI está especialmente constituido sobre la base de la voluntad soberana de los Estados, el DAG parte del hecho de que las OI han desarrollado un derecho propio de acción que en la práctica le exige el ejercicio de sus funciones y en tal sentido, se separa de los

2027-1131, Vol. 2, 2009. Y URUEÑA, René. Derecho de las Instituciones Internacionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P. 35 y stes.

²⁶⁵ SOBRINO H, José Manuel. "Las nociones de integración y de supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales", disponible en: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp31art06.pdf>, consultado el 15 de diciembre de 2012, p. 125

²⁶⁶ "Ello nos acercaría a otra idea de supranacionalidad que implicaría, en la línea de una corriente doctrinal, la existencia de una estructura integrada por Estados distintos que mantienen la titularidad de sus soberanías, pero dotada también de órganos propios, cuyas decisiones se imponen a los Estados miembros, más precisamente, que tiene efecto directo en el territorio de los Estados y que, en caso de colisión, prevalecen sobre las normas dictadas por los Estados" *Ibíd.*, p.127

²⁶⁷ *Ibíd.*, p.128

preceptos del Derecho Internacional Clásico²⁶⁸. Estas soluciones constituyen los elementos centrales del emergente DAG, pues son soluciones concretas a casos que se tratan de forma particularizada.

El derecho de las OI se define esencialmente sobre reglas de carácter contractual en las que no existe relación jerárquica entre las diversas normas que se emiten y permiten que en cualquier momento quiénes conforman la organización, puedan abandonarla en el momento en que lo deseen o lo vean necesario, de conformidad con su política exterior; si bien el trasfondo de una organización es que ésta pueda tomar decisiones e imponerlas a los Estados que la conforman en tanto representan una voluntad distinta de la de los Estados, esta posibilidad no es muy recurrente en el contexto del Derecho Internacional Clásico²⁶⁹.

En palabras de Urueña: *"Esta posibilidad antes excepcional, en la actualidad es muy cercana a ser la regla. Mecanismos como el consenso positivo dentro de la OMC son ejemplos de la tendencia mencionada."*²⁷⁰

En consideración a la importancia que juega el DAG en las organizaciones internacionales, al constituirse en pilar de desarrollo de los preceptos del DAG a través de la solución concreta y efectiva a conflictos y en consecuencia a la aplicación frente a sus estados miembro en una muestra de una voluntad distinta de la soberanía de los Estados; es de vital importancia analizar el modelo ya enunciado por varios de los autores que esta reconstrucción teórica aborda en tanto modelo exitoso de desarrollo del DAG en una Organización Internacional: La Organización Mundial del Comercio.

²⁶⁸ URUEÑA, René. Derecho de las Instituciones Internacionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P, 232

²⁶⁹ Ibid., p.324

²⁷⁰ Ibid., p.

2.5. DAG como herramienta de análisis de solución de controversias: Una mirada desde la Organización Mundial de Comercio

La Organización Mundial del Comercio (OMC), tiene como antecedente inmediato el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT - General Agreement on Tariffs and Trade-) constituido en 1947 con el fin de que las relaciones económicas y comerciales entre los miembros, tienda al logro de niveles de vida más altos, la consecución del pleno empleo, y en general todos los fines de crecimiento establecidos en el artículo 55 de la Carta ONU²⁷¹.

La OMC tiene como funciones principales administrar los acuerdos comerciales suscritos en el seno de la Organización, servir de foro de las negociaciones comerciales, intervenir en las controversias o diferencias relacionadas con aspectos de índole comercial, supervisar las políticas comerciales nacionales, prestar asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo, así como cooperar con otras organizaciones internacionales²⁷².

“Al albor de estos acuerdos comerciales se han ido desarrollando mecanismos de administración de los mismos, así como mecanismos que permitan resolver los conflictos que puedan surgir entre miembros de la OMC. Así se ha ido creando un “espacio administrativo global” en el que el ejercicio del poder público en el ámbito comercial se somete a toda una serie de mecanismos propios del derecho administrativo”²⁷³.

Así las cosas, *“El derecho a que una decisión de una administración nacional que afecte a derechos individuales pueda ser sometida a revisión por un órgano*

²⁷¹ Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

- a. Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
- c. El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades

²⁷² Artículo III, del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio suscrito en Marrakech el 15 de abril de 1994

²⁷³ GONZÁLEZ L, Arancha. “Capítulo 1. Globalización y derecho. Una Visión Desde la Organización Mundial de Comercio”, en PONCE S, Julio (Coord.) *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid, Barcelona: 2010. P. 16

*o tribunal independiente es uno de los principios comúnmente aceptados de Derecho administrativo*²⁷⁴, un claro ejemplo de la aplicación de principios de derecho administrativo es la posibilidad de que un Estado miembro pueda solicitar revisiones a órganos independientes que hacen parte del sistema de solución de controversias de la OMC.

Precisamente, en lo que corresponde al mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, vale la pena reseñar la forma en la que dicho instrumento ha sido catalogado por la doctrina, en especial en lo relacionado con su aporte en el Derecho Internacional Público y en consecuencia en el DAG.

Urueña se ha referido en los siguientes términos al Órgano de Solución de Controversias de la OMC: *"La OMC y su mecanismo de solución de disputas son, con toda probabilidad, la joya de la Corona, del derecho internacional público y, ciertamente, uno de órganos judiciales más avanzados en el marco de las organizaciones internacionales"*²⁷⁵.

La cataloga incluso como uno de los mecanismos de mayor innovación en los últimos cincuenta años en lo que corresponde a órganos judiciales y de solución de controversias, lo que además encaja perfectamente con el objeto del DAG, que según Urueña gira en torno al término Gobernanza Global, que basa su estructura de legitimidad en la solución de problemas: en la medida que una solución se encuentre, la decisión debe ser considerada legítima, considerando que dicha legitimidad radica en exclusivo en la solución de problemas²⁷⁶. (Subrayado es propio).

El GATT de 1947 se refería a la solución de controversias en dos artículos (XXII y XXIII), con el pasar de los años se desarrolló una práctica de solución de controversias que paso de la mediación, a un sistema en el que un grupo de tres expertos, llamado grupo especial, emitía informes sobre las prácticas comerciales y su compatibilidad con los preceptos de la OMC; algo más

²⁷⁴ *Ibíd.* P.16

²⁷⁵ URUEÑA, René. *Derecho de las Instituciones Internacionales*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. p. 270

²⁷⁶ *Ibíd.*, p. 320

relacionado con una comisión de investigación sobre los hechos que con un sistema autónomo de solución de controversias²⁷⁷.

Además de lo anterior, el sistema tenía una falencia relevante, la única forma en la que las decisiones del grupo especial adquirirían el carácter de vinculante era a través del consenso; lo que implicaba que absolutamente todos los miembros de la Organización debían estar de acuerdo con la decisión propuesta por el Grupo Especial y en consecuencia, adoptar la sanción²⁷⁸.

En este sentido, la parte sujeta a la sanción, tenía interés en oponerse al consenso y tan solo con su voto negativo la regla era de imposible cumplimiento, lo que permitía que la parte sancionada no ejecutara el contenido de la Resolución y volvía por consiguiente, ineficaz la aplicación de los principios sobre los cuales se sustentaba el sistema. *"Se trataba de un mecanismo de solución de diferencias de tipo "diplomático", en el que la parte reclamada podía aprovecharse de la deficiencias en el mecanismo para evadir dar cumplimiento a las resoluciones"*²⁷⁹.

La imposición de sanciones a un miembro era adoptada solo si no había objeción en su aplicación; por lo que al ser sometida a consideración luego de la lectura de la sanción, la pregunta iría enfocada a determinar si alguno de los Estados presentes se opondría a esta decisión. Esto generaba un poder de veto por parte del Estado sancionado, pues este siempre bloquearía la decisión, objetando el consenso.

Con la creación de la OMC en 1995, y la adopción de todos los instrumentos producto de la ronda de negociaciones en Uruguay, se adoptó el documento de "Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por lo que se rige la solución de diferencias" (ESD). Este acuerdo, incluido en el acuerdo de Marrakech, introduce el principio de "inversión del consenso" y crea el "Órgano Permanente de Apelación".

²⁷⁷ DIEZ de Velazco, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*, Decimoquinta Edición, Editorial Tecnos, 2008, p. 470.

²⁷⁸ GONZÁLEZ L, Arancha. "Capítulo 1. Globalización y derecho. Una Visión Desde la Organización Mundial de Comercio", en PONCE S, Julio (Coord.) *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid, Barcelona: 2010. P. 17

²⁷⁹ *Ibíd.*, p. 18.

El primero se refiere a que todas las resoluciones se adoptan por regla general salvo que exista consenso en contra de la decisión; el segundo se constituye como un órgano de segunda instancia que ejerce control de calidad sobre las resoluciones y mide el impacto de la sanción como contrapeso a cualquier consenso en contra de la aplicación de la misma.

Los miembros de la OMC no buscaban la creación de un tribunal comercial internacional, pero esto no ha impedido que las resoluciones del Órgano de Apelación (“informes”) hayan contribuido a la consolidación de todo un cuerpo de Derecho comercial internacional, que lo ha dotado de tal legitimidad que se ha catalogado incluso como una Corte comercial Internacional. *“Desde esta óptica, a efectos de dirimir controversias entre los miembros de la OMC, el Órgano de Apelación interpreta y aplica las disposiciones de los Acuerdos de la OMC de la misma manera que lo haría un órgano judicial nacional”²⁸⁰.*”

Las etapas de una controversia entre los miembros de la OMC son:

1. Etapa de consultas - Solución negociada: Los Estados involucrados entran a consultas con el fin de buscar una solución acordada de la controversia, agotando en primera medida la negociación directa de las partes que tienen la controversia sobre el punto de hecho o de derecho suscitado con fundamento en un ordenamiento jurídico de naturaleza comercial²⁸¹.
2. Solicitud del reclamante para que se establezca el Grupo Especial que emitirá un informe motivado posteriormente adoptado por los miembros de la OMC: De no conseguirse acuerdo entre las partes, se conforma el Grupo Especial que consiste en la formación de paneles de tres y eventualmente cinco expertos en temas comerciales que se designan por acuerdo de las partes; de no llegar las partes a un acuerdo en relación con la designación del

²⁸⁰ GONZÁLEZ L, Arancha. “Capítulo 1. Globalización y derecho. Una Visión Desde la Organización Mundial de Comercio”, en PONCE S, Julio (Coord.) *Derecho Administrativo Global: Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid, Barcelona: 2010. P. 18

²⁸¹ *Ibid.*, p. 20, Ver también, Artículos 4 y 5 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* de la Organización Mundial de Comercio.

panel, el Presidente del Órgano de Solución de Controversias – OSD, podrá designarlos²⁸².

El grupo produce un informe sobre la disputa que se presenta de forma posterior al Órgano OSD, que puede adoptarlo o rechazarlo por consenso²⁸³ negativo²⁸⁴, tal como ya se explicó²⁸⁵.

El OSD es quien recibe el informe del panel de expertos, convirtiéndolo en resolución en caso de haberse adoptado o no haberse objetado su adopción. En este contexto la pregunta que se hace a los miembros está relacionada con la oposición manifiesta a la adopción de esta decisión; así el Estado perdedor en la controversia, siempre se opondrá a la probable adopción de la decisión, pero deberá ser revisada por el Órgano de Apelación, lo que facilita del alguna manera que la decisión se adopte, sea vinculante para los Estados y a largo plazo, consolide un sistema jurídico comercial en los términos en los que ha sido catalogado²⁸⁶.

Como se observa, el DAG se convierte en una herramienta de vital importancia por su interesante aplicación en el marco de un sistema de solución de controversias en la OEA. Esto no solo por la novedad de la temática abordada y por su pertinencia de su estudio en un espacio jurídico global cada vez más amplio, sino también por el carácter vinculante de sus mandatos y por la aplicación en estricto sentido de normas acordadas entre los Estados, con un perfil netamente administrativo.

²⁸² *Ibíd.*, p. 20, Ver también, Artículos 6, 7 y 8 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* de la Organización Mundial de Comercio.

²⁸³ “El consenso no es unanimidad, mientras la unanimidad exige la manifestación del consenso expreso del Estado miembro respecto a la decisión que ha de ser tomada, el consenso exige que ningún Estado miembro se oponga a la decisión. Es decir, existe consenso si ningún miembro expresa formalmente su objeción en la decisión”. URUEÑA, René. *Derecho de las Instituciones Internacionales*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P. 35 y stes.

²⁸⁴ Existen dos tipos de consenso: el negativo y el positivo.

²⁸⁵ Artículo 12 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* de la Organización Mundial de Comercio.

²⁸⁶ El numeral 14 del artículo 17 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos establece: “*Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por la OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del órgano de Apelación en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los miembros. Este procedimiento de adopción se entenderá sin perjuicio del derechos de los miembros a exponer sus opiniones sobre los informes del Órgano de Apelación*” – Como OSD se entiende el órgano de solución de diferencias, según lo contemplado en el numeral 2 del artículo 1 del Entendimiento.

CAPÍTULO 3. VALIDACIÓN DEL MARCO TEÓRICO

LA INEFICIENCIA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OEA: EL CASO DE LA OPERACIÓN FÉNIX.

Como se planteó en los capítulos anteriores, uno de los elementos de mayor representatividad y peso político y jurídico de una OI, es la forma en la que se solucionan las diferencias entre quienes la conforman²⁸⁷. Si una organización no es eficiente en la delimitación y arreglo pacífico de una controversia suscitada con ocasión de la aplicación de una norma que emana del mismo organismo o de una situación que involucra los intereses y gestiones de uno o de varios de sus estados miembro²⁸⁸; no goza de anclaje jurídico para hacer vinculantes sus normas y que éstas prevalezcan sobre la voluntad de los estados, consolidando un sistema de DI, que esté incluso por encima de los intereses políticos²⁸⁹ o de corto plazo de un Gobierno²⁹⁰.

Una OI, que tenga como rol fundamental la gestión de intereses de quienes la constituyen con el fin de potencializar objetivos comunes en una región, y que no logre el arreglo de una diferencia que obstaculice dichos procesos, pierde su

²⁸⁷ DIEZ de Velazco, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*, Decimoquinta Edición, Editorial Tecnos, 2008, p. 255.

²⁸⁸ HERDEGEN, Matthias; *Derecho Internacional Público*, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición: 2005, México, p 183, párrafo 1.

²⁸⁹ A esto se le suman las nuevas formas de gobierno imperante en los países de América Latina, que son de tendencia autoritaria, sin importar la ideología política de trasfondo; los países latinoamericanos han comenzado a revivir el autoritarismo que se refleja no solo en formas de permanencia en el gobierno, muy a pesar de los sistemas democráticos que los sostienen, sino por la censura a ideologías de oposición. "Este autoritarismo no adopta las modalidades anteriores que eventualmente desbordaban la democracia liberal sino que, por el contrario, desde la distinción amigo-enemigo schmitttoniana, utilizan el estado de derecho a favor de las "eticidades amigas" en contra de los sectores "enemigos" que confrontan su dominación, acudiendo así a una peculiar modalidad de democracia constitucional autoritaria". En: SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Editorial Tecnos. Madrid, 1996 y Oscar Mejía Quintana, "Estado autoritario y democracia radical en América Latina. Elementos para un marco de interpretación teórica" en Jairo Estrada (comp.), *Izquierda y Socialismo en América Latina*, Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales), 2008, p.1

²⁹⁰ SINGER, André. Maquiavelo y el liberalismo: la necesidad de la república. *En publicación: La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*; Atilio Boron CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2000, ISBN: 950-9231-47-9

razón de ser y legitimidad frente a quienes la forman²⁹¹. Lo que a largo o mediano plazo, debilita la organización y le resta importancia en el escenario regional específico.

Para probar las consecuencias de una controversia no resuelta a tiempo y la pertinencia de la hipótesis de esta tesis de maestría, se presenta a continuación, la controversia generada a partir de la Operación Fénix, realizada el 1 de marzo de 2008, por las Fuerzas Militares de Colombia en territorio ecuatoriano.

3.1. Reconstrucción de la controversia generada por la incursión de Colombia en territorio ecuatoriano en ejecución de la denominada “Operación Fénix”

Uno de los sucesos que más revuelo ha causado en los últimos años en Colombia en relación con la política exterior, la acción de la OEA y por ende la justificación de su existencia; es la crisis diplomática presentada en el 2008 entre Ecuador, Colombia y Venezuela, como consecuencia de la incursión de Colombia en territorio ecuatoriano, en operación a través de la cual se dio de baja al cabecilla de las FARC, Raúl Reyes²⁹².

