Edición No. I

Revista de Derecho y Desarrollo REDyD del Instituto OMG

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W INSTITUTO V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C OMG B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

"Reconocimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus Sentencias Reparatorias"
Por Paola Carolina Pelletier Quiñones

"Un Análisis de Eficacia de las Medidas Anticorrupción (Caso DR-CAFTA)"
Por Moisés Valentín Jáquez Mota

"Solución en Línea de Conflicto" Por Néstor Raúl Londoño
Co-Investigadores: Isabel Cristina Salinas Alcaraz y Carlos Andrés Gómez García

FUNDACIÓN INSTITUTO OMG

La Fundación Instituto OMG (FIOMG) fue fundada en el año 2008 para promover un pensamiento independiente y la formulación de estrategias en aspectos legales relacionados con el desarrollo de las naciones.

La Fundación surge como iniciativa de un grupo de profesionales y académicos que, viendo las necesidades de fortalecimiento de la educación superior en la República Dominicana, creyeron conveniente crear una organización que se dedique a impulsar el desarrollo de la educación en general, en los ámbitos de investigación y formación, mediante el establecimiento y patrocinio de entidades que la promuevan.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W INSTITUTO V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C OMG B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

Índice General

007
Prólogo

008
Introducción

012
Autor: Paola Carolina Pelletier Quiñones
Investigación: "Reconocimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus Sentencias Reparatorias"

044
Autor: Moisés Valentín Jáquez Mota
Investigación: "Un Análisis de Eficacia de las Medidas Anticorrupción (Caso DR-CAFTA)"

081
Autor: Néstor Raúl Londoño
Co-Investigadores: Isabel Cristina Salinas Alcaraz y Carlos Andrés Gómez García
Investigación: "Solución en Línea de Conflicto"

Prólogo

Distinguidos Lectores,

Es para mí un placer poder presentarles la primera edición de la Revista de Derecho y Desarrollo (REDyD) del Instituto OMG (IOMG). Este primer número cuenta con el aporte de los trabajos premiados en la edición 2010 del Concurso de Investigación de Derecho y Desarrollo del IOMG.
La REDYD busca ser una vía de difusión de ideas innovadoras con un alto grado de calidad y rigor científico en la temática de Derecho y Desarrollo (*Law & Development*), manteniendo la misma filosofía de su centro de acogida, el Centro OMG de Derecho y Desarrollo.
La novedosa temática de *Law & Development*, se centra en analizar la relación que existe entre la institucionalidad jurídica y el crecimiento económico de los países. Se basa en años de estudio y experimentación de distinguidos sociólogos, economistas y abogados que han intentado sumar aportes al impacto del derecho formal en el desarrollo económico.

Buscando llevar la discusión en torno a esta importante temática a los países de Iberoamérica, el Centro OMG ha decidido centrar sus estudios en cómo dicha relación repercute específicamente en los países en vías de desarrollo. Este enfoque tiene como fin generar un debate que proponga soluciones prácticas a los problemas que estos países enfrentan en la construcción de instituciones jurídicas competentes y favorables a un desarrollo económico continuo.
Esta primera publicación de la Revista de Derecho y Desarrollo, ofrece tres ejemplos interesantes de cómo profesionales latinoamericanos entienden dicha relación, ofreciéndonos soluciones originales para el desarrollo desde la óptica del derecho.

Leonel Melo Guerrero
Presidente de la Fundación Instituto OMG

Introducción

La Revista de Derecho y Desarrollo (REDyD) del Instituto OMG, es la primera publicación de la República Dominicana y de Iberoamérica, enfocada en la temática de Derecho y Desarrollo (*Law & Development*). Este marco conceptual, de clara naturaleza interdisciplinario, es un dominio de múltiples facetas con una amplia gama de temas y subtemas del ámbito jurídico, económico y sociológico.

La relación entre la existencia de instituciones jurídicas eficaces, la implantación exitosa del capitalismo y un crecimiento económico sostenible ha sido abarcado desde diversas perspectivas sociológicas y económicas, sin embargo pocas veces ha sido estudiado desde una perspectiva principalmente jurídica.

Los antecedente más relevantes en la temática de derecho y desarrollo abarcan, por un lado, un análisis comparado de la historia económica de países desarrollados con otros que se encuentran en desarrollo, y por otro, estudios estadísticos que pretenden verificar el tipo de relación que existe entre diferentes modalidades de instituciones del Estado y el avance o retroceso económico de los países en las que estas se encuentran.

Estos análisis han acercado aportes sumamente significativos, entre ellos se destacan el estudio teórico efectuado por Max Weber en su obra "La ética protestante y el espíritu del capitalismo (1903)", uno de los padres de este movimiento; y del premio nobel de economía Douglass Cecil North, en sus obras "Instituciones, cambio social y desempeño económico (1993)" y "La nueva economía institucional y el desarrollo del tercer mundo (1995)".

El primero de ellos ha permitido identificar una interdependencia de la racionalidad formal del derecho moderno en la implantación del capitalismo, al ofrecer cierta calculabilidad de la acción del Estado y dificultar o excluir la arbitrariedad e inconsistencia de las decisiones por parte de los administradores del Estado y el poder político.

El segundo, ha ofrecido un marco teórico renovado, al enfocar su estudio en valorar el rol que "las instituciones jurídicas" poseen en la planificación y el crecimiento económico.

Este análisis ofrece una mayor claridad y certeza al valorar la importancia que marcos jurídicos e institutos como: el derecho de propiedad, el respeto de los contratos y la limitación jurídica del poder del Estado poseen para economías capitalistas.

Es importante destacar también el aporte de organismos internacionales, como el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que han propiciado el desarrollo de estudios que sustentan la necesidad de un Estado de derecho como prerrequisito para un desempeño económico satisfactorio.

En este sentido, en la actualidad un consenso amplio de profesionales y académicos confirma la conexión entre un marco jurídico y un sistema de justicia eficaz, gobiernos eficientes y transparentes y un desarrollo económico, político y social de un país.

El propio Adam Smith, había sostenido que "el funcionamiento del mercado en cuanto generador de bienestar colectivo, pasaba no sólo por la acción organizadora de la mano invisible, sino por la existencia de un aparato de justicia resolutor de los conflictos y a cargo del Estado".
Sin embargo, muchas han sido las cuestiones que en la actualidad este marco teórico

Un gobierno eficaz, transparente, responsable y confiable, que actúe bajo el predominio de la ley, es la base de un desarrollo sostenible, no el resultado de éste.

-Kofi Annan.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

aún tiene por resolver, y resulta necesario ahondar en bases empíricas conceptuales bien desarrolladas con una perspectiva jurídica. La propia teoría del desarrollo (entendida como crecimiento económico), ha omitido el estudio específico de la conexión del sistema jurídico, en términos de la generación de riqueza; llegando incluso a entender que "el rol de los abogados podía generar un escollo para el progreso económico" .

Siendo la visión del Instituto OMG opuesta a estos principios, el Centro OMG de Derecho y Desarrollo promueve un espacio de difusión de ideas y estudios, orientados al aporte de trabajos novedosos con una óptica jurídica relacionados y conectados con la temática de Derecho y Desarrollo.

Como resultado de este esfuerzo, se incluyen en esta primera edición de la revista, los trabajos premiados en la edición 2010-2011 del concurso anual del Instituto OMG de Derecho y Desarrollo.

Los trabajos presentados en esta oportunidad son: "Reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias reparatorias", a cargo de Paola Carolina Pelletier Quiñones, primer lugar del concurso, quien presenta un interesante análisis acerca de la importancia los derechos humanos de segunda generación, como vía de solución de los problemas económicos y sociales que afectan a America Latina, y en particular, a la República Dominicana.
A continuación se incluye el trabajo: "Un análisis de eficacia de las medidas anticorrupción (Caso DR-CAFTA)", de Moisés Valentín Jáquez Mota, segundo lugar del concurso, donde se presenta un desarrollo innovador del efecto que poseen los tratados internacionales en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de una mayor transparencia por parte de los países de la región y en particular de República Dominicana.

Por último se acerca el trabajo "Solución en línea de conflictos", a cargo del investigador principal Néstor Raúl Londoño y los co-investigadores Isabel Cristina Salinas Alcaraz y Carlos Andrés Gómez García, quienes plantean un interesante análisis acerca de como las nuevas tecnologías afectan o pueden afectar en la manera de resolución de conflictos jurídicos.

Cada uno de estos trabajos, presentan un ejemplo novedoso de situaciones en las que directa o indirectamente se puede ver la relación que existe entre el Derecho y el Desarrollo económico.

Los invitamos a seguir disfrutando de ésta y las futuras ediciones de la Revista de Derecho y Desarrollo del Instituto OMG.

Gastón Pierri Gonsebatt
Director del Centro OMG de Derecho y Desarrollo

Referencia original: Título: Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus; Max Weber ; herausgegeben und eingeleitet von Dirk Kaesler. Publicado en: Munchen: Verlag C.H. Beck, c2004.

Smith, Adam: Indagación acerca de la naturaliza y las causas de la riqueza de las naciones. Aguilar, Madrid, 1961 [en Crecimiento económico sin Estado de Derecho, pag. 9, G. Burgos. Colección de Estudios Políticos y Sociales]. U.N. Colombia 2007.

Garth Bryan e Dezalay Yves: "Patrones de investión jurídica Extranjera y de Transformación del Estado en América Latina" en Culturas jurídicas Latinas, de Europa y América en tiempos de globalización. UNAM 2004.

Reconocimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus Sentencias Reparatorias.