Sin pretender desconocer otras situaciones de gran incidencia en el hemisferio relacionadas de forma directa con la solución de controversias en el marco de los instrumentos estudiados en el primer capítulo de esta tesis, tales como el diferendo Colombia – Nicaragua por San Andrés, o la crisis de Las Malvinas; el

²⁹¹

²⁹² Ver al respecto, entre otros enlaces de prensa en internet que desarrollan la noticia: BBC de Londres: “Murió Raúl Reyes” publicado en http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7272000/7272859.stm el 1 de marzo de 2008; emol.mundo: “Llamada satelital e informante llevaron a la muerte a número dos de FARC” publicado en: <http://www.emol.com/noticias/internacional/2008/03/01/294660/llamada-satelital-e-informante-llevaron-a-la-muerte-a-numero-dos-de-farc.html> el 1 de marzo de 2008; consultada el 7 de febrero de 2012.

caso de la Operación Fénix se ha tomado en este trabajo, con el fin de analizar la eficacia de un sistema de controversias en la OEA.

Por lo anterior, hay que aclarar que la reconstrucción de la controversia en el presente capítulo, pretende evidenciar para efectos prácticos, un problema jurídico en la constitución y funcionamiento de la OEA en su sistema de solución de controversias; y en consecuencia su imposibilidad de constituirse en un sistema de derecho internacional de carácter hemisférico.

En 1 de marzo de 2008, la Fuerza Aérea de Colombia²⁹³ pone en marcha la denominada "*Operación Fénix*" a través de la cual, "*más de 3000 militares, apoyados por aviones, helicópteros y la tecnología más sofisticada de rastreo electrónico satelital que posee el ejército colombiano participaron en una acción militar en territorio ecuatoriano, para aniquilar dos escuadras de guerrilleros, entre ellos Luis Edgar Devia Silva, alias "Raúl Reyes" --miembro del secretariado de las FARC-- y la figura más destacada en las negociaciones político-diplomáticas que impulsan las FARC y Guillermo Enrique Torres, alias "Julián Conrado", considerado uno de los ideólogos de este movimiento guerrillero*"²⁹⁴.

En comunicado de prensa a través del cual se dio a conocer a los medios de comunicación los detalles de la operación, comentó el Ministro de Defensa de la época, Juan Manuel Santos:

"1. Por fuentes humanas e información verificada por la inteligencia del estado, el gobierno colombiano se enteró que guerrilleros del frente 48 de las FARC se encontraban cerca de la frontera con Ecuador, en un lugar denominado Granada, y que en la noche del 29 de febrero el miembro del secretariado alias Raúl Reyes haría presencia en ese punto.

²⁹³ Fuerza Aérea Colombiana, *Así fue la operación fénix*, 2 de marzo de 2008, disponible en: <https://www.fac.mil.co/index.php?idcategoria=26271>, consultado el 11 de marzo de 2010.

²⁹⁴ AMAYA, Francisco Javier. "*La Operación Fénix y sus consecuencias*" en el Nuevo Diario – Opinión, marzo 9 de 2008; <http://www.elnuevodiario.com.ni/opinion/10331>, consultado el 7 de febrero de 2012.

2. Se preparó una operación para atacar el lugar donde estaban ubicados los guerrilleros del frente 48 en el sitio que había señalado la fuente, operación que se inició en la madrugada del día de hoy, exactamente a las 00:25, con un bombardeo por parte de unidades de la Fuerza Aérea.

3. En el momento en que unidades helicoportadas de la fuerza pública se estaban acercando para copar el lugar, estos fueron atacados desde un campamento de las FARC ubicado en el lado ecuatoriano a menos de 1800 metros de la frontera. Uno de nuestros soldados, Carlos Hernández León infortunadamente murió en este ataque.

4. Se procedió de inmediato a dar la ubicación exacta del campamento desde donde estaban disparando, localizado al sur del río Putumayo en el lugar denominado Santa Rosa, para efectos de poder responder el fuego y neutralizar al enemigo.

5. Con las coordenadas, la Fuerza Aérea Colombiana procedió a atacar el campamento desde el lado colombiano, teniendo siempre en cuenta la orden de no violar el espacio aéreo ecuatoriano.

6. Una vez bombardeado el campamento, se ordenó que fuerzas colombianas entraran para asegurar el área y poder neutralizar al enemigo. Se le pidió además a la policía que la mantuviera asegurada hasta que llegaran las autoridades ecuatorianas.

7. El resultado de esta operación hasta el momento es 17 guerrilleros abatidos. Entre estos se encuentra el miembro del secretariado de las FARC Luis Edgar Devia Silva, mejor conocido por su alias Raúl Reyes, al igual que uno de los ideólogos de las FARC Guillermo Enrique Torres alias Julián Conrado. Los cadáveres de alias Raúl Reyes y de alias Julián Conrado, fueron trasladados a territorio colombiano para evitar que las FARC intentaran recuperarlos, y se encuentran en poder de las autoridades colombianas.

8. El presidente Uribe se comunicó con el presidente Correa, para informarlo de la situación (...)²⁹⁵.

²⁹⁵ Ministerio de Defensa de Colombia, Comunicado de prensa No. 080 del 1 de marzo de 2008 (en línea), disponible en <http://web.presidencia.gov.co/comunicados/2008/marzo/80.html>, consultado el 10 de marzo de 2011. Ver además: "Raúl Reyes, 'canciller' y miembro del Secretariado de las Farc, fue muerto en

La incursión de Colombia en territorio ecuatoriano, rápidamente generó la reacción del país vecino que solicitó el 2 de marzo de 2008 la convocatoria del Consejo Permanente de la OEA con el fin de discutir en sesión extraordinaria, los hechos y los resultados del mismo en el Derecho Internacional²⁹⁶.

La solicitud y discusión de lo sucedido, puso en el debate dos posiciones frente a la noción de soberanía territorial del derecho internacional. La primera, relacionada con el respeto incólume del espacio aéreo, terrestre y marítimo de un país que vía Tratado Internacional ha delimitado sus fronteras²⁹⁷; y la otra, derivada de los hechos del 11 de septiembre de 2001, basada en la prevalencia de salvaguardar el orden global de los actos terroristas en cuyo caso, se ve justificada la acción colombiana²⁹⁸.

Sobre estas posiciones, las reacciones de los países vecinos no se hicieron esperar²⁹⁹; mientras Colombia en las primeras horas posteriores al ataque hizo alarde del triunfo de la operación y de las implicaciones de ésta en la erradicación del grupo armado al margen de la ley en el cual se había centrado la mira del Estado colombiano (las FARC); Ecuador expulsa al embajador

combate en Ecuador". Publicado sábado 1 Marzo 2008, en: <http://www.semana.com/on-line/raul-reyes-canciller-miembro-del-secretariado-farc-muerto-combate-ecuador/109821-3.aspx>, consultado el 7 de febrero de 2012.

²⁹⁶ Sobre la solicitud de Ecuador y el proceso surtido ante el Consejo Permanente de la OEA ver: Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, *Informe de la Comisión de la OEA que visitó Ecuador y Colombia*, documento OEA/Ser.F/II.25RC.25/doc.7/08 del 17 de marzo de 2008

²⁹⁷ Sobre la posición de Ecuador en este sentido, que se planteó de manera reiterada, ver: Ministerio de Relaciones Exteriores, *Ecuador reitera su posición pacífica y soberana*, Boletín de Prensa No. 716, Quito 26 de Diciembre de 2008, disponible en: http://www.mmrree.gob.ec/mre/documentos/novedades/pol_exterior/diciembre2008/bol716.htm.

²⁹⁸ En comunicado de prensa del 1 de enero 2009, el Gobierno Nacional manifiesta: "1. *La Operación Fénix se fundamentó en una decisión política adoptada por el Gobierno colombiano, en el marco de la lucha mundial contra el terrorismo. En desarrollo de ella, se ejecutó una operación militar contra un objetivo legítimo, con estricta observancia del derecho internacional humanitario. 2. El Estado colombiano manifiesta que el proceso judicial adelantado en el Ecuador contra altos funcionarios colombianos, con ocasión de la operación militar antiterrorista, vulnera diversas normas y principios de derecho internacional. Por esta razón, Colombia expresa categóricamente la falta de jurisdicción del Estado ecuatoriano, en relación con la presunta responsabilidad individual o personal de cualquiera de los servidores o funcionarios públicos que intervinieron en la Operación Fénix*". Ministerio de Relaciones Exteriores Colombia, Comunicado de prensa de 1 de Julio de 2009, Bogotá; disponible en <http://www.cancilleria.gov.co/content/comunicado-54>, consultado el 3 de noviembre de 2010.

²⁹⁹ Como se verá más adelante, en el seno de la CAN, la OEA, el Grupo de Río y a través de diversas normas de prensa, los mandatarios de, entre otros: Venezuela, Argentina, Bolivia, Nicaragua, Brasil, Chile, Perú, etc. Expresaron su preocupación por la crisis entre los países producto de la incursión y los sucesos posteriores.

colombiano en Quito y anuncia la ruptura de las relaciones diplomáticas con Colombia³⁰⁰; y Venezuela, en desacuerdo con el ataque, ordena cuatro días después de la operación, la expulsión del embajador y personal diplomático de Colombia en Caracas³⁰¹.

La respuesta a la expulsión de sus diplomáticos por parte de Colombia, fue la acusación directa al gobierno ecuatoriano del vínculo de miembros participantes en la campaña de Rafael Correa en las FARC³⁰², así como al venezolano de financiar con trescientos millones de dólares a la guerrilla de las FARC, con fundamento en los elementos recogidos en el sitio en el que se efectuó la operación y posteriormente, en virtud del informe del Instituto Internacional de Estudios Estratégicos – IISS por sus siglas en inglés-, que a partir del análisis de la información encontrada en los computadores de Raúl Reyes, el Gobierno de Venezuela habría prometido en 2007, el aporte a las FARC de trescientos millones de dólares³⁰³.

Así las cosas, los medios de comunicación afirmaron: *"Lo que comenzó el sábado pasado con el anuncio de la muerte de un importante líder guerrillero de las FARC en territorio ecuatoriano, se ha convertido ahora en la peor crisis política de la región andina en los últimos tiempos"*³⁰⁴.

³⁰⁰ Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador, Comunicado No. 003, Quito, 23 de enero de 2009. "Ecuador reanudará las relaciones diplomáticas, una vez que Colombia cumpla requerimientos mínimos", en: <http://www.mmrree.gov.ec/2009/com002.asp>, Consultado el día 22 de julio de 2009. Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador, Comunicado No. 002, Quito, 22 de enero de 2009. "Ecuador rechaza las declaraciones del canciller colombiano", en: <http://www.mmrree.gov.ec/2009/com002.asp>, Consultado el día 22 de julio de 2009.

Presidencia de la República de Ecuador, Boletín de Prensa No. 054. Quito, febrero 19 de 2009. "El canciller de la república y el alto comisionado adjunto de las Naciones Unidas visitarán la frontera norte", en: <http://www.mmrree.gov.ec/2009/bol054.asp>, Consultado el día 22 de julio de 2009.

³⁰¹ "El Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, en defensa de la soberanía de la patria y de la dignidad del pueblo venezolano, ha decidido ordenar la expulsión inmediata del territorio nacional, del embajador de la República Colombia en Venezuela y del personal diplomático de la embajada de Colombia en Caracas". (Comunicado de Prensa, 2008)

³⁰² En comunicado de prensa de la Presidencia de la República de Colombia, el Gobierno manifestó: "6. El Gobierno de Colombia entregó pruebas sobre posibles nexos de integrantes del Gobierno ecuatoriano y de miembros de la campaña presidencial de Rafael Correa con el grupo terrorista de las Farc. (...)". (Respuesta de la Cancillería de Colombia al Gobierno de Ecuador, 2008)

³⁰³ Instituto Internacional de Estudios estratégicos, *The FARC Files: Venezuela, Ecuador and the Secret Archive of 'Raúl Reyes' - Press Coverage*, Londres, Publicado el 10 de mayo de 2011; ISBN 978-0-86079-205-5

³⁰⁴ Sobre las afirmaciones de la respuesta al conflicto ver: CHIRINOS, Carlos; "Se profundiza la Crisis Andina" en *BBC Mundo.com*, edición internet del Martes 4 de marzo de 2008; consultado el 2 de abril de 2012.

El Gobierno colombiano sostuvo que el presidente de la época Álvaro Uribe Vélez, se había comunicado personalmente con el presidente ecuatoriano Rafael Correa para informarle sobre la operación. De acuerdo con versiones de los medios de comunicación, la llamada se dio cuando el presidente Correa intervenía frente a los ecuatorianos y tuvo que interrumpir por una llamada del presidente Uribe, por lo que al retomar la intervención, señaló que de conformidad con la comunicación sostenida con Uribe, *"la balacera se dio en territorio ecuatoriano"*³⁰⁵.

El primer país en pronunciarse sobre la incursión fue Venezuela, el presidente de la época Hugo Chávez, señala que Colombia viola territorio de Ecuador con el ataque y advierte al presidente Uribe que de presentarse situación semejante en su territorio, se desencadenaría una guerra entre los países. *"Presidente Uribe, piénselo bien, no se le vaya a ocurrir hacer eso por aquí (...) porque sería algo sumamente grave y sería causus belis: causa de guerra, una incursión militar en Venezuela"*³⁰⁶, declaró Hugo Chávez.

Paralelo al anuncio de expulsión del personal colombiano diplomático de Caracas, Chávez envía personal militar blindado a los territorios fronterizos con Colombia y señala a Uribe de ser un *"criminal, paramilitar, narcotraficante y lacayo del imperio"*. También lo acusa de mentir sobre lo que consideró el *"asesinato cobarde"* de *"Reyes"*, a quien rinde un minuto de silencio. Todos estos anuncios realizados a través de su habitual alocución presidencial vía programa "Aló, Presidente"³⁰⁷

³⁰⁵ En imágenes transmitidas por la cadena de televisión CNN, se pudo ver cuando el presidente Correa fue interrumpido "de urgencia", durante la grabación de un programa de televisión, por una llamada telefónica de Uribe. A su regreso de la conversación, Correa dijo que Uribe le había comunicado que "los combatientes incursionaron en territorio ecuatoriano y la balacera se dio en territorio ecuatoriano". En: Redacción BBC Mundo, *"48 horas frenéticas"* en BBC Mundo.com edición internet del Lunes 3 de marzo de 2008

³⁰⁶ Redacción BBC Mundo, *"48 horas frenéticas"* en BBC Mundo.com edición internet del Lunes 3 de marzo de 2008.

³⁰⁷ Programa Aló Presidente No. 306 del 2 de marzo 2008, *Presidente Chavez ordena el cierre de embajada en Bogotá*, programa transmitido desde la Plaza Caracas, municipio Libertador, Caracas, Distrito Capital, disponible en: http://www.alopresidente.gob.ve/informacion/2/826/presidente_chavez_ordena.html, consultado el 3 de marzo de 2010

Por su parte, el presidente de Ecuador anuncia que ha convocado a su embajador en Colombia para consultas³⁰⁸ y asegura que la incursión de las fuerzas armadas colombianas en territorio ecuatoriano es una flagrante violación al Derecho Internacional y califica la incursión como *"la peor agresión que ha sufrido Ecuador por parte de Colombia"*³⁰⁹.

Al día siguiente de la operación, el domingo 2 de marzo, el Ministerio de Relaciones Exteriores niega en comunicado de prensa que se haya violado la soberanía de Ecuador y asegura que Colombia actuó en legítima defensa³¹⁰. *"Los terroristas, entre ellos Raúl Reyes, han tenido la costumbre de asesinar en Colombia e invadir el territorio de los países vecinos para refugiarse. Muchas veces Colombia ha padecido estas situaciones que estamos obligados a evitar en defensa de nuestros ciudadanos"*³¹¹.

Poco después Ecuador, insatisfecho por respuesta de Colombia, anuncia la inmediata retirada de su embajador en Bogotá que ya había sido llamado a consultas³¹². También declara en alerta a sus fuerzas armadas. En una alocución por televisión, el mandatario ecuatoriano anuncia la expulsión del embajador colombiano en Quito, Carlos Holguín, y el envío de tropas a la frontera con Colombia.

³⁰⁸ Ver supra, 81

³⁰⁹ En discurso pronunciado ante el Grupo de Rio el 7 de marzo de 2008 en República dominicana, el Presidente Rafael Correa destacó la gravedad de la acción militar colombiana, ver: Presidencia de Ecuador, Discursos, *Cumbre de Rio – República Dominicana*.

³¹⁰ Sobre el concepto de legítima defensa, remitirse a los conceptos desarrollados en el primer capítulo del presente trabajo, con ocasión de la reconfiguración de la solución de controversias y de principios de derecho internacional como el de inviolabilidad del territorio o prohibición del uso de la fuerza a partir del 11 de septiembre de 2001 y de las Resoluciones que al respecto produjo el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

³¹¹ En comunicado de prensa del 1 de enero 2009, el Gobierno Nacional –Ministerio de Relaciones Internacionales- manifiesta: *"1. La Operación Fénix se fundamentó en una decisión política adoptada por el Gobierno colombiano, en el marco de la lucha mundial contra el terrorismo. En desarrollo de ella, se ejecutó una operación militar contra un objetivo legítimo, con estricta observancia del derecho internacional humanitario. 2. El Estado colombiano manifiesta que el proceso judicial adelantado en el Ecuador contra altos funcionarios colombianos, con ocasión de la operación militar antiterrorista, vulnera diversas normas y principios de derecho internacional. Por esta razón, Colombia expresa categóricamente la falta de jurisdicción del Estado ecuatoriano, en relación con la presunta responsabilidad individual o personal de cualquiera de los servidores o funcionarios públicos que intervinieron en la Operación Fénix"*.

³¹² Toda la reconstrucción relacionada con las consultas, se encuentra en el capítulo primero de la investigación, cuando se estudia en la negociación la importancia de la diplomacia y de los procedimientos que se llevan a cabo de forma previa al rompimiento de relaciones entre los países. Supra, p.31

De la misma manera solicita una reunión extraordinaria de carácter urgente con la Organización de Estados Americanos -OEA- y de la Comunidad Andina de Naciones -CAN-; organizaciones internacionales de las que los países involucrados son parte.

La respuesta colombiana a estos anuncios tampoco se hace esperar, como se señaló, en la operación se recoge gran cantidad de material digital consistente en computadores y memorias de los que se dicen contienen información confidencial y de importancia para la FARC y Raúl Reyes; aun cuando de forma posterior, la Corte Suprema de Justicia de Colombia declara nula la prueba obtenida en la operación³¹³, en el momento los computadores fueron utilizados como indicio en contra de varios dirigentes del país y de América Latina.

Dicha prueba resultó polémica por largo tiempo, si se considera que incluso basado en lo recogido en la operación, el Gobierno de Colombia sostuvo que los documentos hallados en el computador de Raúl Reyes muestran vínculo entre el gobierno de Rafael Correa y las FARC³¹⁴. En rueda de prensa, el director de la policía de Colombia, Oscar Naranjo, reveló que en los computadores del comandante guerrillero se encontraron documentos, como correos electrónicos y actas, en los que se deja constancia de una entrevista de Reyes con el ministro de seguridad pública de Ecuador, Gustavo Larrea.

De ahí en adelante el gobierno colombiano expresaba en cada una de sus intervenciones, la preocupación que le asistía por la posible alianza entre el Gobierno de Venezuela y las FARC; si bien no envió tropas a la frontera, ni

³¹³ La Corte Suprema de Justicia se pronuncia sobre el recurso de reposición interpuesto por el Procurador General de la Nación, al auto inhibitorio que la Corte ya había emitido en relación con el proceso contra Wilson Borja como consecuencia de la información encontrada en los computadores de Raúl Reyes, recogidos durante el procedimiento militar efectuado en la Operación Fénix. En este nuevo pronunciamiento, la Corte se pronuncia sobre los aspectos propios de la Operación y aduce que aún cuando no veía prudente emitir concepto sobre el trasfondo internacional de la Operación hasta tanto no se pronunciara una Corte internacional; a raíz de los argumentos en lo que se fundamenta el recurso, la Corte desarrolla cada uno de los elementos de derecho, incluso los basados en argumentos de derecho internacional. Corte Suprema de Justicia Colombia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 29.877 Wilson Alfonso Borja Díaz, Agosto 1 de 2011.

³¹⁴ En comunicado de prensa de la Presidencia de la República de Colombia, el Gobierno manifestó: "6. El Gobierno de Colombia entregó pruebas sobre posibles nexos de integrantes del Gobierno ecuatoriano y de miembros de la campaña presidencial de Rafael Correa con el grupo terrorista de las Farc. (...)". (Comunicado 2 de marzo, 2008),

tomó una actitud defensiva vía militar, el gobierno colombiano se refería todo el tiempo a las posibles alianzas de los gobiernos de Venezuela y Ecuador con las FARC, de conformidad con la información obtenida de los computadores de Raúl Reyes.

El gobierno colombiano también señaló que el contenido de la información develada sería puesta en conocimiento de la OEA y de la ONU; el Secretario General de la OEA José Miguel Insulza, emite en respuesta un comunicado a través del cual admite *"la gravedad de la situación que involucra a Colombia y Ecuador y expresó su deseo de que esta sea resuelta en la región"*³¹⁵.

Además de las reacciones de los países involucrados, el impacto en el hemisferio de la controversia, se hizo sentir a través de las expresiones de los distintos líderes políticos del hemisferio;³¹⁶ el líder cubano Fidel Castro se manifestó a través de un artículo de prensa en el que responsabilizó a Estados Unidos de los sucesos, sugiriendo que estaría provocando una crisis regional entre Colombia y sus vecinos³¹⁷.

El presidente de Nicaragua, Daniel Ortega, consideró que el accionar de Colombia violó no solamente la soberanía territorial³¹⁸, sino el derecho internacional y en rueda de prensa conjunta con el Presidente Correa, en visita

³¹⁵ Comunicado de prensa C-064/08 *"Situación Colombia-Ecuador: Insulza dice que la crisis debe ser resuelta en base a principios que rigen la convivencia"*, del 3 de marzo de 2008, publicado en www.oas.org; consultado el 2 de abril de 2012.

³¹⁶ FERMÍN, Eudis, "La Crisis Diplomática en América Latina: La incursión colombiana en el territorio ecuatoriano" en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, 2009, Vol. No.2 (jul-dic), pp.57-81, p.67

³¹⁷ "El imperialismo acaba de cometer un monstruoso crimen en Ecuador. Bombas mortíferas fueron lanzadas en la madrugada contra un grupo de hombres y mujeres que, casi sin excepción, dormían. Eso se deduce de todos los partes oficiales emitidos desde el primer instante. Las acusaciones concretas contra ese grupo de seres humanos no justifican la acción. Fueron bombas yanquis, guiadas por satélites yanquis". (*Reflexiones de Fidel*, 2008).

³¹⁸ La soberanía se exterioriza en un plano de igualdad, pues parte del reconocimiento de independencia de los Estados, frente a otros Estados. Es la posibilidad de ejercer frente a un territorio, poderes estatales que ningún otro Estado puede ejercer; luego de los tiempos antes de la primera guerra mundial cuya expansión de poder era proporcional a la cantidad de territorios que fuesen colonizados y del reconocimiento del *ius ad bellum* como un principio que permitía el uso de la guerra, el derecho a la soberanía territorial se tradujo en el respeto de los países por los territorios de otros Estados, estándole prohibida su inserción al territorio ajeno sin la autorización del Estado que ejerce control sobre el territorio. Sobre el punto ver: CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, UNAM- Porrúa, 1996, p.498; Asuntos de plataforma continental del Mar del Norte, CIJ, Recueil, 1969, p. 26; asunto de actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, competencia y admisibilidad, CIJ, Recueil, 1984, pp. 413-415; asunto Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), CIJ, 1989, p. 44; asunto de la delimitación de la frontera marítima en la región del golfo de Maine (Canadá/Estados Unidos de América, CIJ, Recueil, 1984, pp. 304-305

efectuado por este último a territorio nicaragüense; anunció que en atención a lo ocurrido en Ecuador y al diferendo limítrofe que en ese entonces sostenía con Colombia, rompía las relaciones diplomáticas³¹⁹.

El Presidente de Bolivia, Evo Morales³²⁰ y quién para entonces ejercía la presidencia pro- tempore de la Unión de Naciones Suramericanas –UNASUR-, expresó su preocupación ligada al ejercicio de sus funciones como presidente y a la naciente intención de integración de las naciones suramericanas de forma exclusiva a través de esta nueva organización.

Por su parte, el canciller de Argentina: Jorge Taina expresó que "*La Argentina está muy consternada y preocupada ante una evidente violación de la soberanía territorial de un país de la región como es Ecuador*"³²¹, esta posición expresada luego de hablar con los cancilleres de los tres países involucrados en el conflicto, así como con los de Paraguay y Bolivia.

Estados Unidos manifestó su apoyo total al Gobierno de Colombia y calificó como "extrañas" las actitudes del Gobierno Venezolano³²². También manifestaron su preocupación los gobiernos de España³²³ y Francia³²⁴, que expresaron la necesidad de usar los medios diplomáticos de solución del conflicto instando además a su resolución en foros latinoamericanos como la OEA.

Y en este mismo sentido, a pesar de los insultos y las agresiones mutuas, se encontraban los países implicados, tal vez en mayor medida Colombia y

³¹⁹ Además expresó su solidaridad con el pueblo ecuatoriano, según Boletín de Prensa No. 163 (2008) , el Ministerio de Relaciones Exteriores ecuatoriano recoge los pormenores de la visita e indica la posición del Gobierno Nicaragüense en relación con la incursión de Colombia.

³²⁰

³²¹ Redacción periódico El Clarín, Inquietud regional por la escalada, en periódico *El Clarín* edición del Lunes 3 de marzo del 2008, consultado el 28 de marzo de 2008.

³²² Redacción BBC Mundo El subsecretario adjunto del departamento de Estado de Estados Unidos para el Hemisferio Occidental, Craig Kelly, habló sobre el tema con BBC Mundo, "Estamos con Colombia en esa lucha" *BBC Mundo. com*, edición internet del viernes 7 de marzo de 2008; consultado el 2 de abril de 2012.

³²³ España llama a la "calma" y el "diálogo" a Colombia, Venezuela y Ecuador, Agencia Francesa de Prensa – AFP, 3 de marzo de 2008; consultado el 3 de abril de 2012.

³²⁴ El Gobierno de Francia lanzó un "llamado a la contención" ante la "escalada de la tensión en la región andina", en referencia a la crisis diplomática desatada este fin de semana entre Colombia y sus vecinos: Ecuador y Venezuela, Periódico El Universal de Caracas, nota del lunes 3 de marzo de 2008, consultado el 4 de abril de 2008.

Ecuador que lo pusieron de manifiesto en varias de sus actuaciones; Colombia, en comunicado de prensa del 3 de marzo de 2008, expresó:

"1. El Gobierno de Colombia reitera su afecto y respeto a los pueblos hermanos de Ecuador y Venezuela. 2. En consecuencia, no hará movimientos de tropas a las fronteras que tiene con esos países. 3. Colombia no tiene tradición belicista y su único interés es la recuperación del orden público interno. 4. El Gobierno expresa su preocupación por los acuerdos que puedan existir entre el grupo terrorista de las FARC y los gobiernos de Ecuador y Venezuela, que violan la normatividad internacional en su prohibición a los países de albergar terroristas. 5. Las revelaciones sobre acuerdos del grupo terrorista de las FARC y los gobiernos de Ecuador y Venezuela serán puestas en conocimiento de la Organización de Estados Americanos y de la Organización de las Naciones Unidas. 6. Los computadores y el material decomisado al terrorista, alias 'Raúl Reyes', serán sometidos a verificación técnica internacional"³²⁵

Posterior a esto, Colombia presentó excusas a Ecuador por el ingreso al territorio de ese país de efectivos de sus Fuerzas Militares y de helicópteros como parte de una operación en la que murió el líder de la guerrilla de las FARC Raúl Reyes, y aseguró que fue una acción obligada. *"El Gobierno de la República de Colombia desea presentar al Ilustrado Gobierno de la República del Ecuador sus excusas por la acción que **se vio obligado a adelantar en la zona de frontera**, consistente en el ingreso de helicópteros colombianos con personal de las Fuerzas Armadas a territorio ecuatoriano"³²⁶* y agregó: "El Gobierno colombiano nunca ha tenido la pretensión o la disposición de faltar al

³²⁵ Presidencia de la República, Comunicado No. 083 del 3 de marzo de 2008, disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/content/comunicado-presidencia> y en <http://web.presidencia.gov.co/comunicados/2008/marzo/archivo.html>.

³²⁶ El Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Defensa Nacional en el día de hoy responderán la nota de protesta del Gobierno de la hermana República del Ecuador. Por lo pronto, anticipamos que Colombia no violó la soberanía sino que actuó de acuerdo con el principio de legítima defensa. Los terroristas, entre ellos Raúl Reyes, han tenido la costumbre de asesinar en Colombia e invadir el territorio de los países vecinos para refugiarse. Muchas veces Colombia ha padecido estas situaciones que estamos obligados a evitar en defensa de nuestros ciudadanos. Ministerio de Relaciones Exteriores Colombia, *Respuesta de la Cancillería de Colombia al Gobierno de Ecuador*, Comunicado de Prensa del 2 de Marzo de 2008, disponible

respeto o vulnerar la soberanía o la integridad de la hermana República del Ecuador, de su pueblo o de sus autoridades, por las que ha profesado, históricamente, afecto y admiración", a través de un comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores.³²⁷

Ecuador por su parte mantuvo la actitud defensiva con el gobierno de Colombia, pero su llamado a la intervención de la OEA y de la CAN refleja la intención de resolver vía diplomática la controversia, sin necesidad de acudir a una confrontación armada.

A pesar de los múltiples enfrentamientos que de uno u otro lado se daban a través de los medios de comunicación -en su mayoría- que no hacían visible una intención de negociación por vía directa, los países hicieron notoria la necesidad de resolver su controversia a través de los medios diplomáticos que estaban dispuestos para ello.

Es por ello que debe verificarse si la actuación de la OEA surtió el trámite previsto en la Carta, el TIAR y el Pacto de Bogotá, en la solución de la controversia y demostrar la pertinencia de la aplicación del DAG en una herramienta de solución de controversias que subsane la ausencia de un sistema autónomo en la OEA.

3.2. La solución de la controversia y la acción de la OEA

En nota de marzo 2 de 2008 el Gobierno de Ecuador³²⁸, solicitó la convocatoria de una sesión extraordinaria del Consejo Permanente de la OEA para que éste

³²⁷ "Colombia se disculpa ante Ecuador por la incursión 'obligada' en su territorio" en: periódico El Mundo.es publicada el 3 de marzo de 2008, consultado el 3 de abril de 2008

³²⁸ En Boletín de Prensa del Gobierno de Ecuador del 2 de marzo de 2008, el país manifestó: *"El Gobierno Nacional hará llegar hoy mismo su enérgica protesta al Gobierno de Colombia por la flagrante violación del territorio de la República del Ecuador, que constituye una trasgresión a los principios de soberanía e integridad territorial que ampara el derecho internacional. Ecuador demandará de Colombia una explicación por el indebido proceder de sus fuerzas militares, exigirá una disculpa formal por lo acaecido y, en caso de eventuales daños a personas y bienes de habitantes dentro del territorio ecuatoriano, demandará el pago de las correspondientes indemnizaciones. De considerarlo apropiado, Ecuador acudirá*

se pronunciara sobre la incursión en territorio ecuatoriano, de las Fuerzas Militares de Colombia en operativo contra el grupo Fuerzas Revolucionarias Armadas de Colombia -FARC-³²⁹.

De conformidad con lo preceptuado en la Carta de la OEA, el Consejo Permanente³³⁰ actúa de manera previa a cualquier solución de tipo jurídico, con el fin de promover el arreglo pacífico de controversias³³¹, en lo posible, a través de los medios de solución directa entre las partes³³².

La sesión, celebrada en 4 y 5 de marzo de 2008, contó con la exposición de los embajadores de los Estados afectados en el seno de la Organización. El Embajador ecuatoriano exigió de manera enérgica la condena al Estado colombiano por su agresión a la soberanía³³³ del territorio de Ecuador por ser inviolable³³⁴.

Por Colombia, el embajador ante la OEA Camilo Ospina³³⁵, expuso los puntos más importantes de la posición del Estado Colombiano: la importancia de la operación, la procedencia y acciones de Raúl Reyes, cifras del conflicto armado colombiano, la afectación de los ciudadanos en caso de no celebrarse la

a instancias internacionales para buscar que las garantías de sus habitantes y la integridad territorial del país y sus derechos soberanos sean precautelados”.

³²⁹ Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, *Informe de la Comisión de la OEA que visitó Ecuador y Colombia*, documento OEA/Ser.F/II.25RC.25/doc.7/08 del 17 de marzo de 2008, p. 1. Ver además: DISCURSO DEL PRESIDENTE RAFAEL CORREA EN LA CADENA DE RADIO Y TELEVISIÓN 2 de marzo 2008, <http://www.presidencia.gov.ec/noticias.asp?noid=12881>, consultado el 2 de marzo de 2012.

³³⁰ Conformado por un embajador de cada uno de los Estados miembro. Artículo 80 Carta de la OEA.

³³¹ Artículo 84 Carta de la OEA.

³³² Supra 27

³³³ En el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, en donde se encuentran los principios con los cuáles las Naciones Unidas cumplirán sus propósitos, hay varias disposiciones referentes al respeto a la soberanía en los términos en los que se ha delimitado; primero, en una condición de igualdad al señalar: “1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”. Segundo, en una abstención de amenazar o usar la fuerza para ir contra la integridad de un territorio o su independencia política: “4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”. Subrayado fuera de texto.