Por Paola Carolina Pelletier Quiñones

El capitalismo, la democracia como sistema político y sus modelos económicos aún no han resuelto los mayores dolores de cabeza de América Latina. La esperanza es constantemente desafiada cuando somos testigos del hambre, la pobreza, la desintegración familiar, la pérdida de valores culturales, las migraciones ilegales, el desempleo, la contaminación ambiental, violencia doméstica y discriminación de género, y miles de niños que viven en las calles. Se trata de constantes violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en lo adelante "DESC"] o como son también llamados "Segunda Generación de Derechos".

Entre los DESC podemos citar: 1) El Derecho al Trabajo; b) Derecho a la Libertad Sindical; c) Seguridad Social; d) Salud Física y Mental; e) Derechos del Medio Ambiente; f) Derecho a la Alimentación; g) Derecho a la Vivienda; h) Derecho a la Educación; i) Derechos Culturales; j) Derecho a la Familia; k) Derechos de la Niñez; l) Derechos de la Mujer.

En el Derecho de los Derechos Humanos uno de los debates actuales es el reconocimiento de los DESC como independientes e interdependientes de los Derechos Civiles y Políticos.

Se argumenta que los DESC, para ser efectivamente garantizados, dependen de los recursos económicos de los Estados. Al mismo tiempo, los Estados argumentan la falta de recursos económicos suficientes para satisfacer los DESC. Más aún, los escépticos no reconocen los DESC como prerrogativas de los derechos humanos.

Por lo tanto, la pregunta de debate es si los DESC son exigibles y justiciables por ante los tribunales nacionales e internacionales. La República Dominicana no es la excepción ajena a la problemática de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC por ante los tribunales locales; pensaríamos la frustración de ejecutar una Sentencia obtenida a favor ante una situación que dependa de los recursos económicos del Estado, tales como proveer vivienda, alimentación vestido y asistencia médica a la víctima reclamante.

No obstante, al igual que en las jurisdicciones nacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [*en lo adelante "CIDH" o "la Corte"*] la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC se discute. En la evolución de su jurisprudencia actual los DESC están siendo poco a poco reconocidos, pero siguen permanecido como una sombra de los Derechos Civiles y Políticos.

Hecho que comprueba la problemática no solo nacional sino también internacional sobre la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC. Cuanto la Corte ha definido los DESC en los casos contenciosos ha sido en ocasión de la violación de un Derecho Civil y Político contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica") [*en lo adelante "Convención Americana o "Convención"*].

En realidad, la Corte nunca ha declarado la violación al artículo 26 de la Convención, el cual se refiere de manera general a lo DESC. En adición, el artículo 19.6 del Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") [*en lo adelante "Protocolo de San Salvador"*] solo permite presentar demandas ante la Corte en los casos de libertad sindical y derecho a la educación, mientras que la justiciabilidad de otros DESC son excluidos.[1] Es importante resaltar, que la República Dominicana no es parte de este tratado internacional.

Se preguntará estimado lector porqué llamar la atención sobre la experiencia de un tribunal internacional, específicamente en cuanto a los DESC, cuyo reconocimiento de manera principal aún no ha sido posible. En primer lugar, porque la CIDH tiene jurisdicción sobre la República Dominicana[2] una vez reunidos los requisitos para acceder a dicha jurisdicción internacional[3], por lo que su jurisprudencia tiene un efecto persuasivo en casos potenciales contra la República Dominicana.

Igualmente, la Constitución de 2010 reconoce por primera vez una sección completa dirigida a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1 La Convención Interamericana de Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica") (Nov. 22, 1969, 1144 U.N.T.S. 123), en su artículo 26 dispone: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.)"); Ver también el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la ConvenMción Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (Inter-Am. C.H.R. 67, OEA/ser. L./V./II.82, doc. 6 rev. 1 (1992)): "En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 [Derechos Sindicales] y en el artículo 13 [Derecho a la Educación] fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

2 La Convención fue aprobada por el Congreso Nacional por Resolución No. 739, promulgada el 25 de diciembre de 1977 y publicada en la Gaceta oficial No. 9460, del 11 de febrero de 1978, y el país reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 25 de marzo de 1999.

Además de la lectura de los artículos 68, 74, numerales 1 y 2 de la Constitución sobre las Garantías de los Derechos Fundamentales y la Interpretación de la Constitución, respectivamente, se concluye que los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución dominicana no tienen carácter limitativo y los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen jerarquía Constitucional.

Además, la Suprema Corte de Justicia Dominicana desde el 2003 ha **reconocido como parte del Bloque de Constitucionalidad la jurisprudencia de la CIDH**. Criterio que es confirmado en el 2005 mediante la Sentencia que declara conforme a la Constitución la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, y en el 2010 ante el control a priori de un tratado internacional sometido por el Poder Ejecutivo luego de la recién promulgada Constitución[4]. Es decir, que la Jurisprudencia de la CIDH tiene carácter Constitucional por tratarse de Derechos Humanos.

Dada la relación de la jurisprudencia de la Corte con el derecho interno, invocar dicha jurisprudencia en los tribunales nacionales no deja de ser un argumento persuasivo adicional en apoyo de las pretensiones del reclamante o de la defensa.

Asimismo, se justifica el examen de la jurisprudencia de la CIDH en materia de DESC porque sus decisiones a partir de un caso tienen un efecto político internacional sobre los Estados a modo de reconocimiento, promoción y ejemplificación de otras situaciones que igualmente se pueden presentar en los tribunales nacionales.

La fórmula que la CIDH ha adoptado para el reconocimiento de los DESC puede ser adoptada en el ámbito nacional por ante los tribunales, e instituciones públicas nacionales, éstas últimas encargadas de ejecutar las decisiones de tribunales nacionales e internacionales.

Esta fórmula consiste en que la CIDH, a través de sus decisiones reparatorias, que no solo consisten en indemnizaciones pecuniarias, ha reconocido indirecta y progresivamente los DESC condenando a los Estados a reparaciones bajo diferentes modalidades, con una finalidad de satisfacción personal, social o colectiva. Tales como construir viviendas, escuelas, hospitales, monumentos y días conmemorativos en honor a las víctimas, proveer seguridad social, mejorar condiciones en las prisiones, constituir fideicomisos a menores, el perdón público, reconocimiento de responsabilidad internacional, entre otros. Estas modalidades de reparaciones pueden ser tomadas como modelo en los procesos por ante tribunales nacionales, no siendo únicamente las indemnizaciones pecuniarias la única forma de reparación.

De esta manera, aún cuando sostenemos que los DESC deben ser reconocidos de manera principal en la jurisprudencia de la Corte como violación al artículo 26 de la Convención, no dejamos de considerar que constituye un paso de avance reconocerlos a través de las decisiones de reparaciones ordenando a los Estados tomar medidas para satisfacer tales derechos. En efecto, la naturaleza y las modalidades de las decisiones reparatorias de la CIDH constituyen actualmente una de las mayores contribuciones al sistema Interamericano de Derechos Humanos, dejando una marcada diferencia frente a la Corte Europea de Derechos Humanos [en lo adelante "CEDH"].[5]

Ahora bien, exigimos un paso de avance mayor, dado la influencia de la CIDH en nuestro país y en la región a los fines de la plena exigibilidad y justiciabilidad de los DESC. Si los DESC han sido implícitamente reconocidos por la Corte a través de sus decisiones reparatorias, porqué nunca han sido reconocidos en cuanto al fondo de un caso contencioso como violación principal del Estado en sus más de 20 años de jurisprudencia?

El presente trabajo promueve el reconocimiento de los DESC de manera principal en los casos contenciosos ante la CIDH como violación al artículo 26 de la Convención y el desarrollo de una jurisprudencia a partir de dicho articulado. Como resultado, el litigio supranacional ante un tribunal internacional, como lo es la CIDH, garantizaría efectivamente la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC. Entonces, la jurisprudencia de la Corte, como herramienta de litigio estratégico con impacto social, contribuiría a que las víctimas al presentar casos en los tribunales nacionales, argumenten la experiencia y jurisprudencia de la CIDH respecto al reconocimiento, exigibilidad y justiciabilidad de los DESC.

Finalmente, el presente trabajo se divide en cuatro partes. En la primera (**I**) se referirá a la Independencia e Interdependencia de los DESC de los Derechos Civiles y Políticos; la segunda (**II**) se refiere a que los DESC son exigibles y justiciables ante la CIDH; la tercera parte (**III**) describe las decisiones reparatorias de la CIDH y sus diferentes modalidades; y finalmente, la última parte (**IV**) identifica cuáles DESC han sido implícitamente reconocidos en las decisiones reparatorias de la CIDH y los casos correspondientes en materia de: *Derecho al Trabajo, Seguridad Social, Educación, Salud Física y Mental, Vivienda y Alimentación, Derecho de Familia y Niñez, Propiedad, Derechos de la Mujer, Derechos Culturales, Derecho al Medioambiente*. Entonces, al final de nuestro estudio presentaremos las conclusiones correspondientes.

3 Los requisitos son los agotamientos de recursos internos o que apliquen al caso excepciones al agotamiento a los recursos internos. (Artículo 46, numerales 2 1 y de la Convención).