³³⁴ FERMÍN, Eudis, “La Crisis Diplomática en América Latina: La incursión colombiana en el territorio ecuatoriano” en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, 2009, Vol. No.2 (jul-dic), pp.57-81, p. 71

³³⁵ Disponible en la página oficial de la OEA: www.oas.org, centro de noticias, discursos; en el enlace http://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=08-0022, consultada el 14 de abril de 2012.

operación y la necesaria intervención del país en pro de la legítima defensa³³⁶ preventiva³³⁷, apelando de forma especial a la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas³³⁸.

Señalo que helicópteros colombianos ingresan al territorio de forma posterior a la operación con el fin de recaudar las pruebas necesarias no solo por la importancia de la operación del personaje a quién se había dado de baja, sino también teniendo en cuenta que por su infraestructura se trataba de un campamento con carácter de permanencia y no transitorio para la FARC. Acción por la cual expreso de nuevo en nombre del Gobierno colombiano, las disculpas pertinentes.

³³⁶ El derecho internacional reconoce que los Estados pueden defenderse de forma legítima ante una agresión actual o inminente no reconocida por el derecho y en ese sentido antijurídica, incluso los Convenios V (artículo 10) y XIII (artículo 25) de la Haya de 1907, obligan a los Estados neutrales a rechazar con todos los medios a su alcance cualquier ataque a su territorio o espacio marítimo. La Carta de las Naciones Unidas, también reconoce el derecho a la legítima defensa de los Estados, como una excepción a la prohibición del uso de la fuerza para la solución de controversias contenido en el numeral 4 del artículo 2; en este sentido dispuso la Carta de las Naciones Unidas en el artículo 51: "*Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*".

³³⁷ Sobre este aspecto ver: MÉNDEZ, Ricardo, "Derivaciones del 11 de septiembre en el Derecho Internacional" en *Derecho y Seguridad Internacional: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, Coordinador: Ricardo Méndez Silva, Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2005. P, 89.

³³⁸ Posteriormente, se emite la Resolución 1373 de 2001³³⁸ en la que entre otras cosas, el reconocimiento permanente del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva; subraya que los responsables de prestar asistencia apoyo o abrigo a los autores, organizadores o patrocinadores de los actos de terrorismo, (mas puntualmente de los hechos del 11 de septiembre) deberán rendir cuenta de sus actos. Exhorta a la comunidad internacional a redoblar los esfuerzos en **prevenir** y reprimir los actos de terrorismo a través de la cooperación reforzada y el más estricto cumplimiento de los convenios internacionales contra el terrorismo y las Resoluciones del Consejo de Seguridad en el mismo sentido, e invoca en especial la resolución 1269 de 1999. Expresa la preocupación por el aumento de actos terroristas "*motivados por la intolerancia o el extremismo*" y en este sentido, motiva a los Estados al cumplimiento de los principios de la Asamblea General, dispuestos en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, en el que se estipula que los Estados tienen el deber de abstenerse de organizar, instigar y apoyar actos terroristas perpetrados en otro Estado o de participar en ellos, así como de permitir actividades organizadas en su territorio a fin de cometer dichos actos. Y en este sentido, decide la Resolución que en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas los Estados deben prevenir y reprimir la financiación de todo acto de terrorismo y en consecuencia tipificar como delito cualquier tipo de acción financiera encaminada a proveer por cualquier medio dineros o fondos para perpetrar actos de terrorismo.

Es así, como al término de la reunión, el Consejo Permanente expide la Resolución No. 930 (1632/08) del 5 de Marzo de 2008, en la que declara que Colombia violó Soberanía Territorial del Estado de Ecuador a través de la incursión efectuada como consecuencia de la operación³³⁹ y convoca a reunión de consulta de ministros de Relaciones Exteriores para el 17 de marzo del mismo año, con el fin de discutir la posible solución a la controversia³⁴⁰.

En el punto de partida, es importante observar, como el Consejo Permanente dio lugar a la confrontación y no cumple con el mandato que la Carta de la OEA le impone al establecer que, en primera instancia, el Consejo Permanente debe prestar sus buenos oficios a las partes, con el fin de que éstas exploren mecanismos de arreglo directo³⁴¹.

En el presente caso, la reacción del Consejo Permanente no fue la de citar en forma directa a las partes, ni prestar sus buenos oficios – tal como se hizo en la Cumbre del Grupo de Rio del 7 de marzo de 2008- para que éstas buscarán fórmulas de arreglo directo. Por el contrario, el Consejo Permanente toma parte en la controversia, indicando que existió violación a la soberanía territorial de Ecuador³⁴², y citando de manera inmediata la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

³³⁹ Expresan los teniendo en cuenta 5 y 6 de la Resolución: *Que el artículo 21 de la Carta enfatiza que "el territorio de un Estado es inviolable, no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera que fuere el motivo, aun de manera temporal"; Que la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en su artículo 28, expresa que "Toda agresión de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra su soberanía o la independencia política de un Estado americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados americanos;*

³⁴⁰ Establecen los considerandos 4 y 5: *Que de acuerdo con el artículo 84 de la Carta, es función de la OEA velar por el mantenimiento de relaciones de amistad entre los Estados Miembros, utilizando los procedimientos que esa misma Carta señala; y Que se cumplen en este caso los requisitos para la convocatoria a una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores a la luz de los artículos 61 y siguientes de la Carta de la OEA,*

³⁴¹ Artículo 85 Carta de la OEA, *"Con arreglo a las disposiciones de la Carta, cualquier Parte en una controversia en la que no se encuentre en trámite ninguno de los procedimientos pacíficos previstos en la Carta, podrá recurrir al Consejo Permanente para obtener sus buenos oficios. El Consejo, de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior, asistirá a las Partes y recomendará los procedimientos que considere adecuados para el arreglo pacífico de la controversia".*

³⁴² Sobre esta acusación, el embajador Camilo Ospina expresó: Sobre la posible violación a la soberanía territorial de Ecuador expresó: "Por el contrario, no es cierto que los aviones colombianos hayan incursionado en territorio ecuatoriano. Se disparó desde el norte, desde territorio colombiano, a una distancia aproximada entre tres y cinco millas dentro de la frontera de Colombia. De haber incursionado en territorio ecuatoriano, el radar militar de ese país, situado en Lago Agrio, lo hubiese detectado. No es un argumento válido decir que los aviones colombianos han podido incursionar a baja altura para no ser

La actuación del Consejo Permanente es errónea no solo por no cumplir en un primer escenario con el rol que le dio la Carta de la OEA y que le habría permitido resolver la controversia tal como finalmente se resolvió en la XX Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río; es desafortunada al tomar partido en una controversia aún no estudiada a partir de sus elementos fácticos, y excediendo la competencia que los estados le otorgaron³⁴³.

Es importante recordar que los buenos oficios, solo permiten la intervención del tercero para buscar fórmulas de arreglo directo entre las partes, sin que le sea posible al tercero, influir en la controversia de fondo y mucho menos tomar parte en las diferencias, ya que pierde su imparcialidad³⁴⁴. La posición del Consejo Permanente, por el contrario, generó un ambiente de tensión entre las partes quienes defendieron en forma tajante sus posiciones y se prepararon para dar a conocer sus puntos de vista y justificar sus actuaciones por la vía política y diplomática, de manera tal que incluso otros estados, se vieron involucrados en la controversia³⁴⁵.

El análisis y estudio de los hechos que dieron lugar a la controversia, se dan con posterioridad a la reunión del Consejo Permanente, que en la Resolución 930 (1632/08), determinan la constitución de una comisión de estudio de los hechos, con el fin de llevarlos ante la reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

detectados, puesto que para lanzar bombas necesariamente tendrían que haber subido de altura y por lo tanto, ser detectados por el radar en mención”.

³⁴³ En este punto es importante recordar, que las comisiones de investigación, cuando se conforman como tal, permiten la exploración de fórmulas de solución a partir de una reconstrucción objetiva de los hechos. Supra p.79

³⁴⁴ Supra p. 33: *Los buenos oficios, si se observa bien, no están enunciados en el artículo 33 de la Carta ONU debido a que la diferencia de estos con la mediación es casi imperceptible, pues se trata del mismo modo de intervención, pero con un grado de profundidad del tercer Estado en mayor o menos sentido; siendo los buenos oficios el grado de intervención más limitado en tanto no hay intervención de fondo en la controversia sino una ayuda a la aproximación y el encuentro entre los países con el fin de que inicien de nuevo las negociaciones.*

³⁴⁵ Prueba de esto es el retiro de los embajadores de Nicaragua y Venezuela en Colombia.

Esta misión especial es liderada por el Secretario General e integrada por cuatro embajadores designados por éste, para que luego de la visita a ambos países, realicen un informe a la ³⁴⁶Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, se adopten las decisiones que consideren pertinentes y proponga fórmulas de acercamiento entre ambas naciones. Los integrantes de la Comisión fueron los Representantes Permanentes ante la OEA: Embajador Rodolfo Gil de Argentina, Embajador Osmar Chohfi de Brasil, Embajador Arístides Royo de Panamá y Embajadora María Zavala de Perú y el Presidente del Consejo Permanente de la OEA, el Embajador de Bahamas Cornelius Smith³⁴⁷.

Uno de los puntos que se observa, es que el Consejo Permanente nombra la comisión pero no define funciones específicas que permitan trascender en la controversia más que las de proponer fórmulas de acercamiento de los dos países sin que le sea posible tomar posición con respecto a los hechos a los que puede tener conocimiento en el marco de las visitas.

Esto imposibilita el análisis desde la solución de controversias en dos perspectivas: 1. No se trata de una comisión de investigación³⁴⁸, debido a que no tiene funciones específicas establecidas de forma previa en un tratado que obligue a las partes; 2. No es una comisión de mediación, pues tampoco se encuentra definido en un tratado y en cualquiera de los dos casos, los resultados arrojados por la investigación que hace la comisión, no tienen una solución concreta y toman parte de los hechos, sin quedarse en el análisis eminentemente objetivo³⁴⁹.

La Comisión, siguiendo lo establecido por la Resolución se dirige en primera instancia a territorio ecuatoriano. En Ecuador, la Comisión se reúne en primer

³⁴⁶ "(...) Artículo 2.- Resolución 930 (1632/08)- Constituir una Comisión encabezada por el Secretario General e integrada por cuatro embajadores designados por éste, que visite ambos países recorriendo los lugares que las partes le indiquen, eleve el correspondiente informe a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y proponga fórmulas de acercamiento entre ambas naciones . (...)"

³⁴⁷ Informe de la Comisión a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

³⁴⁸ Ver Supra, p. 28

³⁴⁹ Supra , p. 37

término con el Presidente Rafael Correa, miembros del Gabinete y otras autoridades de su gobierno, como se observa en el anexo 4 (Agenda del Ecuador) del Informe que la Comisión rindió a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que ya se ha citado en el presente documento. Cuando la visita tuvo lugar, (el 9 de marzo) ya se había llevado a cabo la Cumbre del Grupo de Rio del 7 de marzo de 2008 en República Dominicana³⁵⁰.

El 10 de marzo, la Comisión se dirige a Sucumbíos a Lago Agrio a unos 1800 metros de la frontera con Colombia; según lo que el informe señala, el Ministro de Defensa del Ecuador expresó que el campamento tenía una antigüedad de 2 a 3 meses y que en él se alojaban un promedio de 20 a 30 personas³⁵¹.

El 11 de marzo, la comisión llega a Colombia; allí se reúne en primer lugar con autoridades del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Militares en CATAM (Comando Aéreo de Transporte Militar) en la que se realizó una descripción de los radares en la frontera y de cada uno de los acontecimientos que rodearon la Operación Fénix, así como detalles de la misma. Posteriormente, la Comisión se dirige a Puerto Asís - Putumayo y realiza un sobrevuelo en la zona fronteriza donde tuvo lugar el ataque³⁵².

A su regreso, la Comisión se reúne en Bogotá con el Canciller de Colombia, Fernando Araujo y el 12 de marzo, sostiene un desayuno con el entonces Presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez, miembros del Gabinete y autoridades militares. De los puntos destacados en la reunión conforme al informe de la Comisión, fue la referencia del Presidente a que el respeto de la Soberanía Territorial está ligado al respeto a la seguridad de los ciudadanos, así como adujo la necesidad de trascender de los acuerdos políticos que son útiles

³⁵⁰ *Ibíd.*

³⁵¹ *Ibíd.*

³⁵² *Ibíd.*

para liberar las tensiones, a la identificación de mecanismos concretos que doten de cumplimientos de acuerdos de cooperación ya existentes³⁵³.

Es así como es posible concluir que la comisión no se constituyó como una de investigación o como de mediación, al tomar parte en uno u otro sentido en las conclusiones y sin limitarse únicamente al análisis de los hechos. Basada en el Principio de Inviolabilidad Territorial, la comisión concluye: *"Este hecho constituye una violación de la soberanía y de la integridad territorial del Ecuador y de principios del derecho internacional tal como fue señalado en la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río sobre este tema y en la Resolución CP/Res. 930 (1632/08) "Convocatoria de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y Nombramiento de una Comisión" del Consejo Permanente de la OEA³⁵⁴"*.

Y sugiere en sus recomendaciones: el restablecimiento de las relaciones diplomáticas a través de la reactivación de los mecanismos de consulta política existentes; la constitución de una misión de la OEA para el seguimiento de las relaciones, los compromisos, los acuerdos e instrumentos bilaterales y fronterizos; el estudio de un eventual mecanismos de alerta temprana entre los dos países; el incentivo al diálogo entre la sociedad civil de los dos países y la intensificación de diálogos comerciales que aumenten el comercio bilateral en especial en zonas de frontera.

El resultado del informe precisa varios aspectos de la operación, útiles al estudio de existir un órgano encargado de precisar los hechos y con base en ellos, ejecutar un mandato a través de la imposición de una sanción ya establecida. Como se retomará en el subcapítulo siguiente, el informe de la comisión es útil en el contexto de un sistema de solución de controversias de los que trata el DAG; si estableciera unas funciones específicas y unas

³⁵³ *Ibíd.* Según lo relatado en el informe de la Comisión y en sus anexos, la visita se produjo en los términos enunciados.

³⁵⁴ Informe de la Comisión, p. 11.

sanciones determinadas en medio de la coherencia de una institucionalidad de solución de controversias como la que pretende proponerse en éste documento.

En el presente caso, el informe de la comisión, sirvió de fundamento a la Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores que se reúne en marzo 17 de 2008, por la convocatoria realizada por el Consejo Permanente³⁵⁵.

En la reunión se escucha en primera medida el Informe realizado por la Comisión en la visita efectuada a los países inmersos en la controversia y posteriormente realiza el examen del informe, del cual se producen unas recomendaciones específicas. Finalmente, la Resolución³⁵⁶ que se adopta por parte de la reunión de Ministros³⁵⁷, está relacionada en su mayoría con las planteadas en la propuesta ecuatoriana³⁵⁸ y acoge en líneas generales, el resultado de los buenos oficios realizados por el Grupo de Río el 7 de marzo en Santo Domingo.

³⁵⁵ Mediante la Resolución (2008)

³⁵⁶ RESOLUCIÓN DE LA VIGÉSIMO QUINTA REUNIÓN DE CONSULTA DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES, OEA/Ser.F/II.25 RC.25/RES. 1/08 Rev. 14 abril 2008.

³⁵⁷ En nota de pie de página de la resolución, se evidencia el desacuerdo de Estados Unidos con la Resolución adoptada y en consecuencia establece: "Los Estados Unidos de América apoyan los esfuerzos de esta resolución para crear confianza entre Colombia y Ecuador con el fin de hacer frente a esta crisis. Estados Unidos de América no está preparado para estar de acuerdo con la conclusión contenida en el párrafo operativo 4 dado que es muy específica en cuanto a los hechos y no toma en cuenta otras disposiciones de las Cartas de la OEA y de las Naciones Unidas; de cualquier manera, ni esta resolución ni la resolución CP/RES. 930 (1632/08) afecta el derecho de legítima defensa consagrado en el artículo 22 de la Carta de la OEA y el artículo 51 de la Carta ONU". (Resaltado es propio).

³⁵⁸ "1. Acoger positivamente la "Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río sobre los acontecimientos recientes entre Ecuador y Colombia", adoptada en Santo Domingo, República Dominicana, el 7 de marzo de 2008, y destacar su contribución a la distensión de la situación y al acercamiento entre las partes, con base en principio del derecho internacional.

2. Reiterar la plena vigencia de los principios consagrados en el derecho internacional, de respeto a la soberanía, abstención del uso o amenaza de uso de la fuerza y de no injerencia en los asuntos de otros Estados, que consagra el artículo 19 de la Carta de la OEA, y que constituyen principios fundacionales del sistema interamericano, obligatorios en cualquier circunstancia para todos sus Estados Miembros".

3. Reiterar la plena vigencia del principio de soberanía territorial, consagrada de manera irrestricta y sin ninguna excepción en el artículo 21 de la Carta de la OEA, como un principio vital de la convivencia entre las naciones americanas.

4. Rechazar la incursión de fuerzas militares y efectivos de la policía de Colombia en territorio del Ecuador, en la Provincia de Sucumbíos, el 1º de marzo de 2008, efectuada sin conocimiento ni consentimiento previo del Gobierno del Ecuador, por considerar que ella constituye una clara violación de los artículos 19 y 21 de la Carta de la OEA.

5. Registrar las plenas disculpas por los hechos acaecidos y el compromiso de Colombia de que ellos no se repetirán en ninguna circunstancia, manifestados por su Presidente ante el Grupo de Río y reiterados por su Delegación en esta Reunión de Consulta.

6. Reiterar el firme compromiso de todos los Estados Miembros de combatir las amenazas a la seguridad provenientes de la acción de grupos irregulares o de organizaciones criminales, en particular de aquellas vinculadas a actividades del narcotráfico. (...)"

Sin embargo, en perspectiva de esta investigación, la Resolución “se quedó corta”; puesto que, al contrario de lo que se encomienda en la Carta de la OEA al Consejo Permanente³⁵⁹, los Ministros de Relaciones Exteriores están facultados para tomar decisiones de diversa índole, de conformidad con el TIAR, la Carta de la OEA y el Pacto de Bogotá, con el fin de solucionar la controversia o tomar decisiones concretas en caso de que la controversia amenace el mantenimiento de la paz y seguridad en el hemisferio³⁶⁰.

En tanto, en el TIAR, los Ministros de Relaciones Exteriores son el órgano de consulta de las decisiones a través de las cuales se ejecutan los mandatos de asistencia recíproca del tratado. En este se contempla que en la votación no podrán participar las partes involucradas en la diferencia³⁶¹ y que tendrán que tomar las decisiones por lo menos dos tercios de los signatarios que hayan ratificado el tratado³⁶².

Sin embargo, la Resolución se adopta con base en las propuestas de la misma que presentaron los involucrados. De las propuestas de Resolución presentadas por las delegaciones de Colombia y de Ecuador, se observa la necesidad de la delegación colombiana de que se reconozca la necesidad de la lucha en común contra el terrorismo³⁶³ y de las amenazas al orden y seguridad hemisférica a través del accionar de los grupos considerados como terroristas; así como resalta la necesidad de verificar el cumplimiento de los acuerdos e instrumentos

³⁵⁹ "Artículo 84. El Consejo Permanente velará por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros y, con tal fin, les ayudará de una manera efectiva en la solución pacífica de sus controversias, de acuerdo con las disposiciones siguientes".

Para el ejercicio de dichas funciones, se dispone que el Consejo Permanente pueda además de prestar sus buenos oficios, instalar comisiones de conciliación ad hoc en los términos que las partes acuerden, así como comisiones de investigación cuando el Gobierno respectivo permita su intervención, pues prevalece la soberanía territorial. Carta de la OEA.

³⁶⁰ El órgano de consultas de la Organización de los Estados Americanos, es la que agrupa a los Ministros de Relaciones Exteriores, que dentro de la forma en la que se administran las relaciones exteriores de los Estados miembro de la OEA, están por encima de los embajadores ante la OEA.

³⁶¹ Artículo 18 Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.

³⁶² Artículo 17 Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.

³⁶³ ARDILA, Martha; AMADO, Juan Andrés. "Continuidades y cambios en las relaciones de Colombia con sus países vecinos: 2008-2009, año crítico con Ecuador y Venezuela", en *Oasis*, 2009, núm.14, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, pp.55-70.

internacionales bilaterales y fronterizos, encaminados a la cooperación policial y de defensa en la zona de frontera³⁶⁴.

En la propuesta de Resolución entregada por la delegación de la República de Ecuador, se encuentra el énfasis en el reconocimiento de la vigencia del artículo 21 de la Carta de la Organización, así como de las disposiciones relacionadas con la inviolabilidad del territorio y de la soberanía de los países miembros de la Organización; de igual manera reconoce las disculpas ofrecidas por el Presidente de la República de Colombia en la Cumbre del Grupo de Rio y repudia (sic) la incursión del ejército colombiano en Sucumbíos, el 1 de marzo del mismo año³⁶⁵.

Tomando en cuenta que las decisiones que puede adoptar el órgano de consulta en relación con el TIAR son el retiro de los jefes de misión, la ruptura de las relaciones diplomáticas, de las relaciones consulares, la interrupción parcial o total de las relaciones económicas, o de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, telefónicas, radiotelefónicas o radiotelegráficas, y el empleo de la fuerza armada³⁶⁶; la Resolución es insuficiente, y se limita a realizar un rechazo diplomático a una conducta que se considera violatoria de los principios del DI.

Un órgano de consulta de carácter administrativo, al tener un catálogo de sanciones a aplicar, verifica un hecho configurativo de una conducta susceptible de un correctivo (tal como se presentó en el caso de la Operación Fénix) y aplica la sanción que considere necesaria, por ejemplo, un test de proporcionalidad en los términos aplicados por OMC³⁶⁷. Los resultados se

³⁶⁴ Vigésimo Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores

³⁶⁵ OEA/Ser.F/II.25 RC.25/doc. 10/08 del 17 marzo 2008; Propuesta de Resolución de la delegación de Ecuador, disponible también en los documentos de la Vigésimo Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

³⁶⁶ Artículo 8 Vigésimo Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.

³⁶⁷ Supra p. 95: "El segundo sentido esencial en el que el derecho internacional se ve transformado a partir de la noción de controversias internacionales que se encuentra en el procedimiento establecido por la OMC, ha posibilitado la aplicación de principios de carácter estrictamente constitucional en la solución de controversias comerciales, ya que argumentos propios de los tribunales constitucionales internos tales como test de razonabilidad, proporcionalidad, han sido incluidos en sus resoluciones por el Órgano de

plantearan en el siguiente subcapítulo, pero en todo caso, desde el análisis de los mecanismos contemplados en el TIAR para la solución de la controversia, la Reunión de Ministros es infructuosa³⁶⁸.

La Carta de la OEA, por su parte, establece que la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, actúa como órgano de consulta para debatir temas urgentes y de trascendencia³⁶⁹ por convocatoria del Consejo Permanente³⁷⁰ y para efectos de lo consagrado en el TIAR³⁷¹.

En lo que concierne a las disposiciones del Pacto de Bogotá, la única relativa a las funciones de la Reunión de Ministros, es la contemplada en el artículo L que señala que ante el incumplimiento del fallo de la Corte Internacional de Justicia o un Laudo Arbitral, la otra parte podrá solicitar la Reunión de Consulta, para tomar medidas tendientes al cumplimiento del arreglo judicial en los términos especificados por el mecanismo³⁷².

A pesar de la latente ineficacia de las disposiciones enunciadas en el actuar de la Reunión de Consulta, que no hizo uso de ellas para la solución de la controversia originada en la Operación Fénix, en relación con el contenido de la Resolución, Insulza dijo³⁷³: *"tiene el gran valor de reafirmar principios fundamentales como es el respeto a la soberanía territorial y al derecho internacional, que es la única herramienta que tienen los países para defenderse. Nuestro organismo tiene en sus manos la normativa que debe imperar en nuestro continente para que nos respetemos y vivamos en paz. Y*

solución de diferencias; lo que ha tenido impacto de gran envergadura en la evolución del derecho internacional público de forma positiva".

³⁶⁸ El artículo 8 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca – TIAR, establece que la Reunión de Consulta de Ministros podrá imponer las sanciones necesarias para alcanzar de nuevo la paz hemisférica. *Infra* p.125

³⁶⁹ Artículo 61, Carta de la OEA.

³⁷⁰ Artículo 63, Carta de la OEA.

³⁷¹ Artículo 65, Carta de la OEA.

³⁷² Pacto de Bogotá: ARTÍCULO L. Si una de las Altas Partes Contratantes dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte Internacional de Justicia o un laudo arbitral, la otra u otras partes interesadas, antes de recurrir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, promoverá una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores a fin de que acuerde las medidas que convenga tomar para que se ejecute la decisión judicial o arbitral.

³⁷³ Comunicado de Prensa C-064/08 *"Situación Colombia-Ecuador: Insulza dice que la crisis debe ser resuelta en base a principios que rigen la convivencia"*, del 3 de marzo de 2008.

eso quedó establecido en la resolución que se adoptó por consenso en la reunión de los Cancilleres”.

Además de lo anterior, precisó: *"La OEA es la principal depositaria del Derecho Interamericano. Cuando en otros ámbitos se hacen declaraciones o resoluciones, frecuentemente se cita, como fundamento jurídico, nuestra Carta o alguna de nuestra Convenciones. En una situación como esta, la relevancia de la OEA depende de su capacidad de aplicar y defender las normas que nos hemos dado para hacer posible nuestra convivencia"*³⁷⁴; lo que permite fundamentar la consolidación de un sistema de derecho a partir de la eficacia de las OI de resolver las controversias de sus miembros.

No obstante lo anterior, la solución de la controversia no se logró en el seno de la Organización Hemisférica; los esfuerzos que antecedieron la XX Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río pudieron aportar³⁷⁵, pero lo cierto es que no cumplió el objetivo de solucionar la controversia suscitada entre dos de sus miembros³⁷⁶.

Todo lo anterior, ratifica el problema enunciado en esta investigación: las herramientas de solución de controversias de la OEA no fueron suficientes en el arreglo que se inició luego de la Operación Fénix. Esta inoperancia de los mecanismos, tiene dos causas: la primera es que las herramientas contempladas no guardan una coherencia sistemática que permita la ejecución ordenada y subsecuente de sus mandatos. La segunda es que los órganos que se encargan de ejecutarlos, no lo hacen en debida forma o exceden o limitan sus competencias debido a que no existe un único procedimiento definido.

La ausencia de una estructura funcional de solución de controversias y de un procedimiento específico para su aplicación, permiten concluir de manera

³⁷⁴ Comunicado de prensa C-064/08 "Situación Colombia-Ecuador: Insulza dice que la crisis debe ser resuelta en base a principios que rigen la convivencia", del 3 de marzo de 2008, publicado en www.oas.org; consultado el 2 de abril de 2012.

³⁷⁵ FERMIN, Eudis, "La Crisis Diplomática en América Latina: La incursión colombiana en el territorio ecuatoriano" en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, 2009, Vol. No.2 (jul-dic), pp.57-81.

³⁷⁶ PASTRANA, Eduardo; TRUJILLO, Liza. "La Operación Fénix de las Fuerzas Armadas Colombianas a la luz del Derecho Internacional" en *Diálogo de Saberes* No. 34, enero – Junio de 2011, Universidad Javeriana, Bogotá, pp.197-225.

definitiva la inexistencia de un sistema autónomo de solución de controversias en la OEA y la necesidad de plantear uno nuevo a partir del estudio y análisis de los elementos que en este sentido, aporta el DAG.

3.3. Un nuevo sistema de solución de controversias a la luz del DAG

Como precisó Insulza, la OEA como depositaria del DI interamericano se pone a prueba en situaciones como ésta, demostrando su capacidad para aplicar y defender las normas que ella misma ha definido para facilitar la convivencia entre sus miembros. Dicha premisa es cierta, pero en la práctica resulta falaz si se toma en cuenta que precisamente no existe cuerpo de normas coherente en esta materia, ni agentes que apliquen efectivamente lo poco que queda.

El TIAR, que para la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA ³⁷⁷ es quizás el único de los tres que contiene procedimientos que remiten de forma directa a un Órgano de Consulta que hace parte de la misma Organización³⁷⁸ (García, 1981), no ha sido aplicado desde 1982. El Pacto de Bogotá solo fue ratificado por 14 Estados, de los cuales dos ya presentaron denuncia – recientemente Colombia el 21 de noviembre de 2012 – y otros más formularon reservas que *"inciden considerablemente en la validez y eficacia de este instrumento. Las formuladas por algunos países son de tal alcance que, obviamente, dejan son*

³⁷⁷ Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente para la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Seguridad Hemisférica, *Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos*, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional – Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. CP/CSH-278/00 del 13 de marzo de 2000, disponible en la página web oficial de la Organización en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/csh/spanish/ncsdoc%20soluc%20pacif.asp>.

³⁷⁸ *"El hecho de que cualquiera de las Partes involucradas en un conflicto pueda pedir la convocación del Órgano de Consulta y que el rechazo de su acción pacificadora pueda dar motivo a las común pero impropriadamente llamadas sanciones, enumeradas en el artículo 8, han sido determinantes para que, por este Tratado y no por el Pacto de Bogotá, se trate de llegar a la solución pacífica de la controversia. El peligro que encierra esta manera de proceder... es que, para invocar el TIAR es preciso dejar que la controversia se agrave hasta que llegue a constituir una amenaza para la paz y la seguridad del Continente. En otras palabras, el TIAR sirve para apagar el incendio pero no para prevenirlo".* GARCÍA, Amador. *Sistema Interamericano a través de tratados, convenciones y otros documentos*. Compilación anotada por F.V., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Vol. I, Introducción Histórica (páginas 1 a 67) y Capítulo IX, El Sistema de Arreglo Pacífico de Controversias.

*efecto para esos países las estipulaciones más importantes del sistema de arreglo pacífico del Pacto*³⁷⁹”

La Carta de la OEA, es insuficiente y no consolida un sistema de solución de controversias autónomo, ya que lo único que hace es establecer una serie de facultades al Consejo Permanente para actuar de manera flexible en una situación controversial sin aportar un mecanismo jurídico de arreglo.

La ineficacia de los tres instrumentos y de los principales actores del sistema, revelan la necesidad de constituir e implementar un nuevo sistema de solución de controversias. El DAG se convierte en la perspectiva conceptual a partir de la cual se construye y analiza ese nuevo sistema.

Como se analizó en el segundo capítulo, el carácter administrativo de esta compilación de estudios está determinado por las decisiones que se emiten que no son de tipo judicial, ni legislativo³⁸⁰. Si en un sistema de derecho interno, el ejecutivo como suprema autoridad administrativa, ejecuta las leyes, un sistema de rasgo administrativo para el DAG, ejecuta los mandatos contenidos en tratados internacionales, en virtud de las competencias conferidas por los países suscriptores de los mismos.

Como en la OMC, en la OEA debe existir un Órgano de Solución de Diferencias – OSD- que administre las normas, procedimientos y disposiciones relativas a las consultas y normas de solución de controversias³⁸¹. En este caso el Órgano de Solución de Diferencias debe ser un órgano independiente del mismo nombrado por la Asamblea General con unas funciones predominantemente

³⁷⁹ *Ibíd.*, p.748.

³⁸⁰ *Supra.*, p. 64

³⁸¹ El artículo 2 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, establece la Administración del Sistema y estipula: “*en virtud del presente Entendimiento se establece el Órgano de solución de diferencias para administrar las presentes normas y procedimientos y las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados salvo disposición en contrario de uno de ellos. En consecuencia, el OSD estará facultado para establecer grupos especiales, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados. (...)*”

jurídicas, teniendo en cuenta la labor de aplicación directa de las normas a través incluso de test de proporcionalidad como el que se aplica en juicios de constitucionalidad.

No es conveniente que su aplicación dependa de un órgano político de la OEA, como el Consejo Permanente o la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores; o que estén vinculadas de forma directa a alguno de los gobiernos de los Estados miembro, de acuerdo con lo que se pretende hacer con la implementación de este mecanismo.

Lo que se requiere es una institucionalidad que administre en forma independiente, imparcial y eficiente los mandatos y acuerdos a los que las partes han llegado y hacerlos eficaces a través de todos los ordenamientos que conforman el sistema interamericano y no solamente de los que dependen directamente de la Secretaría General. Este aspecto se desarrollará con mayor profundidad más adelante.

Otro de los aspectos que deben caracterizar el OSD de la OEA es que debe constituirse como un órgano colegiado. Las decisiones de aplicación de normas y de sanciones no pueden depender de una persona; Si bien lo ideal no es crear una institucionalidad paralela a las que ya existen en el sistema interamericano, hay que considerar la importancia de un sistema de solución de controversias que otorgue legitimidad a las acciones de la OEA y desarrolle un sistema de derecho interamericano; por tal motivo no es prudente que la aplicación de las normas en este nivel, esté a cargo del Secretario General o de Secretario de Asuntos Jurídicos³⁸².

³⁸² La Secretaría de Asuntos Jurídicos (SAJ) desarrolla, promueve e implementa el Programa Interamericano para el Desarrollo del Derecho Internacional; asesora en materia de derecho internacional y desarrollo y codificación del derecho interamericano; apoya los mecanismos de seguimiento de algunas convenciones interamericanas; actúa como depositario y fuente de información de los tratados interamericanos y acuerdos de la OEA y sus órganos; divulga información sobre los instrumentos jurídicos de la OEA y sus programas jurídicos; y presta otros servicios relacionados con la cooperación jurídica interamericana.

La SAJ, sus dependencias y el personal asignado, están bajo la dirección general, supervisión y control del Secretario de Asuntos Jurídicos, quien responde al Secretario General, conforme al ordenamiento jurídico de la Organización y a lo dispuesto en la presente Orden Ejecutiva.