4 La Suprema Corte de Justicia, respecto al reconocimiento de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parte del Bloque de Constitucionalidad lo siguiente: "forman parte del derecho interno el conjunto de garantías reconocidas por la Constitución y la jurisprudencia constitucional, así como las normas supranacionales integradas por los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el país, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que se ha dado en denominar bloque de constitucionalidad" S.C.J, B. J. No. 1131, Sentencia No. 4, 9 de febrero de 2005, declaratoria conforme a la Constitución la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04 del 30 de julio de 2004, págs. 34-54; SCJ, Sentencia del 21 de julio de 2010 sobre el Control Preventivo de un Tratado Internacional: Acuerdo entre el Gobierno de la República Dominicana y el Gobierno de la República Federativa de Brasil, sobre cooperación en el ámbito de la Defensa [http://www.suprema.gov.do/novedades/2010/sentencias/control_preventivo_tratado_internacional.pdf] [Consultado Octubre 30, 2010]; ver también SCJ Resolución 1920-03 del 13 de noviembre de 2003.

5 La jurisprudencia de la CIDH consiste en Opiniones Consultivas, Sentencias (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones e Interpretación de las Sentencias), así como las Medidas Provisionales. Las decisiones reparatorias de la CIDH constituyen uno de las mayores diferencias frente a la CEDH. Las reparaciones en la CEDH consisten principalmente en indemnizaciones pecuniarias en virtud del artículo 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Mientras que la CIDH tiene una mayor amplitud de modalidades de reparaciones, no solo dicta medidas compensatorias o indemnizatorias sino también medidas de no repetición o de satisfacción mediante obligaciones de hacer o no hacer a los Estados.

2) Interdependencia e Independencia de los DESC de los Derechos Civiles y Políticos.

Tradicionalmente se considera que los Derechos Civiles y Políticos son garantizados por acciones negativas o de abstención de los Estados. Su objeto principal es el respeto a la vida e integridad física de los seres humanos. Por otro lado, los DESC son tradicionalmente considerados garantizados por los Estados mediante acciones positivas, dependiendo del monto de la inversión y condicionados a los recursos económicos disponibles.

Los DESC han sido reconocidos en convenciones internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana y otros tratados, y en convenciones especializadas en materia de DESC como el "Protocolo de San Salvador".

En realidad, tanto los Derechos Civiles y Políticos como los DESC son independientes e interdependientes. Consisten al mismo tiempo en obligaciones impuestas al Estado mediante (a) acciones positivas (obligaciones de hacer, proteger, promover, proveer, facilitar), y (b) acciones negativas (obligaciones de no hacer, omisión, abstención) 6. Es decir, que al mismo tiempo ambas generaciones de derechos requieren de los Estados acciones (acciones positivas) y omisiones (acciones negativas) para ser efectivamente garantizados[7].

La CEDH ha establecido que el Estado tiene obligaciones positivas y negativas para garantizar el derecho violentado, aun en materia de DESC[8]. El Voto Concurrente de los jueces de la CIDH Cançado Trindade y Abreu-Burelli en el caso Niños de la Calle (*Villagrán-Morales y otros.*) v. *Guatemala* afirma la relación entre ambas generaciones de derechos:

"El derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico" [....] El Derecho a la Vida pertenece "al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos"".[9]

Asimismo, el Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la Opinión Consultiva No. 18 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*[10] expresa que los DESC y los Derechos Civiles y Políticos son "mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificiosamente si quedara excluida alguna de ellas. Entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan. Tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto. [...]"

Por ejemplo, la falta de recursos económicos del individuo limitan el derecho al acceso a la justicia; si una persona no puede accesar a la justicia, o no tiene los recursos para costear asistencia legal o pagar los costos del proceso, los cuales son Derechos Civiles y Políticos, esa persona es discriminada por sus condiciones económicas y sociales.[11]

Podemos afirmar que los Derechos Civiles y Políticos pueden tener una dimensión social. Por ejemplo, el Derecho a la Propiedad no solo es garantizado a los individuos sino también a toda la comunidad. La CIDH en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*[12], reconoció el derecho a la propiedad común o colectiva a la tierra una comunidad indígena de Nicaragua. Respecto a la Libertad de Expresión y Prensa, conocido como Derecho Civil y Político, la Corte ha establecido que este derecho tiene también un carácter social dado el derecho del público a ser informado y a crearse una opinión pública dentro de una sociedad democrática.

En consecuencia, los Derechos Civiles y Políticos y los DESC tienen ambos una dimensión individual y colectiva.[13] Ellos son interdependientes pues representan al mismo tiempo esferas individuales y colectivas. [14] Los derechos individuales y los colectivos se encuentran siempre relacionados; el ser humano no puede vivir sin la colectividad y la colectividad se compone de los individuos.

Los Derechos Civiles y Políticos y los DESC son independientes por naturaleza, pero se relacionan y complementan[15], los primeros se satisfacen en los segundos y viceversa.

6 Abramovich, Víctor y Christian Courtis. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los Derechos Sociales, Year 8 No. 198, Gaceta Judicial, Jan. 1rst, 2005, p. 12

7 Cavallaro, James L. & Emily J. Schaffer. Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. 56 Hastings L.J. 217, págs. 223-224, (Dic. 2004).

8 Marchx vs. Belgium 31 Eur. Ct.H.R. (ser. A), párr. 31 (1979).

9 Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán-Morales y otros.) v. Guatemala, 1999. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 63, párrs. 2 y 4 (Nov. 19, 1999) (Cançado Trindade, A. y Abreu-Burelli Voto Concurrente Conjunto); ver también "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, 2004. Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 112, párr. 158 (Sept. 2, 2004).

10 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18, 2003. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18, párrs. 27- 28 (Sept. 17, 2003) (García Ramírez, S. Voto Razonado Concurrente).

11 Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 11, párr. 22 (Agosto 10, 1990).

12 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, 2001. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 79 (Agosto 31, 2001); La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 . Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 5, párr. 70 (Nov. 13, 1985); ver también Caso Herrera-Ulloa v. Costa Rica, 2004. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 107, párr. 116 (Julio 2, 2004).

13 Caso "Cinco Pensionistas" v. Perú, 2003. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 98, párr. 147 (Febrero 28, 2003).14 García, Lila. Analyzing Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Legal Approached and the Contributions of Case Law. 22 Am. U. Intl'l L. Rev. 65, págs. 92-93 (2006).15 Id. párr. 79..

3) Los DESC son exigibles y justiciables ante la CIDH.

El litigio supranacional es una herramienta importante para promocionar, aplicar y hacer cumplir los DESC[16] cuando en los tribunales nacionales su exigibilidad y justiciabilidad parece ser frustratorio. La CIDH constituye la jurisdicción internacional de la región en materia de Derechos Humanos donde los DESC pueden ser reclamados luego de que los recursos internos en los tribunales nacionales hayan sido agotados. El sistema Inter-Americano ha fallado en hacer justiciables los DESC en contraste con la activa defensa y garantía de los derechos Civiles y Políticos.[17]

El "Protocolo de San Salvador" expresamente reconoce que las disposiciones internacionales sobre los DESC son muy generales e imprecisas, y por este motivo es necesario que estos derechos sean afirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos. La exigibilidad y justiciabilidad de los DESC al parecer es obstruida por un gran error en el "Protocolo de San Salvador" que impide reclamarlos ante la CIDH.

El juez Sergio García Ramírez en su Voto Concurrente en el *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*[18] afirmó que el artículo 19.6 del "Protocolo de San Salvador" reduce la competencia de la CIDH. En efecto, el artículo 19. 6 del "Protocolo de San Salvador" solo permite presentar una demanda ante la CIDH en ocasión de la violación a los derechos de libertad sindical y educación. Esto significa que, la jurisdicción *ratione materiae* de la Corte es limitada por el "Protocolo de San Salvador"[19] a casos de libertad sindical y derecho a la educación, mientras que otros DESC no pudieran ser reclamados ante la Corte.[20]

A pesar del argumento de que este tratado internacional fuese creado por el consentimiento de los Estados el cual lo hace aplicable, el artículo 19.6 del "Protocolo de San Salvador" constituye una norma internacional vigente en el sistema pero carente de validez.[21] Los DESC son exigibles y justiciables aún cuando no fuesen reconocidos por normas nacionales e internacionales. Los DESC constituyen derechos fundamentales que implican obligaciones internacionales y por tanto, deben ser garantizados con carácter imperativo.

La Convención Americana describe extensivamente los Derechos Civiles y Políticos en diversos articulados, mientras que los DESC no son extensivamente enumerados o descritos como aquéllos, sino que son descritos de manera general en un único artículo, el artículo 26.[22] Por este motivo, tal y como señala el Juez Augusto Cançado Trindade, "se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes. El problema sólo puede ser enfrentado adecuadamente teniendo presente la indivisibilidad de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales)".[23]

En este sentido, la misma CIDH ha invocado de oficio el "principio de interpretación evolutiva" de la Convención Americana y tratados internacionales, toda vez que los tratados "de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos

17 Id., p. 225.

18 Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala. Sentencia de Fondo, 2004. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 105, párr 18 (Abril 29, 2004) (García Ramírez, S., Voto Concurrente Razonado).

19 Melish, Tara. Rethinking the "less as more" thesis: supranational litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the America". 39 N.Y.U. J. Intl'l L. & Pol. 171, p. 230 (2006).