Sin embargo, para definir con exactitud que mecanismo es idóneo para actuar como OSD en la OEA, se requiere un marco normativo ordenado, subsecuente y definido para su aplicación. Este marco normativo debe estar compuesto esencialmente por dos elementos: el establecimiento de unos acuerdos y unas consecuencias por el incumplimiento de los mismos que se aplican como sanciones; y la determinación de un procedimiento administrativo ordenado y específico que evidencie un debido proceso en los términos de la accountability del DAG.

En lo que respecta al primer elemento del marco normativo necesario, mientras se realizan los ajustes pertinentes a la Carta, al TIAR y al Pacto de Bogotá; -que se han intentado modificar pero cuyos intentos han resultado infructuosos tal como se evidencia en el informe de la Secretaria de Asuntos Jurídicos³⁸³- debe hacerse un uso sistemático de las disposiciones ya existentes para determinar unos acuerdos y establecer unas sanciones.

El Sistema Interamericano³⁸⁴, entendido como un sistema de derecho que se materializa en forma de tratados, resoluciones y actuaciones de los distintos órganos que hacen parte del mismo; contempla formas propias de aplicación de las disposiciones de forma atomizada y según lo acordado por las partes que actúan de forma autónoma, en especial en relación con los órganos cuya actuación goza de tal legitimidad que se perciben como independientes de la

La SAJ está compuesta por la Oficina Ejecutiva del Secretario de Asuntos Jurídicos, por el Departamento de Derecho Internacional y el Departamento de Cooperación Jurídica.

³⁸³ Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente para la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Seguridad Hemisférica, *Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos*, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional – Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. CP/CSH-278/00 del 13 de marzo de 2000, disponible en la página web oficial de la Organización en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/csh/spanish/ncsdoc%20soluc%20pacif.asp>.

³⁸⁴ *No existe ni ha existido ninguna estructura formal que pueda llamarse sistema interamericano, solo un conjunto de instituciones con orígenes comunes y con algunas coincidencias en sus propósitos y sus acciones. El Sistema en efecto, es conceptual, no operativo*. RESTREPO José Luis, "El sistema interamericano: Perspectiva Histórica" en *El Sistema Interamericano frente al nuevo siglo*, Secretaria General, Organización de los Estados Americanos, Universidad EAFIT, Organización de los Estados Americanos, Washington 2001, p. 1.

OEA. Un ejemplo claro es la labor del Banco Interamericano de Desarrollo - BID³⁸⁵.

El BID hace parte de la OEA y ejerce funciones en materia financiera que pueden ser aplicados en el marco de una controversia que involucre estados de la región sin que necesariamente la controversia sea financiera. La imposición de medidas económicas en aplicación de las normas existentes, es una consecuencia natural derivada del incumplimiento de los mandatos del DI que se dan en el marco de la OEA y otorga carácter vinculante a las decisiones tomadas por el OSD; por ello no es descabellado su uso en la aplicación de un sistema administrativo de solución de controversias.

De igual manera hay otros acuerdos que pueden compilarse y sistematizarse de manera tal que sirvan de fundamento a la actuación del OSD y en consecuencia, sean aplicados por él; esta compilación puede ser realizada por la Secretaria de Asuntos Jurídicos y presentada por el Secretario General a la Asamblea General para que ésta la valide. Si bien es difícil poner de acuerdo a la Asamblea General para que reforme las herramientas de solución de diferencias existentes, una compilación se basa en aspectos estrictamente jurídicos ya existentes y permite organizar la información de manera tal que sea reformada en forma organizada al identificar lo aplicable y lo que no. Este es un primer paso a que la Asamblea General sea consciente de los instrumentos jurídicos que tiene y empiece a actualizarlos conforme a los retos del nuevo siglo trascendiendo del contexto de la Guerra Fría.

Un punto de partida a la aplicación de sanciones, podría ser la que de forma muy general contempla el artículo 8 del TIAR: "*Para los efectos de este*

³⁸⁵ En el plano jurídico, en 1959 el Consejo Interamericano Económico y Social creó el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) como el brazo de financiación de los objetivos de la OEA solicitado ya por varios de los Estados; en Santiago, en el mismo año se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que preservaría la importancia de los mandatos de la Carta constitutiva en materia de Derechos Humanos y que seguiría desarrollándose además en 1969 a través de la aprobación del pacto de San José de Costa Rica que adoptó la Convención americana de Derechos Humanos y creó la Corte Interamericana (Corte IDH). En: Restrepo José Luis, (2001, p.37.)

Tratado, las medidas que el Órgano de Consulta acuerde comprenderán una o más de las siguientes: el retiro de los jefes de misión; la ruptura de las relaciones diplomáticas; la ruptura de las relaciones consulares; la interrupción parcial o total de las relaciones económicas, o de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, telefónicas, radiotelefónicas o radiotelegráficas, y el empleo de la fuerza armada³⁸⁶”.

Sin embargo, un sistema de solución de controversias en términos del DAG no puede partir de la aplicación de medidas tan generales y aún cuando este puede ser un marco para la compilación que se propone, no es idóneo para aplicar medidas o sanciones; pues la ausencia de un procedimiento y medidas específicas para aplicar por parte del administrador imposibilita la presencia de la accountability y crea una zona de discrecionalidad mayor para el administrador.

En cuanto al segundo elemento del marco normativo necesario para implementar un mecanismo de solución de controversias a la luz del DAG, relacionado con el procedimiento de administración de las medidas y acuerdos existentes en la OEA y una vez compilados; es procedente tomar de forma análoga el contemplado en la OMC a través del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias y que ha sido de tanta utilidad para la consolidación de un sistema de DI comercial.

Como se estudió en el segundo capítulo de esta tesis, el procedimiento establecido en el ESD se compone de: 1. Las consultas³⁸⁷; 2. Los Buenos Oficios, la Mediación y la Conciliación³⁸⁸ 3. El establecimiento de grupos especiales³⁸⁹; 4. Adopción de los informes de los grupos especiales por parte del OSD³⁹⁰; 5. Reexamen en apelación de las recomendaciones del grupo

³⁸⁶ Artículo 8, Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.

³⁸⁷ Artículo 4 ESD

³⁸⁸ Artículo 5 ESD

³⁸⁹ Artículos 6, 7 y 8 del ESD.

³⁹⁰ Artículo 16, ESD.

especial por parte del Órgano de Apelación - OPA constituido por el OSD³⁹¹; y 6. La vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD³⁹².

Como aún no es posible determinar o mencionar con un nombre específico, quienes harían parte del sistema en la OEA, se usaran las mismas denominaciones del ESD y se establecerá de manera general el procedimiento de la OSD en los siguientes términos:

En la primera etapa, la de consultas, los Estados involucrados entran a consultas con el fin de buscar una solución acordada de la controversia, agotando en primera medida la negociación directa de las partes³⁹³. Se agota como medida previa a la adopción de cualquier otra que contemple la compilación propuesta con el fin de que las partes puedan resolver sus controversias sin que opere aún la institucionalidad de la OEA.

Estas consultas deben ser notificadas al OSD y debe partir del principio de buena fe entre las partes. Para el caso de la Operación Fénix, las consultas debieron realizarse de forma preventiva a la incursión; en las que cada una de las partes examinaría de forma comprensiva las medidas a adoptar en el territorio que afecten a la otra parte y las que lo afecten directamente; así, Colombia debió realizar el procedimiento previo a la incursión y poner en conocimiento del gobierno ecuatoriano la acción a realizarse y las consecuencias en su territorio, de manera tal que se considerara de forma conjunta la mejor solución.

Suponiendo que en efecto dicha etapa no podría agotarse de forma previa a la incursión tratándose de "una persecución en caliente" la etapa de consultas debió agotarse de forma inmediata a la incursión y en una etapa formalmente

³⁹¹ Artículos 16, 17, 18 y 19 del ESD.

³⁹² Artículo 21 ESD.

³⁹³ Artículos 4 y 5 del ESD.

abierta y cerrada, y verificada por el OSD. Al ser infructuosa, se procedería a la segunda etapa: los buenos oficios, la mediación y la conciliación.

Esta etapa puede ser paralela a las consultas y realizada por solicitud de alguna de las partes. Las posiciones adoptadas por la partes en el desarrollo de éstas, deben ser confidenciales y no serán base de prejuicio para el desarrollo de las fases posteriores. Para poder solicitar la conformación de un grupo especial – que se asimila a una comisión de investigación particular a cada caso – es requisito agotar la etapa de buenos oficios, conciliación o mediación³⁹⁴.

De no conseguirse acuerdo entre las partes, se conforma el Grupo Especial que consiste en la formación de paneles de tres y eventualmente cinco expertos en DI que se designan por acuerdo de las partes; de no llegar las partes a un acuerdo en relación con la designación del panel, el Presidente del Órgano de Solución de Controversias – OSD, podrá designarlos³⁹⁵.

Las peticiones de la conformación de grupos especiales se formulan por escrito identificando el agotamiento de las etapas previas, identificando las medidas o normas concretas en litigio y se expondrán en forma clara y precisa los fundamentos de derecho de la petición; lo que en efecto delimita la solución de la diferencia a aspectos estrictamente jurídicos, tal como se desprende de la administración de medidas ya existentes.

El grupo produce un informe sobre la disputa que se presenta posteriormente al OSD, que puede adoptarlo o rechazarlo por consenso³⁹⁶ negativo³⁹⁷, tal como ya se explicó³⁹⁸. De aplicarse este punto en la Operación Fénix, el Grupo

³⁹⁴ Artículo 5 del ESD.

³⁹⁶ “El consenso no es unanimidad, mientras la unanimidad exige la manifestación del consenso expreso del Estado miembro respecto a la decisión que ha de ser tomada, el consenso exige que ningún Estado miembro se oponga a la decisión. Es decir, existe consenso si ningún miembro expresa formalmente su objeción en la decisión”. URUEÑA, René. Derecho de las Instituciones Internacionales. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. p. 286

³⁹⁷ Existen dos tipos de consenso: el negativo y el positivo.

³⁹⁸ Artículo 12 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* de la Organización Mundial de Comercio.

Especial sería el conformado por el Consejo Permanente y el informe del mismo se adoptaría por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores por consenso, de manera tal que quien estuviese en desacuerdo con las recomendaciones del Grupo Especial, podría objetar su aplicación en el seno del OSD.

El OSD es quien recibe el informe del panel de expertos, convirtiéndolo en resolución en caso de haberse adoptado o no haberse objetado su adopción. En este contexto la pregunta que se hace a los miembros está relacionada con la oposición manifiesta a la aplicación de la medida que recomienda imponer el Grupo Especial; así, si para el caso de la Operación Fénix, la medida a aplicar fuese, por ejemplo, la de indemnizar a Ecuador por los perjuicios causados con la incursión, o la implementación de tratamiento arancelario preferente a Ecuador; la adopción de la decisión aplica inmediatamente, salvo que Colombia manifieste abiertamente su oposición a la adopción de la decisión³⁹⁹.

Si alguna de las partes no está de acuerdo con la decisión adoptada por consenso negativo, podrá acudir ante el Órgano Permanente de Apelación -OPA-, cuyos miembros son nombrados por el OSD en virtud de la competencia técnica acreditada en DI, tampoco están vinculadas a ningún gobierno.

En la apelación, el Órgano Permanente de Apelación -OPA-, puede confirmar o rechazar la resolución emitida en una primera instancia y somete de nuevo dicha solución al OSD para que adopte de forma definitiva vía consenso negativo, la solución propuesta por el OPA.

Para asegurar el cumplimiento de las medidas aplicadas por el OSD -este vigila el cumplimiento de las medidas. Frente a cualquier incumplimiento-, el OSD puede retomar la medida y agravar la sanción, de ser necesario. Por tal motivo, las medidas deben ser prospectivas y no retrospectivas, es decir, deben consistir en la aplicación de mecanismos a futuro, como en el ejemplo

³⁹⁹ Supra, p. 96

arancelario y no de resarcimiento, considerando que la ejecución a futuro, facilita el cumplimiento.

Para el fortalecimiento y consolidación del sistema, cualquier punto de desacuerdo en el incumplimiento de las normas que hacen parte del sistema interamericano de derecho, debe resolverse conforme se establezca en este sistema de solución de diferencias; así de dota de legitimidad y prevalencia el Sistema Multilateral y se otorga un carácter vinculante tan fuerte al mecanismo de solución de controversias de la OEA; que termina por consolidarse un sistema de derecho interamericano.

Así, la implementación de un sistema de solución de controversias desde el DAG permite la sistematización organizada y consecuente de las normas y procedimientos existentes en la Organización que visibilizan a la OEA como un solo cuerpo de normas.

Facilita la aplicación ordenada y fundamentada de procedimientos y medidas a través de la *accountability*, aplicando procedimientos transparentes y de rendición de cuentas claras a la ciudadanía en una correcta y eficiente gestión de la administración pública global y en este caso hemisférica.

Dota de eficacia el cuerpo normativo, pues le da anclaje jurídico con su aplicación directa por parte de sus destinatarios y permite el reconocimiento de autoridades y ordenamientos hemisféricos consolidados, lo cual sin duda alguna fortalece el sistema multilateral a mediano plazo.

Por estas razones, el DAG reviste de una significación especial para efectos de la implementación de éste sistema. La aplicación de medidas dispuestas por los mismos estados de forma administrativa, predetermina la seguridad jurídica entre las partes y recubre de legalidad procesos que normalmente se llevan a cabo por los medios eminentemente políticos o judiciales.

A la luz del DAG la controversia originada en la Operación Fénix habría sido de igual manera solucionada, pero habría ido más allá de la condena diplomática de las conductas de las partes. Habría administrado las medidas y vigilaría constantemente su cumplimiento, haciendo transparente su aplicación y ejecución ante la sociedad civil y en consecuencia obligando al cumplimiento por los Estados, de medidas que se disponen con el fin de evolucionar hacia un mundo que es capaz de solucionar sus diferencias en forma efectiva y de convivir en paz, atendiendo a la solidaridad y cooperación que debe imperar en los tiempos de la globalización.

CONCLUSIÓN

La Operación Fénix revela la inexistencia de un procedimiento de solución de controversias ordenado y fundamentado en decisiones que deban ser cumplidas por todos los miembros de la OEA. La incapacidad de una OI en resolver sus controversias no es solo grave por el contexto mismo de la controversia, sino por el debilitamiento de la institución que no es capaz de mantener la convivencia entre sus partes y por consiguiente ve obstaculizada la cooperación y gestión de los intereses mutuos y por los cuales los países conforman una Organización.

La ausencia de un mecanismo autónomo de solución de controversias en la OEA, como se estableció en el primer capítulo, ha dejado la percepción de una OI inexistente regionalmente. La apuesta de la OEA por enfatizar en los arreglos políticos y por lograr consensos en respeto de la soberanía interna de los estados, le ha impedido desarrollar mecanismos jurídicos que le otorguen un anclaje de efectividad a sus mandatos; como se observó en el primer capítulo, las herramientas de solución de controversias de la OEA se limitan a la solución inmediata y coyuntural de problemáticas geopolíticas y en ciertos momentos históricos de hizo visible como la institución trabajaba más al servicio de uno de sus miembros que de la consolidación de la Organización. Todo esto generó el crecimiento desmesurado pero poco consciente de producción de normas hoy en día carentes de sentido y aplicación⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Supra, p. 50

El TIAR y el Pacto de Bogotá, se convierten en las dos herramientas de solución de controversias en el seno de la OEA⁴⁰¹. La Carta de la OEA otorga facultades al Consejo Permanente para que apliquen los medios de arreglo pacífico de controversias ya incorporados en la Carta ONU y cita en forma textual, los principios de prohibición del uso de la fuerza de la Carta de la ONU⁴⁰² y de otros instrumentos internacionales; sin embargo, ¿esto es suficiente para señalar que existe un sistema de solución de controversias en la OEA?

La Operación Fénix demuestra que no. Analizados los argumentos que las partes usan para defender sus posiciones y el limitado actuar de la OEA, se observa la ausencia absoluta de una sistema de solución de controversias en la Organización. Como se reconoce en el informe que al respecto emitió la Subsecretaria de Asuntos Jurídicos de la Organización⁴⁰³, la existencia de los instrumentos estudiados no garantiza su eficacia e incluso no son objeto de aplicación; si en un contexto en el que las controversias se solucionan pacíficamente, lo único que se considera eficaz jurídicamente en las herramientas de arreglo de controversias en la OEA es el sistema de consultas de un tratado de asistencia recíproca en caso de agresión; evidentemente no se está en la lógica de un sistema de arreglo pacífico.

Peor aún, si se considera que el TIAR no ha sido aplicado desde 1982 y que en lo sustancial no es un mecanismo de arreglo pacífico de controversias, sino por el contrario de un tratado que dispone la reacción solidaria y defensiva de una bloque frente a la agresión a cualquiera de sus estados, su aplicación en el contexto actual, equivaldría a un retroceso.

En lo que respecta al Pacto de Bogotá, el panorama no es menos desalentador. La mala experiencia que recientemente ha vivido Colombia como consecuencia

⁴⁰¹ Supra, p. 44

⁴⁰² Artículo 25, Carta de la OEA.