20 James L. Cavallero & Emily J. Schaffer, supra nota 6, p. 227.

21 Una norma puede tener "vigencia" en el sistema legal pero en el fondo de su contenido es inválida, y queda en vigor en el sistema jurídico hasta que un tribunal declare su inconstitucionalidad con efecto general y derogue la disposición legal. Es una cuestión de "forma". Mientras que la "validez" de la norma es el "fondo" de la misma, es una cuestión de significado, coherencia y compatibilidad con otras normas producidas. Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías: La ley del más débil. Cap. 1: El Derecho como sistema de garantía, 21-22 (Editorial Trotta, S. A.d, España, 2d.ed. 2001).

y, en particular, a las condiciones de vida actuales". [24]

Precisamente, el principio de "evolución interpretativa" de la Convención Americana ha sido argumentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante "Comisión") y peticionarios en casos relacionados a los DESC.[25] La primera vez que se expuso el reconocimiento de los DESC fue en el 2003 en el caso de los Cinco Pensionistas v. Perú, pero la Corte no reconoció la violación al artículo 26 de la Convención. La misma indicó que este artículo que versa sobre los DESC debe ser aplicado no para proteger cinco víctimas sino para garantizar derechos de una colectividad de víctimas.

Posteriormente su criterio evoluciona en el caso del Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, en el cual la Comisión invocó el artículo 26 de la Convención Americana. La Corte en cambio decidió declarar la violación al Derecho a la Vida (artículo 4) y a la Integridad Física (artículo 5), argumentando que los mismos contienen los DESC.[26]

En todo caso, la Corte puede reconocer la violación al artículo 26 de la Convención Americana que versa sobre los DESC invocando el principio iura novit curia como lo ha hecho en otras ocasiones.[27] De esta forma, puede declarar la violación de los DESC por motu propio sin que las partes hayan identificado tal violación en su demanda.

El principio de "interpretación evolutiva" de la Convención Americana junto a la facultad de motu propio declarar la violación de un derecho contenido en la Convención Americana (*iura novit curia*) constituyen importantes argumentos para desarrollar decisiones de la Corte y adaptar las normas del sistema de conformidad a los nuevos tiempos. La aplicación de dichos principios al artículo 26 de la Convención Americana implica el reconocimiento de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, extendiendo este articulado a realidades no consideradas por los Estados partes de dicha Convención al momento de su firma y adopción.

22 El artículo 26 de la Convención establece: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.".

23 Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana, 2000. Inter-Am. Ct. H.R. párr. 7 (Agosto 18, 2000) (Cançado Trindade, A., Voto Concurrente).

24 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, supra nota 12; véase también El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Inter-Am. Ct. H.R (ser. A) No. 16, párrs. 111-115 (Octubre 1, 1999).

25 García, Lila, supra nota 13, párrs. 74-78. Esta autora invoca el principio de "interpretación evolutiva" de la Convención establecido en el caso Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra nota 24, párr. 114, de manera que los DESC sean reconocidos a través de las decisiones de la CIDH.

26 "Cinco Pensionistas" v. Perú, supra nota 13, párr. 225; "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, supra nota 9, párr. 149.

27 Ver el Caso Castillo-Petruzzi y otros v. Perú, 1998. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 42, párrs. 166, 179 (Sept. 4, 1998); ver también Blake v. Guatemala, 1998. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 36 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), párr. 112 (En. 24, 1998).

4) El Derecho a las Reparaciones en la CIDH.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

La obligación de los Estados de reparar los daños causados a las víctimas y asegurar que las consecuencias de la violación cesen, surge de la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una obligación internacional. [28]

Los artículos 1.2, 2 y 63.1 de la Convención Americana y el artículo 31 del Reglamento de la CIDH establecen que la obligación de los Estados es reparar los daños causados a las víctimas. Especialmente la CIDH ha establecido que el artículo 63.1 de la Convención sobre reparaciones codifica uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad internacional de los Estados. [29]

Las reparaciones pueden no ser suficientes para las víctimas pero al menos constituyen una forma de justicia para prevenir que los mismos o hechos similares puedan ocurrir de nuevo. En palabras del Juez Cançado Trindade, las decisiones reparatorias tienen un efecto disuasivo y ejemplarizante a los fines de prevenir que los mismos hechos ocurran de nuevo. [30]

Para los propósitos de las reparaciones, ¿quiénes son las víctimas? Aquellas que individual o colectivamente sufren el daño, incluyendo daños físicos o mentales, emocionales, pérdidas económicas, o un impedimento al goce de sus derechos, a través de actos u omisiones que constituyen violaciones al derecho internacional de los derechos humanos o serias violaciones al derecho internacional humanitario.

El término "víctima" incluye a sus familiares inmediatos o dependientes de la víctima, y personas que han sufrido el daño. [31]En los casos de desapariciones forzadas y muertes, los sucesores son considerados víctimas directas[32]. Pero también las reparaciones se extienden a terceras personas que dependen del sujeto de derecho cuyo derecho ha sido violentado. [33]

Luego de las reglas de procedimiento de la CIDH dictadas en el 2000, la participación de las víctimas pasó del jus standi al *locus standi in judicio.* De esta manera, las víctimas tienen una participación y rol activo en el proceso ante la Corte; las mismas pueden presentar argumentos, evidencias y solicitas reparaciones, excepto la introducción de demandas ante la Corte lo cual corresponde a la Comisión.[34]
Como resultado, el activo rol de los peticionarios y de la Comisión contribuye a la promoción de los derechos humanos en casos presentados ante la CIDH, al desarrollo de su jurisprudencia, identificando violaciones de derechos y presentando argumentos que deben ser considerados por la Corte al momento de emitir sus decisiones.

El artículo 1.2 de la Convención sugiere que el sujeto de derechos y reparaciones es el "ser humano", es decir, la víctima y sus sucesores, pero no la sociedad o el grupo. Sin embargo, en el actual estado del desarrollo de las decisiones reparatorias la Corte, las reparaciones no son dirigidas únicamente a satisfacer a las víctimas sino que también tienen un efecto a la "sociedad en su conjunto", un impacto internacional y en los Estados de la región. Es decir, que las reparaciones tienen un efecto colectivo y difuso más allá del caso individual en específico.

Este concepto de "sociedad en su conjunto" es relacionado a la democracia, participación y compromiso de los individuos en beneficio de la sociedad[35]. Además, las decisiones de la Corte son "orientadas al futuro y no necesariamente a reparar el pasado".[36]

El Juez Augusto Cançado Trindade ha indicado que las medidas de reparación tienen como finalidad preservar la memoria colectiva, para el beneficio de las víctimas (directas e indirectas) y la población del Estado en su conjunto, puesto que su propósito es reconstruir el daño social.[37]
Por ejemplo, en casos de poblaciones indígenas las decisiones reparatorias dictadas por la Corte tienen una naturaleza individual y colectiva. La Corte ha reconocido el derecho de la propiedad sobre la tierra a toda una comunidad sin identificar individualmente los miembros del grupo.[38] Es importante subrayar que en estas demandas colectivas la Corte no requirió un poder de representación de toda la comunidad al demandante o personas que lo representen.

En el caso del *Pueblo Saramaka v. Suriname* las víctimas fueron consideradas con calidad para presentar ante la CIDH la demanda de forma colectiva en representación de la comunidad sin poder de representación. La Corte reconoció su derecho al acceso a la justicia colectivamente, de conformidad con su sistema comunal, normas consuetudinarias y tradiciones:

> *El Tribunal ha sostenido, anteriormente, que en los casos contenciosos ante la Corte, la parte interesada debe nombrar individualmente a los beneficiarios de las posibles reparaciones. Sin embargo, dado el tamaño y la diversidad geográfica del pueblo Saramaka y, en especial, la naturaleza colectiva de las reparaciones que se ordenarán en el presente caso, la Corte entiende que no es necesario nombrar individualmente, en este caso, a los miembros del pueblo Saramaka a fin de reconocerlos como parte lesionada. No obstante, la Corte observa que los miembros del pueblo Saramaka son identificables de conformidad con la ley consuetudinaria Saramaka, dado que cada uno de los miembros individuales Saramaka pertenece a sólo uno de los doce lös de linaje materno en los cuales está organizada la comunidad*[39].

Cuando la Corte ha ordenado el desarrollo de programas como medida de reparación, la decisión está beneficiando a miembros de toda la comunidad, sin importar si son identificados o no en la decisión.[40] Sin embargo en los caso de la Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, Comunidad Moiwana v. Suriname, y Masacre Maripipán v. Colombia, la Corte listó e identificó cada una de las víctimas.
Además, la CIDH ha decidido (a) casos de demandas colectivas o múltiples no relacionadas a comunidades indígenas, tales como Hilaire v. Trinidad y Tobago, un grupo de peticionarios condenados a la pena de muerte; y, (b) Baena Ricardo v. Panamá y Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado - Alfaro y otros.) v. Perú, en los cuales los demandantes fueron miembros de asociaciones sindicales.[41]
En consecuencia, la tendencia de las decisiones de la CIDH es aceptar la calidad de demandantes de forma colectiva y al mismo tiempo dictar reparaciones de naturaleza colectiva.

A. Modalidades de las Reparaciones.
La reparación del daño requiere, siempre que sea posible, restaurar el estado de las cosas con anterioridad a que ocurrieran los hechos (restitutio in integrum). La naturaleza y el monto de la reparación dependen del daño material, físico y moral causado.[42] Son establecidos "de conformidad con el estado actual del desarrollo del derecho internacional".[43] Es importante aclarar que las reparaciones no suponen enriquecer a las víctimas y sus herederos.[44]
La CIDH describe las decisiones reparatorias, pero no indica los detalles o manera en que la decisión será ejecutada por el Estado. Estos detalles respecto a la ejecución de la decisión corresponden a los Estados.

Respecto a las modalidades de las reparaciones, el Proyecto de Artículos de Naciones Unidas de Responsabilidad del Estado[45] establece tres categorías de reparaciones: restitución (artículo 35), reparación de daños morales y materiales (artículo 36), y satisfacción (artículo 37). La CIDH ha establecido que las reparaciones consisten en restitutio integratum: compensación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición.[46]

Es decir, que la restitución no es la única forma de reparación. Si la restitución no es posible, la CIDH deberá determinar la compensación para el daño causado, [47] y para ello existen otros métodos de conformidad con el derecho internacional como las medidas de satisfacción y garantías de no repetición. [48]

Otro punto de vista de las reparaciones es

28 Ver el Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua-Morales y otros.) v. Guatemala, 2001. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 76, párr. 78 (Mayo 25, 2001); ver también Velásquez-Rodríguez v. Honduras, 1987. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 1, párr. 25 (Junio 26, 1987); Godínez-Cruz v. Honduras, 1987. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 3, párr. 23 (Junio 26, 1987).

29 Ver Caso Blake v. Guatemala, 1999. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 48, párr. 32-33 (Enero 22, 1999); ver también Caso Suárez-Rosero v. Ecuador, 1999. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 44, párr. 40 (Enero 20, 1999); Castillo-Páez v. Perú, 1998. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 43, párr. 50 (Nov. 27, 1998).

30 Judith Schonsteneir. Dissuasive Measures and the "Society as a Whole": A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights. 23 Am. U. Int'l L. Rev. 127, 129-130 (2007) (citando el caso Del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, 2006. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 160, párr 55 (Nov. 25, 2006) (Cançado Trindade, A., Voto Razonado); Plan de Sanchez Masacre v. Guatemala, supra nota 18, párr. 15 (Cançado Trindade, A., Voto Razonado)

31 Artículo V.8 "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones". G.A. Res. 60/147 (XVI), págs. 5-6, U.N. Doc. A/Res. 60/147 (Marzo 21, 2006).

32 Ver del Caso Trujillo-Oroza v. Bolivia, 2002. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 92, párr. 56 (Feb. 27, 2002).

33 Ver el Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua-Morales y otros.) v. Guatemala, supra nota 28, párr. 86; véase también el Caso Aloeboetoe y otros v. Suriname. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 15, párrs. 67, 71 (Sept. 10, 1993).

34 Pérez-León Acevedo, Juan Pablo. Las Reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. 23 Am. U. Int'l L. Rev. 7, 12 (2007) (citando el artículo 23.1 de las Reglas de Procedimiento de la CIDH, Anexo XXX, OAS/Ser.L/V/III.35 doc. 4 (Feb. 3, 1997)

35 Judith Schonsteiner, supra nota 30, págs. 158-159, 162.36 Id., págs. 163-164.
37 Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, 2004. Reparaciones. Inter-A. Ct. H. R. (Serie C) No. 116 párrs. 18, 25. (Nov. 19, 2004) (Cançado A. Trindade, Voto Razonado)

38 Ver Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, supra nota 12, párrs. 164, 167.

39 Caso del Pueblo Saramaka v. Suriname, 2007. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 172, párrs. 188-189 (Nov. 28, 2007).

40 Judith Schonsteiner, supra nota 30, págs. 137-138 (citando el caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, supra nota 18, párrs. 42-48); Comunidad Moiwana v. Suriname, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 124, párr 178 (Junio 15, 2005); Masacre Maripipán v. Colombia, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 134, párr. 247 (Sept. 15, 2005)

41 Hilaire, Constantine y otros v. Trinidad & Tobago, 2002. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 94 (Junio 21, 2002); Baena-Ricardo v. Panamá, 2001. Inter-Am. Ct. H.R. (ser C) No. 72 (Feb. 2, 2001); Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), No. 158 (Noviembre 24, 2006).

42 Ver Caso Blake v. Guatemala, supra nota 29, párr. 34; véase también Garrido y Baigorria v. Argentina, 1998. Reparaciones (ser. C) No. 39, párr.

43 (Agosto 27, 1998).43 Ver Caso Myrna Mack-Chang v. Guatemala, 2003. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 101, párr. 46 (Nov. 25, 2003).

44 Ver Caso Montero-Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 150, párrs. 115, 209 (Julio 5, 2006); véase también Caso Vargas-Areco v. Paraguay, 2006. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 155, párr. 142 (Sept. 26, 2006).

45 Artículo 34 del Proyecto de Artículos de Naciones Unidas de Responsabilidad del Estado. G.A. Res. 56/83 (LVI), p. 34, U. N. Doc. A/Res/54/84 (Enero 28, 2002).

46 Ver Caso Castillo Páez v. Perú, supra nota 29, párr. 48.

47 Ver Caso Montero-Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela, supra nota 44, párr. 116; véase también Caso of Vargas-Areco v. Paraguay, supra nota 44, párr. 141; Garrido y Baigorria v. Argentina, supra nota 42, párr. 41; Loayza Tamayo v. Perú, 1998. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 42, párr. 124 (Nov. 27, 1998).

48 Véase Caso Montero-Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela, supra nota 44, párr 115; véase también Caso of Vargas-Areco v. Paraguay, supra nota 44, párr. 141.

devolver a la víctima el status quo que tenía con anterioridad a los hechos (medidas de restitución, compensación y rehabilitación). En adición, las reparaciones tienen por objeto el cambio social a largo plazo, para que los mismos actos ilícitos en el futuro no vuelvan a ocurrir (medidas de satisfacción y garantías de no repetición)[49].

La doctrina clasifica las decisiones reparatorias de la Corte en diversas formas. Una de ellas que consideramos interesante es la siguiente clasificación:

1. Restitución o Restauración (Restitutio Integratum). Como fue expuesto, la restitución consiste en la reposición de la situación en el momento antes de que la violación al derecho ocurriese. El objetivo es restaurar a la víctima en la situación en que se encontraba con anterioridad a la violación de derechos humanos. Por ejemplo, la restitución de la libertad, de sus derechos políticos, la restitución de su identidad y ciudadanía, la restitución de su propiedad y el rencuentro con sus familias.[50] La restitución debe ser otorgada siempre que materialmente sea posible.
Como parte del concepto de restitución la Corte ha desarrollado en concepto de "Proyecto de Vida". Se trata de la "realización integral de la persona afectada, personal, su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas"; expectativas de la persona de acuerdo a su capacidad y circunstancias, dirigidas a la rehabilitación de la víctima a la sociedad.[51] Por ejemplo, un "Proyecto de Vida" es la reincorporación de la víctima al trabajo y proveerle de salarios que tenía con anterioridad a su despido injustificado[52] .

2. Medidas Compensatorias. Costas. Constituye la forma clásica de las reparaciones. Se trata de indemnizaciones pecuniarias proporcionales a los daños morales, materiales y físicos. Responde al lucro cesante y daño emergente, así como también los gastos incurridos.[53] El reconocimiento de intereses a favor de las víctimas es una atribución facultativa de la Corte en caso de que el Estado no cumpla con las indemnizaciones pecuniarias.[54]

En cuanto a los gastos y costas, la Corte los aprecia soberanamente en base a "equidad"[55], comprende los gastos generados por los representantes de las víctimas ante el proceso interno y ante la Corte misma[56].

3. Garantías de No Repetición. Su objetivo es evitar la repetición de actos ilícitos o hechos, evitar o prevenir que los mismos hechos ocurran de nuevo. A tales fines, el Estado debe tomar medidas adecuadas y proveer garantías.[57]

a. Medidas en el Sistema Judicial Interno. El Tribunal ordena modificaciones en las leyes nacionales, reformas en el poder judicial, y ordena al Poder Ejecutivo tomar también medidas.

i) Medidas Legislativas. Beneficiarán a la población afectada por la regulación objeto de reforma.[58] Por ejemplo, en el caso Hilaire, Constantine and Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago en el cual 31 peticionarios habían sido sujeto a la pena de muerte, la Corte ordenó reformar la ley que penaliza el asesinato con la pena de muerte.[59] En Trujillo-Oroza v. Bolivia la Corte ordenó incluir en la legislación interna el crimen de desaparición forzada.[60] En Barrios Altos v. Perú, la Corte declaró que las leyes de Amnistía contribuyen a la impunidad y por tanto fueron consideradas nulas e inválidas en el sistema jurídico de Perú.[61] Y en el caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana fue ordenado simplificar, hacer accesible y razonables las leyes sobre declaración tardía de nacimiento para adquirir la nacionalidad dominicana.[62]

ii) Poder Judicial. La Corte ordena investigar, identificar, juzgar, sancionar y condenar a los perpetradores de los hechos ilícitos. Si los

49 Ver Loayaza Tamayo v. Perú, supra nota 47, párr. 85.

50 Artículo 21 de los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", supra nota 31.

51 Ver Loayza-Tamayo v. Perú, supra nota 47, párrs. 147-148.

52 Ver Caso De la Cruz-Flores v. Perú, 2004. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 115, párr. 169 (Nov. 18, 2004); véase también el Caso del Tribunal Constitucional v. Perú, 2001. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 71, párr. 121-128 (Enero 30, 2001).

53 Ver Caso Myrna Mack-Chang v. Guatemala, supra nota 43; véase también Caso Garrido y Baigorria v. Argentina, supra nota 42, párrs. 58-65

54 Rojas, Julio José. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. 23 Am. U. Int'l L. Rev. 91 124-125 (2007); véase también Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, supra nota 18, párr. 123.

55 Lori Berenson Mejía v. Perú. 2004. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 119 párr. 242 (Nov. 25, 2004).