⁴⁰³ Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente para la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Seguridad Hemisférica, Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos (2000).

de sus disposiciones remisorias al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y por consiguientes obligatorias para los países que se atrevieron a suscribir el instrumento; se revela una dependencia absoluta al Sistema de Naciones Unidas y una profunda incapacidad de la OEA de desarrollar mecanismos coherentes pero autónomos que le permitan ser diferenciado en términos de eficacia y legitimidad de un sistema jurídico, de otros sistemas de la misma índole.

Es por ello que resulta tan útil el análisis del DAG en esta tesis. El respeto incólume y hasta exagerado de la OEA por la soberanía interna de los países, han obstaculizado un proceso cada vez más generalizado, de formar normas y organizaciones a las que se otorgan competencias soberanas de los estados y a las que se les reconoce, en virtud de ese traslado de competencia, un carácter supranacional por encima de los intereses estatales.

Esa supranacionalidad es una consecuencia lógica de la cada vez más comprobada teoría de que los países no están solos y que están más insertos en el escenario global en una tendencia que se verá cada vez más profundizada; así requieren asociarse con más fuerza para la gestión de sus intereses, integrando además los nuevos actores del escenario internacional: los privados, los individuos y otros; nos confirman que los únicos sujetos de DI ya no son solo los estados o las organizaciones internacionales; el escenario global se expande y con ellos regulaciones que se constituyen en una gran administración global.

Si se toman todas las características enunciadas en DAG, ¿será posible afirmar que la OEA cumple con algún parámetro o elemento señalado que instrumentalice el DAG? De la reconstrucción de la Operación Fénix se desprende que no.

La acción de Colombia fue imprudente, y sin consecuencias jurídicas que trascendieran de lo diplomático. La aplicación del DAG permite la existencia de

una instancia que verifique, ejecute, administre y aplique los mandatos de un tratado e impondría sanciones a través de un procedimiento no jurisdiccional, sino de simple aplicación administrativa de un mandato que los países le han conferido a la Organización.

En todo caso, la sanción a Colombia no consistiría en el pago de perjuicios al Gobierno de Ecuador, sino en restricciones prospectivas a sus actuaciones. Claro, esto funcionaría si existiera un tratado que consagrara unas sanciones específicas o si la OEA trascendiera del plano político – diplomático y tuviese herramientas de anclaje jurídico de sus decisiones.

Sin embargo no es inviable su aplicación, si las medidas que se adoptan en OMC, pudieran aplicarse en OEA de forma análoga, aún cuando ésta por sí misma no hace posible la aplicación de sanciones; se podría hacer a través de varios de los estatutos de los que disponen las organizaciones que hacen parte de la OEA. Por ejemplo, la limitación de financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo – BID a Colombia, por un periodo determinado; o la imposibilidad de que Colombia pueda acceder a nominaciones o postulaciones en las elecciones que hace la Asamblea General o el Consejo Permanente; son alternativas de sanciones a conductas que van en contra de los tratados internacionales y los compromisos internacionales.

En lo procedimental, una instancia de consulta o de solución de controversias con las características de DAG, tiene que ser consciente de que solo está ejecutando una norma que ya ha sido dictada por los países que la crearon. Es un órgano que ejecuta y en consecuencia ejerce una forma de administración; en este sentido, la aplicación del consenso negativo es de suma utilidad en el contexto de la OEA si se observa específicamente en los siguientes términos en relación con la Operación Fénix.

Actualmente, no existe procedimiento sancionatorio ni sanciones, por lo que a Colombia no se le aplicó una sanción. Sin embargo, de haber arrojado el

informe de la Comisión creada por la OEA, que Colombia había violado soberanía territorial (como en efecto lo hizo) y hubiese sugerido una sanción en caso de no lograrse un acercamiento directo; los Estados miembro, a la hora de pronunciarse sobre la sanción, habrían votado mayoritariamente en la aplicación o no de la sanción. Lo que sin duda habría polarizado más la discusión y habría agravado la controversia, conformándose bloques de apoyo en uno u otro sentido. Hipótesis sobre la cual tiene lógica el temor de la OEA de aplicar sanciones y por ende solo limitarse a la gestión política y diplomática.

En cambio, de existir DAG como modelo de solución de controversias, expresado en la forma en la que soluciona controversias OMC en OEA; el Órgano de Solución de Diferencias investigaría a través de los grupos especiales, si se afectaron intereses de otros estados con la conducta de Colombia y por ende, se hace aplicable una sanción predeterminada en un ordenamiento jurídico ordenado.

En estos términos, el OSD impondrá una sanción y preguntará a los miembros de la OEA la objeción de alguno de estos a la sanción que pretende imponerse. Difícilmente habrá solidaridad en la oposición a la sanción con Colombia de alguno de los miembros, porque los países serían consientes de que se trata de la aplicación irrestricta del derecho que ellos mismos consagraron.

Colombia por supuesto podrá acudir al Órgano de Apelación para garantizar la accountability, lo que otorgará legitimidad al procedimiento y decisiones tomadas por la Organización y consolidaría un sistema de DI.

En un escenario ideal, la aplicación de DAG como modelo de solución de controversias, tiene absoluta pertinencia. Partir de la solución de controversias como forma de otorgar efectividad a una Organización y bajo eminentes criterios de administración, permite al largo plazo, imbuir y dotar a todo el sistema, de herramientas para la formación y consolidación de sistemas jurídicos internacionales formados en las OI que se superpongan en algunas

cosas a los ordenamientos jurídicos internos y que respondan a las demandas que el escenario global⁴⁰⁴ exige, del Derecho Internacional Contemporáneo⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ A esta característica se refieren entre otros: ARANGUREN, Marín, Margarita. "La sociedad civil global como agente decisorio en la Política Internacional" en *Revista OASIS No. 12. Teoría de las relaciones internacionales*, Universidad Externado de Colombia. 2008; JARAMILLO, Mario; DE LOMBAERDE, Philippe; CARVAJAL, Leonardo. Et al. *Integración Internacional: Enfoques económico, político y jurídico*. Serie Major, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá 1998.

⁴⁰⁵ CARDENAS Castañeda, Fabián Augusto; CADENA, Felipe; "Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico"; en *Revista Academia Colombiana de Derecho Internacional* ; ACDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131, Vol. 2, pp. 141-174, 2009; p. 141. Al respecto señalan los autores: "El surgimiento del derecho ambiental internacional ha generado importantes desafíos a los más inveterados fundamentos del derecho internacional público. De este modo, conceptos tradicionales como la soberanía de los Estados, los sujetos de derecho internacional, así como las perspectivas más tradicionales de la seguridad nacional están sufriendo grandes cambios. Las necesidades de la sociedad internacional contemporánea difieren sustancialmente de aquellas generadas en los preceptos de la sociedad westfaliana, evento que explica el surgimiento de miradas alternativas que permiten la comprensión de dinámicas vigentes en el derecho internacional (...)".

BIBLIOGRAFÍA

ABELLAN, Honrubia, Victoria. SAURA, Jaume. *Prácticas de Derecho Internacional Público* (3a. ed.), Editorial Bosch, 2008.

ABELLÁN, Victoria. BONET, Perez (Directores). *La incidencia de la Mundialización en la Formación y aplicación del derecho Internacional Público*. Editorial Bosch International. 2006.

AHUMADA, Consuelo. CANCINO, Arturo. *Comunidad Andina y Mercosur en la perspectiva del ALCA*. Centro Editorial Javeriano, Bogotá. 2003.

ÁLVAREZ, Luis Fernando, *La historia del Derecho Internacional Público*, Colección Estudios de Derecho Internacional Público No. 3, Pontificia Universidad Javeriana, 2004, Cuarta Reimpresión.

ANTHOKOLETS, Daniel, *Tratado teórico y práctico de derecho diplomático y consular*, vol., Buenos Aires, Editorial Ideas, 1948.

ARANGUREN, Marín, Margarita. "La sociedad civil global como agente decisorio en la Política Internacional" en *Revista OASIS No. 12. Teoría de las relaciones internacionales*, Universidad Externado de Colombia. 2008.

ARDILA, Martha; AMADO, Juan Andrés. "Continuidades y cambios en las relaciones de Colombia con sus países vecinos: 2008-2009, año crítico con Ecuador y Venezuela", en *Oasis*, 2009, núm.14, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, pp.55-70.

BARREIROS, Lucas; LAVOPA; PINTO, Federico, Mónica; *Las fuentes del Derecho Internacional en era de la Globalización*, Editorial Eudeba 2010.

BECERRA, Manuel, *Derecho Internacional Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de Serie A, Núm. 78, Primera edición: 1991, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. p. 39-61.

BETANCOURT, Gabriel, *Modalidades para la integración Latinoamericana*, Caracas, Universidad Simón Bolívar, 1990.

BLAZQUEZ, Peinado, María Dolores, *La ciudadanía de la Unión*, Universitat de Valencia, Valencia, España, 1998.

BOERSNER, Demetrio, *Relaciones Internacionales en América Latina – breve Historia*, Editorial Nueva Sociedad, quinta edición, Caracas, 1996.

BONELL, Castro, Fernando. "Algunos intereses económicos y geopolíticos detrás de la estrategia de Estados Unidos hacia América Latina a partir de la Guerra Fría", en *Derecho y Política Internacional: Retos para el S. XXI*. Ediciones Uninorte, Barranquilla, Colombia. 2003.

BRIERLY, J, *The Law of Nations*, 6ta edition, Oxford University Press, Oxford, 1963.

BROWLIE, I, *Principles of International Public Law*, Clarendon Press, Londres, 1995.

CAMARGO, Pedro Pablo, *Derecho internacional*, t. II, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 1974.

CÁRDENAS, Castañeda, Fabián Augusto; CADENA García, Felipe; "Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional

clásico"; en *Revista Academia Colombiana de Derecho Internacional*; ACDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131, Vol. 2, pp. 141-174, 2009.

CARDOSO, Fernando; FALETTO, Enzo, *Dependencia y desarrollo en América Latina*, Siglo XXI editores, 27ava edición, México, 1996.

CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, UNAM- Porrúa, 1996.

CARRILLO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mirielle. *Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales*. Colección Vitral del Grupo Editorial Norma Bogotá. 2004.

CEPAL, Comisión económica para América Latina, *El Regionalismo abierto en América Latina y el Caribe*; CEPAL, Santiago de Chile, 1994.

CRAFFORD, James, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Editorial Dykinson, Madrid 2004.

DELLO, Bueno, Consuelo. *Diálogo Sudamericano: Otra integración es posible*. Editorial Consejería de Proyectos. Lima, 2006.

DIAMINT, Rut; "Evolución del sistema interamericano, entre el temor y la armonía" en *Sistema Interamericano y democracia*, Arlene Tickner Compiladora, Centro de Estudios Internacionales CEI, Departamento de Ciencia Política. Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Noviembre del 2000.

DIEZ de Velazco, Manuel; *Las Organizaciones Internacionales*, Decimoquinta Edición, Editorial Tecnos, 2008.

DOGHERTY, James; PFALTZGRAFF, Robert, *Teorías en Pugna en las Relaciones Internacionales*, Grupo editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1990.

FAZIO, Hugo, *Escenarios Globales: el lugar de América Latina*, Universidad de Los Andes, CESO, IEPRI, Bogotá 2003.

FLAGG, Bemis, Samuel, *La diplomacia de los Estados Unidos de América Latina*, Fondo de la Cultura Económica, México 1943.

FRITZ, Thomas. *ALBA contra el ALCA: La alternativa Bolivariana de las Américas: Una nueva vía regional para la integración regional en Latinoamérica*. Centro de Investigación y documentación Chile – Latinoamérica, (FDCL) Berlín, Abril del 2007.

GALVEZ, Valega, Arturo (editor.) *Derecho y Política Internacional: Retos para el S. XXI*. Ediciones Uninorte, Barranquilla, Colombia. 2003.

GAVIRIA, Cesar, *La OEA 1994 -2004, una década de transformación*, OEA/OAS, Washington 2004.

GIL, Federico, *Latinoamérica y Estados Unidos*, Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Relaciones Internacionales, Madrid, 1971.

HELKIN. L, *Derecho y política exterior de las naciones*, trad. Beatriz Ventura: Buenos Aires, Grupo Editorial Latinoamericano, 1986.

HERDEGEN, Matthias; *Derecho Internacional Público*, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición: 2005, México. ISBN 970-32-2270-6.

HOBBSAWM, Eric; *Historia del siglo XX*, Crítica, Buenos Aires 1998, ISBN 987-9317-03-3.

HOFFMAN, Stanley. *Teorías contemporáneas sobre las Relaciones Internacionales*. Colección de Ciencias Sociales- Serie Relaciones Internacionales, Editorial Tecnos, Madrid, 1980.

JARAMILLO, Mario. DE LOMBAERDE, Philippe. CARVAJAL, Leonardo. Et al. *Integración Internacional: Enfoques económico, político y jurídico*. Serie Major, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá 1998.

JESSOP, Bob, *Crisis del Estado de Bienestar. Hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*, Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia, 1999.

KATZ, Claudio. *El rediseño de América Latina: ALCA; Mercosur y ALBA*. Ediciones Luxembourg. Buenos Aires 2006.

KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B.; "El Surgimiento del DAG" en "68 Law and Contemporary Problems", No. 15 Facultad de Derecho New York University (Summer/Autumn 2005).

KEOHANE, Robert, *Instituciones Internacionales y poder estatal*, Buenos Aires; GEL 1993.

LÓPEZ-BASSOLS, Hermilo, *Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos*, México, Porrúa, 2001, 466 pp.

MARISCAL, Nicolás, *Teorías políticas de la integración europea*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

MARTIN Y PEREZ de Nanclares, José, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea, Germen iusinternacionalista versus vocación federal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

MEDELLIN, Pedro, *La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2004.

MERRILLS J.G., *International Dispute Settlement*, Quinta edición, Cambridge University Press, 2011.

METZGER, S.D., *The Settlement of International Disputes by non Judicial Methods*, A J I L, núm. 48, 1954, págs. 408 - 431.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (Colombia); Academia Diplomática San Carlos, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI). *Lecciones sobre el Gran Caribe*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

MONROY, Cabra, Marco Gerardo, *Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional*, Colombia: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2009.

MONROY, Marco Gerardo, *Solución pacífica de controversias internacionales*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

MORATA, Francesc, *La Unión Europea – procesos, actores y políticas*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999, Segunda edición.

MORENO, Ismael, *La diplomacia, aspectos teóricos y prácticos de su ejercicio profesional*, Sección de obras de Política y Derecho, Fondo de la Cultura Económica, México, 2001.

MORENO, Pino, Ismael. *Orígenes y evolución del sistema interamericano*, Colección del archivo histórico diplomático mexicano, Secretaria de Relaciones Exteriores, Tlatelolco, México. 1977.

NICHOLSON, Harold, *La diplomacia*, Fondo de la Cultura Económica, México, 1948.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Secretaria General. Universidad EAFIT. *El Sistema Interamericano frente al nuevo siglo*, Organización de los Estados Americanos, Washington 2001.

PEARSON, Frederic; ROCHESTER, J. Martin. *Relaciones Internacionales – Situación Global del S. XXI*. Traducción Rodrigo Jaramillo Arango. Cuarta Edición. Mc Graw Hill interamericana S.A. 2000.

PEREZ-PRAT Durbán, Luis. *La provincia del derecho internacional*. España: Dykinson, 2005.

PINTO, Julio. *Entre la Integración y fragmentación regional: el desafío político de nuestro tiempo*. Editorial Eudeba 2010.

PONCE, Julio (Coord.); CHITI, Eduardo; GONZÁLEZ, Arancha; MARCHETTI, Bárbara; *Derecho Administrativo Global: Organización, Procedimiento, Control Judicial*; Marcial Pons, INAP, Soluciones Jurídicas y Sociales; Madrid; 2010.

RAMIREZ, León, José Luis. *La OEA y las relaciones hemisféricas*. Pre-textos, Facultad de Finanzas y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia. 1994.

RAMIREZ, Ocampo, Augusto; TIRADO; MEJÍA, Álvaro; (Et – AL) *Organización de los Estados Americanos – 60 años de aprendizaje*, Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Colombia, Bogotá, Mayo 2008.

RAMIREZ, Ocampo, Augusto, *Nueva OEA, la diplomacia de la verdad*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Bogotá 1986.

RAMIREZ, Vargas, Socorro. "Avances y retrocesos del Gran Caribe: Etapas y resultados de la asociación de Estados del Caribe", en *Derecho y Política Internacional: Retos para el S. XXI*. Ediciones Uninorte, Barranquilla, Colombia. 2003.

REYNOLDS, P.A. *Introducción al estudio de las Relaciones Internacionales*. Colección de Ciencias Sociales- Serie Relaciones Internacionales, Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

RODRIGUEZ, Manzano, Irene. *El Proceso de integración centroamericano: entre el agotamiento y la revitalización*. Universidad Complutense de Madrid. (Tesis doctoral) Publicada en www.googleacademics.com.