56 Tibi v. Ecuador, supra nota 75, párr. 268; "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, supra nota 9, párr. 328

57 Rojas, Julio José, supra nota 54, p. 120.

58 Judith Schonsteiner, supra nota 30, p. 149.

59 Hilaire, Constantiney Benjamin y otros. v. Trinidad and Tobago, supra nota 41, párrs. 212-215.

60 Caso Trujillo-Oroza v. Bolivia, supra nota 32, párr. 98.

61 Caso Barrios Altos v. Perú, 2001. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 75, párrs 41-44 (Marzo 14, 2001).

62 Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 130, párrs. 239-241 (Sep. 8, 2005).

procesos no son llevados conforme al debido proceso la Corte ha declarado dicho proceso nulo, ordenando su reapertura, y por tanto no existe violación al principio non bis in idem. Por ejemplo, en Fermín Ramírez v. Guatemala la Corte ordenó un nuevo juicio de conformidad a las reglas del debido proceso.[63]

En adición, a la luz de este tipo de medida reparatoria la Corte ha desarrollado el concepto de "Derecho a la Verdad". [64] Significa el derecho de las víctimas o de sus familiares a solicitar al Estado aclaraciones e información sobre las violaciones a derechos humanos en su perjuicio, identificar y sancionar a los autores de tales violaciones a través de la investigación, sometimiento a la justicia y sanción.[65]

iii) Poder Ejecutivo. La Corte ha emitido decisiones que deben ser ejecutadas por el Poder Ejecutivo puesto que las leyes internas otorgan a este poder del Estado facultades que le son propias. En Ivcher Broinstein v. Perú fue ordenado el restablecimiento de la nacionalidad peruana a la víctima que anteriormente le había sido otorgada por naturalización.[66] En el caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay el Estado debía de tomar medidas para mejorar las condiciones de los internos.[67]

4. Medidas de Satisfacción. [68] Consiste en reparaciones a modo simbólico a las víctimas en casos que tienen impacto en la comunidad o repercusión pública. Estas medidas no solo satisfacen la reparación individual sino también tienen un efecto en la sociedad en su conjunto. Además las medidas de satisfacción coexisten con las medidas de restitución e indemnizaciones compensatorias.[69] Entre estas medidas se encuentran las siguientes:

a. La publicación de las Sentencias de la CIDH. La Corte ha declarado que la Sentencia en sí misma constituye una forma de reparación.[70] La decisión debe ser publicada en el periódico de circulación nacional del Estado, y en algunos casos ha ordenado ser publicado en otros idiomas, como por ejemplo en los casos de poblaciones indígenas. En el caso Masacre Plan de Sanchez v. Guatemala el Estado fue condenado a publicar la decisión de la Corte no solo en Español sino también en lengua maya.[71] En adición, la Corte ha ordenado que las Sentencias sean dadas a conocer en radio y televisión.[72]

b. El reconocimiento del Estado de su responsabilidad internacional. El reconocimiento público del Estado de su responsabilidad internacional independientemente del gobierno de turno. Constituyen casos en los cuales las Sentencias hacen constar que los Estados han reconocido su responsabilidad internacional durante el proceso por motus propio ante la Corte, tal y como ha sucedido en los casos Masacre Mapiripán v. Colombia y Comunidad Moiwana v. Suriname.[73]

En todo caso, una vez que la CIDH haya determinado y establecido la responsabilidad internacional del Estado, la Corte misma ha ordenado mediante Sentencia el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado públicamente.[74] En el caso Masacres de Ituango v. Colombia fue ordenado al Estado realizar un acto de reconocimiento público internacional con la presencia de altos funcionarios públicos.[75] Y en Tibi v. Ecuador la Corte dispuso la publicación de la responsabilidad internacional del Estado en un periódico de circulación nacional en Francia.[76]

c. Pedir disculpas públicas. Una vez determinado por la Corte la responsabilidad internacional del Estado o bien éste la reconoce durante el proceso, el Estado ha sido condenado a expresar disculpas públicas a las víctimas y sus familiares.[77] En ocasiones el acto de disculpas públicas, el cual es una reparación no pecuniaria, constituye una medida que el Estado prefiere incumplir prefiriendo la condena al pago de indemnizaciones pecuniarias dado el costo político de este tipo de medidas. Esta es exactamente la situación del caso de las

63 Caso Fermín Ramírez v. Guatemala, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 126, párr. 130 (Junio 20, 2005).

64 Judith Schonsteiner, supra nota 30, págs 140-142.

65 Caso Zambrano-Vélez y otros v. Ecuador, 2007. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 166, párr. 149 (Julio 4, 2007); véase también Caso Bámaca-Velásquez v. Guatemala, 2002. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 91, párr. 75 (Feb. 22, 2002); Caso Almonacid Arellano y otros. v. Chile, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 154, párr. 148 (Sept. 26, 2006); Caso La Cantuta v. Perú, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 162, párr. 222 (Nov. 29, 2006).

66 Caso Ivcher-Bronstein v. Perú, 2001. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 74, párrs. 179-180 (Feb. 6, 2001).

67 Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, supra nota 9, párrs. 326-321.

68 Los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", supra nota 31, diferencian entre las Garantías de Satisfacción y las Garantías de No Repetición en los artículos IX. 22 y IX.23.

69 Rojas Baez, Julio, supra nota 54, p. 111 (citando el caso Actosta Calderón v. Ecuador, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 129, párrs. 163-165 (Junio 24, 2005)).

70 Ver Caso Baldeón-García v. Perú, 2006. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 14, párr. 189 (Abril 06, 2006).

71 Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, supra nota 18, párr. 102.

72 Ver Caso Penal Miguel Castro-Castro v. Perú, supra nota 30, párr. 445.

73 Masacre de Mapiripán v. Colombia, supra nota 40, párr. 314; Comunidad Moiwana v. Suriname, supra nota 40, párr. 216.

74 Ver Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, supra nota 43, párr. 27; véase también Caso de los Hermanos Gómez-Paquiyauri v. Perú, 2004. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 110, párr. 234 (Julio 8, 2004).

75 Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, 2006. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 148, párrs. 405-406 (Julio 1, 2006).

76 Caso Tibi v. Ecuador, 2004. Reparaciones (ser. C) No. 114, párr. 261 (Sept. 7, 2004).

77 Ver Goiburú y otros v. Paraguay, 2006. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 153, párr. 173 (Sept. 22, 2006); véase también Vargas-Areco v. Paraguay, supra nota 44, párr. 158.

Niñas Yean and Bosico v. República Dominicana en que el Estado aún no ha pedido disculpas públicas a las víctimas y sus familiares[78].

d. Atención médica y psicológica a las víctimas y sus familiares[79].

e. Programas de desarrollo comunitario. En los casos de poblaciones indígenas, especialmente atrocidades cometidas contra poblaciones completas, la Corte ha ordenado la construcción de casas, hospitales, escuelas, calles y otras infraestructuras.[80]

f. Educación de oficiales públicos. La Corte ha ordenado la creación de cursos de Derechos Humanos a ser impartidos a la policía, miembros de las fuerzas armadas, así como a trabajadores sociales (psiquiatras, psicólogos, oficiales de las penitenciarías).[81]

g. La creación de memoria pública en honor y recuerdo de las víctimas. Constituye una de las mejores medidas no-pecuniarias debido al interés colectivo que representan.[82] Se trata de condenaciones a título de daños inmateriales dirigidas a "la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, el consuelo" de sus familiares.[83] Tales medidas consisten en la construcción de estatuas, calles,[84] monumentos,[85] placas en lugares públicos86 y edificios, nombrándolos con el nombre de las víctimas en su honor y memoria.

Por ejemplo, en el caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador la Corte ordenó escoger un día en honor de las niñas que desaparecieron durante el conflicto armado interno en El Salvador.[87]

h. Programas en las Prisiones. Otra modalidad de reparación no pecuniaria de efecto social y colectivo dirigido a todas las personas privadas de su libertad en las prisiones. La CIDH ha ordenado a los Estados tomar todas las medidas necesarias para mejoras las condiciones en las prisiones de conformidad a los estándares internacionales, tales como acomodación, salud, alimentación, educación.[88]

i. Identificación de personas desaparecidas y sus cuerpos, y entregar sus restos a sus familiares, asumiendo el pago de los gastos funerarios.[89]

Las modalidades de reparaciones antes descritas ordenadas por la Corte en sus Sentencias constituyen la mayor contribución de este tribunal internacional de derechos humanos, que la diferencia de la misma CEDH la cual no dispone de las modalidades de reparaciones antes descritas. Dichas condenaciones reparatorias han sido dictadas con el objetivo de indemnizar a la colectividad, a la "sociedad en su conjunto", produciendo un impacto social. Más aún, los DESC, que responden a intereses colectivos, han sido reconocidos indirectamente por la Corte en sus decisiones reparatorias como a continuación se demostrará.

78 Ver caso de las Niñas Yean and Bosico v. República Dominicana, supra nota 61, párr 235.

79 De conformidad con el artículo 21 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones",, supra note 31, la atención médica y psicológica a las víctimas y sus familiares constituye una Medida de Rehabilitación.

80 Ver Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, supra nota 18, párrs. 104-117.

81 Ver Caso Huilca-Tecse v. Perú, 2005. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 121, párr. 113 (Marzo 3, 2005); véase también Tibi v. Ecuador, supra nota 75, párr. 264.

82 Roht-Arriaza, Naomi. Reparations Decisions and Dilemmas. 27 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 157* 159 (2004).

83 Bámaca-Velásquez v. Guatemala, supra nota 64, párr. 56; véase también Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la Calle) v. Guatemala, supra nota 9, párr. 84.

84 Ver Myrna Mack-Chang v. Guatemala, supra nota 44, párrs. 285-286.

85 Ver La Cantuta v. Perú, supra nota 64, párr. 236; ver también Masacre de Mapiripán v. Colombia, supra nota 40, párrs. 315, 326.

86 Ver Masacres de Ituango v. Colombia, supra nota 74, párr. 408.

87 Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, 2005. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 120, párr. 196 (Marzo 1, 2005).

88 Ver Montero-Aranguren y otros. (Retén de Catia) v. Venezuela, supra nota 44, párrs. 145-146; véase también "Instituto de Reeducación del Menore" v. Paraguay, supra nota 9, párrs. 318-321.

89 Ver Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, 2006. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 140, párrs. 270-273, 287 (Enero 31, 2006).

5) Reconocimiento Implícito de los DESC por la CIDH a través de sus Sentencias Reparatorias.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

Con la finalidad de demostrar que los DESC son exigibles y justiciables identificaremos las decisiones reparatorias en los cuales la CIDH indirectamente ha reconocido tales derechos de segunda generación.

Derecho al Trabajo y a la Seguridad Social:
La Comisión ha expresado que el derecho de los trabajadores se encuentra garantizado en el artículo 26 de la Convención como un DESC. [90] Mientras que es a través de las decisiones reparatorias que la Corte ha reconocido el Derecho al Trabajo a favor de las víctimas, incluyendo en beneficio de familiares de las víctimas asesinadas. En este sentido, la Corte ha ordenado a los Estados el pago de daños compensatorios tomando en consideración los años de expectativa de vida de la víctima, la inflación y el salario del trabajo o labor que realizaba. [91]

Baena Ricardo y otros v. Panamá fue el primer caso presentado a la CIDH sobre este tema. Se trataba de 270 trabajadores y líderes sindicales afiliados a sindicatos del sector público quienes fueron injustamente despedidos. La Corte no declaró en ese caso la violación al artículo 26 de la Convención Americana como tampoco la violación al "Protocolo de San Salvador". Sin embargo, la Corte declaró la violación de la Convención Americana en cuanto al Derecho de Reunión (art. 15) y Asociación (art. 16). Por lo tanto, la Corte ordenó al Estado pagar en favor de los 270 trabajadores los salarios no pagados, reestablecerlos en sus trabajos, proveerles otras alternativas de empleo, así como el reconocimiento de otros derechos laborales de conformidad con el derecho interno. [92]

Lo mismo fue decidido en Cantoral-Huamaní y García Santa Cruz v. Perú, otro caso de sindicatos en el cual la Corte también declaró la violación al artículo 16 sobre la Libertad de Asociación.93 En Acevedo-Jaramillo y otros v. Perú un grupo de trabajadores fueron ilegalmente despedidos por el ayuntamiento para el cual laboraban. La Corte ordenó el restablecimiento a sus labores o en posiciones similares; y en caso de que esto no fuera posible, entonces el Estado debía de pagar compensaciones, pensiones y proveerles acceso a la seguridad social.[94]
En Loyaza Tamayo v. Perú, la Corte decidió que el Estado debe proveer a las víctimas salarios, derechos laborales y seguridad social calculados desde el momento de su detención por las autoridades gubernamentales hasta que la víctima estuviera en condiciones de incorporarse a sus labores de nuevo.[95] En el caso "Cinco Pensionistas" v. Perú el cual versa sobre los derechos de Seguridad Social de empleados, la Corte no consideró la violación al artículo 26 de la Convención Americana a pesar de que la Comisión había presentado tal argumento.

En De la Cruz Flores v. Perú la CIDH ordenó al Estado tomar medidas para que la víctima pudiera continuar su trabajo como médico en las instituciones públicas del Estado.[96] En Cesti Hurtado v. Perú, el Estado fue condenado por las pérdidas patrimoniales de la víctima quien estuvo impedido de continuar laborando debido a su detención y prisión ilegal por parte de las autoridades del Perú.[97]

Igualmente, en el caso del Tribunal Constitucional v. Perú la Corte dispuso la reincorporación de los jueces quienes fueron ilegalmente destituidos por el ex Presidente Fujimori, y el pago de los salarios caídos, así como otros derechos laborales de conformidad con el derecho interno.[98] En el caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela la Corte ordenó al Estado la reincorporación de los jueces a sus puestos anteriores en el Poder Judicial, pagándoles los salarios y derechos a la seguridad social debidos por causa de su destitución ilegítima.[99]

En el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros.) v. Perú, en el cual 257 trabajadores fueron ilegalmente despedidos del Congreso, la Comisión argumentó la violación al artículo 26 de la Convención. La Corte rechazó tal argumento señalando que el caso se trata de violaciones a las garantías judiciales. En este asunto, el Juez Augusto Cançado Trindade expresó en su voto razonado lo siguiente:
En cuanto al insatisfactorio párrafo 136 de

90 Ver Garcia Fajardo v. Nicaragua, Caso 11.281, Inter-Am. C.H.R., Report No. 100/01, OEA/Ser.L/V/II.114, doc. 5 rev. P. 95 (2002).

91 Ver Velásquez Rodríguez v. Honduras, supra nota 28, párr. 46; véase también Godínez Cruz vs. Honduras, supra nota 29, párr. 44; Aloeboetoe y otros v. Suriname, supra nota 33, párrs. 88-89.

92 Baena Ricardo y otros v. Panamá, supra nota 42, dispositivos de la Sentencia Nos. 6 y 7.

93 Cantoral-Huamaní y García Santa Cruz v. Perú, 2007. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 167, párrs. 141, 149 (Julio 10, 2007).

94 Acevedo-Jaramillo y otros v. Perú, 2006. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 144, párrs, 300-328 (Feb.07, 2006).

95 Loayza-Tamayo v. Perú, supra nota 47, párrs. 113-128

96 De la Cruz-Flores v. Perú, supra nota 52, párr. 161.

97 Cesti-Hurtado v. Perú. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 78, párr. 190.e (Mayo 31, 2001)

98 Tribunal Constitucional v. Perú, supra nota 52, párrs. 120- 121.

99 Apitz-Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela, 2008 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 182, párr. 246 (Ag. 5, 2008)

la presente Sentencia, que se equipara a la insatisfactoria redacción dada al artículo 26 de la Convención Americana (producto de su tiempo), me limito (por absoluta falta de tiempo, dada la "metodología" acelerada de trabajo adoptada últimamente por la Corte, con mi objeción), a tan sólo reiterar mi entendimiento, expresado en numerosos escritos a lo largo de los años, en el sentido de que todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables, una vez que la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos se afirman en los planos no sólo doctrinal sino también operativo, - o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos.[100]

En el caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") v. Perú fue solicitada la violación al artículo 26 de la Convención Americana por no haber pagado el Estado derechos de pensión a trabajadores. No obstante la Corte afirmar su competencia para conocer la violación al artículo 26 de la Convención Americana, indica que las violaciones identificadas son la del derecho de propiedad (art. 21) y de protección judicial (art. 25) argumentando lo siguiente:

"el compromiso exigido al Estado por el artículo 26 de la Convención consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas – en la medida de los recursos disponibles, sea por vía legislativa u otros medios apropiados – para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales [...] Por lo tanto, teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis no es alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales"[101]

El criterio para determinar la violación al artículo 26 de la Convención Americana no queda del todo claro en este caso. Al respecto consideramos que la acción u omisión del Estado que genera su responsabilidad, sea proveniente del poder judicial o de las instituciones públicas, tiene por objeto la violación a un DESC, que en el presente caso es el pago de una pensión del trabajador.

Por otro lado, un tema que la Corte deberá enfrentar en el futuro en los casos contenciosos son las condiciones ilegales de trabajadores debido a su estatus migratorio. Finalmente, a pesar de que el artículo 19.6 del "Protocolo de San Salvador" solo permite presentar demandas ante la CIDH en los casos de Libertad Sindical (no Derecho al Trabajo de la persona) y Derecho a la Educación, excluyendo otros DESC, llama la atención que la violación a tal articulado nunca ha sido reconocido en un caso contencioso presentado ante este tribunal internacional.

B. Derecho a la Educación:
Las medidas reparatorias respecto al Derecho a la Educación son muy originales y tienen objetivos diferentes. La Corte ha ordenado la construcción escuelas identificándolas con el nombre de las víctimas, así como también ha ordenado la reapertura de centros educativos. Tales medidas han sido dispuestas en Aloeboetoe v. Suriname; "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros.) v. Guatemala; Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú; Trujillo Oroza v. Bolivia; Barrios Altos v. Perú. [102]
Otras medidas dictadas por la Corte es la condena a los Estados de otorgar becas de estudios a las víctimas, incluso de estudios universitarios, proveer los materiales de estudio y uniformes. Esto ha sido juzgado en los casos Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú y Cantoral Benavides v. Perú.[103] En Myrna Mack-Chang v. Guatemala la Corte ordenó la creación de un programa de becas que lleve el nombre de las víctimas.[104]

En Molina Theissen v. Guatemala, la Corte estableció que "el Estado deberá designar un centro educativo existente, ubicado en la

100 Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros.) v. Perú, supra nota 41 (Cançado Trindade, A. Voto Razonado).

101Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") v. Perú, 2009. Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) No. 198, párrs. 99-106. (Julio 1, 2009).

102 Aloeboetoe y otros v. Suriname, supra nota 33, párr. 96; "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros.) v. Guatemala, supra nota 9 at 103; Hermanos Gómez-Paquiyauri v.Perú, supra nota 73, párr. 236; Trujillo-Oroza v. Bolivia, supra nota 32, párr. 122; Barrios Altos v. Perú, supra nota 60, párrs. 43-45.