ROMERO, José Luis, *Situaciones e ideologías en América Latina*, Universidad de Antioquia, editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 2001.

SALCEDO, Carrillo, J. A., *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

SINGER, André, Maquiavelo y el liberalismo: la necesidad de la república. *En publicación: La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx* Atilio Boron CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. 2000. ISBN: 950-9231-47-9.

SMITH, William C. KORZENIEWICZ, Roberto Patricio. *El movimiento doble: actores insiders y outsiders en la emergencia de una sociedad civil transnacional de las Américas*. Editorial: Red Colombia Internacional. Bogotá 2009.

SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de la Cultura Económica, México, 1994.

TICKNER, Arlene, *Sistema Interamericano y democracia*, Compiladora, Centro de Estudios Internacionales CEI, Departamento de Ciencia Política. Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Noviembre del 2000.

TIRADO, Mejía, Álvaro. *Colombia en la OEA*, Banco de la República – El Áncora Editores. Bogotá, 1998.

URIBE, Vargas, Diego, *La Paz es una Tregua: Solución Pacífica de Controversias Internacionales*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Cuarta edición, 2002.

URUEÑA, René; *Derecho de las Instituciones Internacionales*, Universidad de los Andes, Bogotá – Colombia, 2008.

VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, (Madrid, Aguilar, 1963).

VIEIRA, Posada, Edgar. *La Formación de espacios regionales en la integración de América Latina*. Convenio Andrés Bello – Universidad Javeriana. Bogotá 2008.

WIONCZEK, Miguel. *Integración de la América Latina: Experiencias y Perspectivas*. Fondo de la Cultura Económica, México, 1964.

ZOMOSA, Signoret, ANDREA Christianne. *Derecho internacional y política exterior: una aproximación a la realidad*, Red Política y Cultura, México: 2006.

1. Revistas y comunicados

ALVARADO, Garaicoa, *La trascendencia de las reuniones interamericanas*, Guayaquil, 1949. Apéndice 1; Cordero Torres, 11, 117; *Política Internacional*, N° 56-57 (Julio-Octubre 1961).

ARIEL, Morgenfeld, Leandro, "Del TIAR a la OEA: Argentina, Estados Unidos y el sistema interamericano", en *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política* [en línea] 2010, vol.6 Disponible en Internet: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=63315509001>. ISSN 1870-3569.

BOCANEGRA, Sierra, Raúl; García Luengo, Javier; "Los actos administrativos transnacionales" en *Revista de administración pública* ISSN 0034-7639, N° 177, 2008, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 9

Boletín de Prensa N. 138 de 2 marzo 2008: BOLETÍN DE PRENSA DEL GOBIERNO DEL ECUADOR
<http://www.mmree.gov.ec/mre/documentos/novedades/boletines/ano2008/marzo/bol138.htm>.

CALLEJAS, Bonilla, Policarpo, "Los Medios de solución Pacífica de Controversias en el Sistema Interamericano" en *Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, 1987.

CASSESE, S, "La Costituzione europea", en *Quaderni costituzionali*, 1991.

CASTRO, Fidel, "Rafael Correa" en *Reflexiones de Fidel*, Marzo 3 de 2008, disponible en: www.cubadebate.cu; enlace:

<http://www.cubadebate.cu/reflexiones-fidel/2008/03/03/rafael-correa/>,
consultada el 2 de noviembre de 2012.

C.D. Greenwood, "The concept of war in modern international law" en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.36, 1987.

Comunicado de prensa C-064/08 "Situación Colombia-Ecuador: Insulza dice que la crisis debe ser resuelta en base a principios que rigen la convivencia", del 3 de marzo de 2008, publicado en www.oas.org; consultado el 2 de abril de 2012.

DISCURSO DEL PRESIDENTE RAFAEL CORREA EN LA CADENA DE RADIO Y TELEVISIÓN 2 de marzo 2008,
<http://www.presidencia.gov.ec/noticias.asp?noid=12881>.

Discurso embajador Camilo Ospina y videos sobre el desarrollo de la Reunión Extraordinaria del Consejo permanente de la OEA del 5 de marzo de 2008; disponibles en la página oficial de la Organización de los Estados americanos: www.oas.org, centro de noticias, discursos; en el enlace http://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=08-0022.

FERMIN, Eudis, "La Crisis Diplomática en América Latina: La incursión colombiana en el territorio ecuatoriano" en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, 2009, Vol. No.2 (jul-dic), pp.57-81.

FLACSO, Secretaria General, "Dossier – Grupo de Rio" en *Cuadernos de Integración en América Latina*, Flacso 50 años, Fundación Carolina, San José, Costa Rica, 2007.

FUERZA AÉREA COLOMBIANA, *Así fue la operación fénix*, 2 de marzo de 2008, disponible en: <https://www.fac.mil.co/index.php?idcategoria=26271>.

GARCÍA, Andelfo, "La mediación, un medio flexible y efectivo", en *Documentos Publicados 1* del Centro de Pensamiento Estratégico de la Cancillería; artículo

digital disponible en:
http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/pensamiento_estrategico/documentos_publicados/a.Mediaci%C3%B3n%20y%20Soluci%C3%B3n%20de%20Controversias%20en%20el%20Sistema%20Internacional%20-%20Abril%202012%20-%20Andelfo%20GARCIA.pdf.

GARRETÓN, Manuel Antonio, "*la OEA en busca de la legitimidad perdida*" en Diario El Clarín – Versión impresa. Domingo 23 de Marzo del 2008. Argentina.

GÓMEZ- Robledo, Alonso, *¿Es el terrorismo un delito político?, en un homenaje a Don Cesar Sepúlveda: Escritos Jurídicos*, UNAM, México, 1995.

GÓMEZ- Robledo, Alonso, *Temas selectos de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie H. Estudios de Derecho Internacional Público, Núm. 12, Cuarta edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

GUEVARA, Walter, *El TIAR a la luz del conflicto de las Malvinas*, Nueva sociedad [en línea] 1982, Nro.: 62 pp. 46 Disponible en Internet: http://www.nuso.org/upload/articulos/985_1.pdf.

JACOME, Francine. "Globalización y Gobernabilidad democrática en el Gran Caribe: aportes Preliminares". *Revista Venezolana de economía y Ciencias sociales*. Vol. 10 No. 3 año 2004. Editorial Revele. Caracas 2008.

KOLB, Robert; "Origen de la pareja terminológica ius ad bellum/ius in bello" en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Septiembre de 1997, No. 147, Comité Internacional de la Cruz Roja, Plaza y James Editores, Ginebra, Suiza.

LENAERTS, K, "The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union", en *Common Market Law Review*, 2007, pp. 1625 y ss.

LENAERTS, K, "Some Reflections on the Separation of Powers in the European Communities" en *Common Market Law Review*, 1991.

MEDINA, Héctor, "Las partes en el arbitraje CIADI", en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* No. 15, Universidad Javeriana, Julio- Diciembre de 2009.

MELLADO, Noemí. "Desafíos que plantea la Comunidad Suramericana de Naciones. Entre transformaciones y continuidades" en Revista *Aportes para la integración latinoamericana*. Año XII No. 14. Julio 2006.

MÉNDEZ, Ricardo, "Derivaciones del 11 de septiembre en el Derecho Internacional" en *Derecho y Seguridad Internacional: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, Coordinador: Ricardo Méndez Silva, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005.

MINISTERIO DE DEFENSA, Colombia, Comunicado de prensa No. 080 del 1 de marzo de 2008 (en línea), disponible en <http://web.presidencia.gov.co/comunicados/2008/marzo/80.html>, consultado el 10 de marzo de 2011.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Colombia, Comunicado de prensa de 1 de Julio de 2009, Bogotá; disponible en <http://www.cancilleria.gov.co/content/comunicado-54>, consultado el 3 de noviembre de 2010.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Colombia, *Respuesta de la Cancillería de Colombia al Gobierno de Ecuador*, Comunicado del 2 de marzo de 2008, Bogotá, disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/content/respuesta-de-la-canciller%C3%AD-de-colombia-al-gobierno-de-ecuador>, consultado el 6 de abril de 2011.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Ecuador, Comunicado No. 002, Quito, 22 de enero de 2009. "Ecuador rechaza las declaraciones del canciller colombiano", en: <http://www.mmrree.gov.ec/2009/com002.asp>, Consultado el día 22 de julio de 2009.

MONCAYO, Guillermo R, "La mediación papal en el conflicto de la zona austral" en *Consejo Argentino para las relaciones internacionales*, Serie de artículos y testimonios No. 51, Octubre de 2008.

MORGENFEL, Ariel Leandro, "Del TIAR a la OEA: Argentina, Estados Unidos y el sistema interamericano", en *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política* [en línea] 2010, vol. 6 Disponible en Internet: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=63315509001>. ISSN 1870-3569, consultado el 30 de octubre de 2012.

MUÑOZ, Herald, *Las causas del auge y la declinación del sistema interamericano de seguridad: Una perspectiva latinoamericana*. Estudios Internacionales [en línea] 1987, Año: XX, Disponible en Internet: <http://www.avancesveterinaria.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/15772/16240>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Consejo Permanente para la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Seguridad Hemisférica, *Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos*, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional – Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. CP/CSH-278/00 del 13 de marzo de 2000, disponible en la página web oficial de la Organización en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/csh/spanish/ncsdoc%20soluc%20pacif.asp>.

Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, F. V. García Amador Editor, *Sistema interamericano a*

través de tratados, convenciones y otros documentos: Asuntos jurídico-políticos, Volumen 1 de Sistema Interamericano Series, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1981.

ORIAS, Ramiro, "Bolivia – Chile: La Cuestión de la mediterraneidad: Algunas Consideraciones desde el Derecho Internacional", *Revista de las Fuerzas Armadas de la Sociedad*, Año 18, No. 1-2.

PASTRANA, Eduardo; TRUJILLO, Liza. "La Operación Fénix de las Fuerzas Armadas Colombianas a la luz del Derecho Internacional" en *Diálogo de Saberes* No. 34, enero – Junio de 2011, Universidad Javeriana, Bogotá, pp.197-225.

PÉREZ, Manuel, "Acción preventiva y legítima defensa en el derecho internacional: algunas consideraciones jurídicas" en *Derecho y Seguridad Internacional: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, Coordinador: Ricardo Méndez Silva, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005.

PÉREZ, Manuel, "Acción preventiva y legítima defensa en el derecho internacional: algunas consideraciones jurídicas" en *Derecho y Seguridad Internacional: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, Coordinador: Ricardo Méndez Silva, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005.

Periódico El tiempo (Colombia) [/www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3989622](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3989622) "Colombia y Ecuador zanjaron crisis diplomática con apretón de manos en Grupo de Río" publicación 6 de marzo del 2008, sección política. Enviado Especial: Edulfo Peña.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR, Boletín de Prensa No. 054. Quito, febrero 19 de 2009. "El canciller de la república y el alto comisionado adjunto de las Naciones Unidas visitarán la frontera norte", en:

<http://www.mmrree.gov.ec/2009/bol054.asp>, Consultado el día 22 de julio de 2009.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR, Discursos, *Cumbre de Río – República Dominicana*, disponible en: <http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/01/07-03-2008-XXCumbreGrupoDeRio.pdf>, consultado el 2 de noviembre de 2012.

Programa Aló Presidente No. 306 del 2 de marzo 2008, *Presidente Chávez ordena el cierre de embajada en Bogotá*, programa transmitido desde la Plaza Caracas, municipio Libertador, Caracas, Distrito Capital, disponible en: http://www.alopresidente.gob.ve/informacion/2/826/presidente_chuevez_orden_a.html, consultado el 3 de marzo de 2010.

RESTREPO José Luis, "El sistema interamericano: Perspectiva Histórica" en *El Sistema Interamericano frente al nuevo siglo*, Secretaria General, Organización de los Estados Americanos, Universidad EAFIT, Organización de los Estados Americanos, Washington 2001.

SANZ, Alberto, "¿Quién regula el sistema financiero internacional?" en *Sistema Financiero: Novedades y Tendencias*, Agosto – Septiembre de 2002, Núm. 801.

SCHERMERS, H.G, *International Institutional Law*, 3ra edición, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp.293 y stes.

SEGRELLES Serrano, José Antonio. "Los recientes procesos de integración regional en América del Sur: ALCA, ALBA y CSN" en *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*. Año XII No. 14 Julio 2006.

SEPULVEDA Amor, Bernardo; *Relaciones Interamericanas: Cuestiones de Política, derecho y Diplomacia*, publicado en: <http://www.un.int/mexico/bs/20.htm>. Consultada el 27 de octubre del 2010.

SERBIN, Andrés. "Globalización, integración regional y sociedad civil" en Carlos Oliva y Andrés Serbin (compilador). *América Latina, el Caribe, Cuba y el contexto global*, AUNA/CRIES, Sao Paulo 2002.

SERBIN, Andrés. "¿Entre UNASUR y ALBA; Otra integración ciudadana es posible?" en Carlos Oliva y Andrés Serbin (compilador). *América Latina, el Caribe, Cuba y el contexto global*, AUNA/CRIES, Sao Paulo 2002.

SERBIN Andrés, "América del Sur en un mundo multipolar: ¿Es la UNASUR la alternativa?" en *Revista Nueva Sociedad*, No. 219, enero – febrero del 2009.

VALENCIA, Villa, Hernando, "Perspectivas Jurídicas del Diferendo Colombo venezolano", En publicación: *Análisis Político No. 03*, IEPRI, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia: Colombia. Enero-Abril.1988. Acceso al texto completo: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/assets/own/analisis%20politico%2003.pdf>.

VALLARTA, José Luis, "la legítima defensa. ¿Es imprecisa la Carta ONU o interpretaciones amañadas la deforman? ¿Es la defensa preventiva contra el terrorismo una norma *in statu nascendi*?" En *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, artículo disponible en el enlace: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/8/pol/pol40.htm>.

[www.mexicodiplomatico.org/lecturas/doctrina monroe.pdf](http://www.mexicodiplomatico.org/lecturas/doctrina_monroe.pdf).

3. Instrumentos Internacionales

Carta ONU suscrita el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta. Tomada de la página web oficial de las Naciones Unidas, siguiendo el enlace: <http://www.un.org/es/documents/charter/intro.shtml>, consultada el 4 de abril de 2012. (Numeral 2 del artículo 1).

Convención para el Arreglo Pacífico de los conflictos internacionales, suscrito en la Haya el 18 de octubre de 1907. En <http://enlacecongreso.mirex.gov.do/ecc/Lists/Instrumentos%20Internacionales/Attachments/1711/CONVENCION%20PARA%20ARREGLO%20PACIFICO%20DE%20LOS%20CONFLICTOS%20INTERNACIONALES.pdf>.

Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. En <http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convencionviena.htm>.

Convención V de la Haya, relativo a los derechos y a los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre. 1907.

Convención XIII de la Haya, relativa a los derechos y a los deberes de las potencias neutrales en la guerra marítima. 1907.

Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, Asunto *Mavrommatis*, cfr. CPJ1, serie A, nº 2, Sentencia de 30 ag. 1924.

Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, Caso *South West África*, Sentencia del 21 de Diciembre de 1962, CPJI. Reportes 1962, pág. 319

Corte Suprema de Justicia Colombia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 29.877 Wilson Alfonso Borja Díaz, Agosto 1 de 2011.

Pacto Briand – Kellog, disponible en el siguiente enlace:
http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii-las-grandes-organizaciones-mundiales/lecturas/leccion-7/Pacto_Briand_Kellog.pdf.

Resolución 2.625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, octubre 24 de 1970.

Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, *Informe de la Comisión de la OEA que visitó Ecuador y Colombia*, documento OEA/Ser.F/II.25RC.25/doc.7/08 del 17 de marzo de 2008.

Resolución 2625 de 1970 de la Asamblea General, a través de la cual se adopta la Declaración sobre los principios de derecho internacional en las relaciones de amistad y cooperación de los Estados.

Resolución 1373 de 2001 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Resolución No. 1368 de 2001 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Resolución No. 3314 (XXIX) de 1974: de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Definición de Agresión.

Tratado Americano De Soluciones Pacíficas "Pacto De Bogotá" Suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948. En <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>

Abreviaciones

Banco Interamericano de Desarrollo	BID
Carta ONU	Carta ONU
Carta de la OEA	Carta OEA
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
Corte Internacional de Justicia	CIJ
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Corte IDH
Derecho Administrativo Global	DAG
Derecho Internacional	DI
Derecho Internacional Administrativo	DAI
Derecho Internacional Institucional	DII
Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por lo que se rige la solución de diferencias	ESD
Organizaciones Internacionales	OI
Organización de los Estados Americanos	OEA
Organización Mundial del Comercio	OMC
Organización de las Naciones Unidas	ONU
Órgano de Solución de Controversias	OSD
Órgano Permanente de Apelación	OPA
Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca	TIAR