103 Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, supra nota 73, párr. 236; Cantoral-Benavides v. Perú, supra nota 92, párr. 80.

104 Myrna Mack-Chang v. Guatemala, supra nota 43, párr. 285.

Ciudad de Guatemala, con un nombre que aluda a los niños desaparecidos durante el conflicto armado interno, y colocar en dicho centro una placa en tributo de Marco Antonio Molina Theissen".[105]

En casos de poblaciones indígenas, tales como Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, la Corte ha ordenado al Estado a desarrollar programas educativos en educación primaria y secundaria, contando con la suficiente infraestructura y con profesores bilingües en español y la lengua maya[106] En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, la Corte indicó que la educación destinada a la comunidad indígena debe respetar los valores de la comunidad y de Paraguay, la cual debe ser bilingüe, en español y en lengua guaraní.[107] Igualmente, en casos de prisiones, donde los programas educativos de menores son inadecuados e insuficientes, la Corte ha ordenado a los Estados la inversión de recursos económicos dirigidos a crear programas educativos y de recreación en las prisiones. Tales medidas han sido ordenadas en los casos Lori Berenson-Mejía v. Perú; "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay; y Montero Aranguren y otros. (Retén de Catia) v. Venezuela.[108]

En adición, la Corte ha ordenado la creación de cursos para la educación en Derechos Humanos. En Huilca-Tecse v. Perú ordenó la creación de un curso en Derechos Humanos en una universidad local.[109] También ha ordenado la implementación de programas educacionales y de entrenamiento en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario a las Fuerzas Armadas, la Policía, Fiscales y Jueces en los casos Myrna Mack Chang v. Guatemala; Blanco Romero y otros v. Venezuela; Zambrano Vélez y otros v. Ecuador; Goiburú y otros v. Paraguay; y La Cantuta v. Perú. [110]

Los hechos del caso de las Niñas Yean and Bosico v. República Dominicana estuvieron directamente relacionados con la violación al Derecho a la Educación. El acceso a la educación fue negado a las niñas cuando la escuela local les exigía las actas de nacimiento para su inscripción, cuando al mismo tiempo la expedición de dichas actas de nacimiento por las autoridades dominicanas estuvo en discusión dado el origen haitiano de las menores y estatus de ilegalidad en el país. Sin embargo, en este caso la CIDH no consideró la violación al Derecho a la Educación contenida en artículo 26 de la Convención Americana como un DESC; la Corte permaneció "silente respecto a las reformas a las normas de registro en las escuelas públicas y no hubo sanción contra los directores de la escuela".[111]
Finalmente, si el artículo 19.6 del "Protocolo de San Salvador" precisamente permite presentar demandas ante la CIDH solo en materia de Derecho a la Libertad Sindical y el Derecho a la Educación, nos preguntamos porqué el Derecho a la Educación no ha sido reconocido de manera principal en los casos contenciosos de la Corte.

C. Derecho a la Salud Física y Mental. Derechos de Vivienda y Alimentación:
El Derecho a la Salud ha sido reconocido en ocasión a la violación al derecho a la vida y la integridad física.[112] La Corte, como medida no-pecuniaria, ha ordenado a los Estados la obligación de proveer sin costo alguno, a través de instituciones de salud especializadas, tratamientos médicos, psicológicos y medicinas a las víctimas y sus familiares.[113]

Una de las situaciones más urgentes en América Latina son las condiciones de las prisiones. La carencia de agua, alimentos, electricidad y espacio en las celdas; la superpoblación; la mezcla de internos menores y adultos, de hombres y mujeres; vestimenta inadecuada; enfermedades; infraestructura deficiente; drogas; y riñas.

El caso *Albán Cornejo y otros v. Ecuador* versa sobre mala práctica médica en el cual la Corte ordenó al Estado desarrollar "un

105 Molina-Theissen v. Guatemala, 2004. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 108, párrs. 88, 98 (Julio 3, 2004).

106 Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, supra nota 18, párrs 110, 190.

107 Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146, párr. 230 (Marzo 29, 2006)

108 Lori Berenson Mejía v. Perú, 2004, supra nota 56, párr. 238; "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, supra nota 9, párrs. 161, 172; Montero-Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela, supra nota 44, párrs. 145-146.

109 Huilca-Tecse v. Perú, supra nota 80, párrs. 113-114.

110 Myrna Mack-Chang v. Guatemala, supra nota 43, párr. 282; Blanco-Romero y otros v. Venezuela, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 138, párr.106, 116 (Nov. 28, 2005); Zambrano-Vélez y otros v. Ecuador, supra nota 64, párrs. 155-158; Goiburú y otros v. Paraguay, supra nota 76, párr. 178; La Cantuta v. Perú, supra nota 64, párrs. 240-242.

111 Melish, Tara, supra nota 19, párrs. 323-324.

112 Ver el caso Raxcacó Reyes v. Guatemala, 2005.Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 133, pág. 37, 43.22, 43.23 (Sept.15, 2005)

113 Ver el Caso de los 19 Comerciantes v. Colombia, 2004. Inter-Am. Ct. H.R.. (ser. C) No. 109, párrs. 277-278 (Julio 5, 2004); Caso Escué-Zapata. v. Colombia, 2008. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 165, párr. 172 (May 5, 2008); Caso Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, supra nota 86, párrs. 197-200; Lori Berenson Mejía vs. Perú, supra nota 56; Durand y Ugarte v. Perú, 2001. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 89, párr. 36 (Dic. 3, 2001).

programa para la formación y capacitación a los operadores de justicia y profesionales de la salud sobre la normativa que el Ecuador ha implementado relativa a los derechos de los pacientes, y acerca de la sanción por su incumplimiento".[114] In este caso, el Magistrado Sergio García Ramírez expresó lo siguiente: "La protección de la salud no constituye, por ahora, un derecho inmediatamente justiciable, al amparo del Protocolo de San Salvador. Empero, es posible –y debido-- examinar el tema, como lo ha hecho la Corte en el presente caso, desde la perspectiva de la preservación de los derechos a la vida y a la integridad".[115] Es decir, que el Derecho a la Salud aun no ha sido individualizado del Derecho a la Vida y la Integridad Física, permaneciendo como una sombra de éstos.

La Corte también ha dispuesto la construcción de infraestructura, la provisión de acomodamientos con estándares mínimos, adecuada alimentación, mejoramiento de las condiciones sanitarias, salud e higiene en diversos casos. Esto ha sido ordenado en *Tibi vs. Ecuador, Lori Berenson Mejía vs. Perú, "Instituto de Reeducación Juvenil" v. Paraguay; Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela.* [116]

En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, el Estado, argumentando que es un país subdesarrollado, admitió una responsabilidad parcial internacional por la violación al artículo 26 de la Convención, puesto que las autoridades no habían tomado las medidas necesarias para proveer a la población indígena de alimentos, asistencia social de salud y otros derechos[117].

No obstante el Estado haber reconocido la violación al artículo 26 de la Convención Americana, la Corte no falló este caso reconociendo la violación a dicho articulado, sino que declaró la violación al Derecho a la Vida y la Integridad Física (arts. 4 y 5 de la Convención Americana, respectivamente). Sin embargo, en las disposiciones reparatorias de este caso la Corte dispuso la provisión a la comunidad de suficiente agua para consumo e higiene personal; garantizar el Derecho a la Salud, disponiendo de cuidado médico y medicinas, especialmente a los niños, personas mayores de edad y mujeres embarazadas. Ordenó también proveer alimentos; proveer letrinas y cualquier otro tipo de sanitarios apropiados; así como la creación de programas y un fondo de desarrollo para la comunidad implementados en las tierras una vez devueltas a la comunidad.[118]

La misma medida fue dictada en Masacre *Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Debido a la destrucción de la comunidad durante el conflicto armado interno la CIDH ordenó en favor de las víctimas y la comunidad el establecimiento de programas de desarrollo, tales como infraestructura para centros de salud, la construcción de carreteras y caminos, acueducto y sistemas de provisión de agua potable.[119]

En las Masacres de *Ituango v. Colombia* la Corte ordenó al Estado la implementación de programas de vivienda, especialmente proveer viviendas apropiadas a las víctimas sobrevivientes que perdieron sus hogares.[120] En adición, en *Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicargua* la CIDH dispuso la ejecución de programas y servicios colectivos y sociales beneficio de la comunidad. [121]

Uno de los casos más emblemáticos es el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay* [122] en que dicha comunidad indígena reclama sus derechos sobre su tierra ancestral. La Corte identifica las violaciones del derecho a la salud, alimentación, acceso de agua potable y educación de la comunidad indígena, no como una violación al artículo 26 de la Convención Americana, sino como parte de la violación al Derecho a la Vida Digna (art. 4). Y a tales fines ordena en su decisión reparatoria la apertura de un fondo comunitario para mejorar tales necesidades.
Finalmente, hemos expuesto el carácter

116 Tibi v. Ecuador, supra nota 75, párrs. 263-264; Lori Berenson Mejía v. Perú, supra nota 56, párr. 241; "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, supra nota 9, párrs. 134, 161, 168, 172, 173; Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela, supra nota 44, párrs. 145-146.; ver también López-Álvarez v. Honduras, 2006. Inter-Am. Ct. H.R.. (ser. C) No. 141, párrs. 209-210 (Feb. 01, 2006).

117 Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, 2005. Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 125 (Junio 17, 2005)

118 Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, supra nota 105, parr. 206.

119 Masacre Plan de Sánchez. Guatemala, supra nota 18, párr. 110.

120 Masacres de Ituango v. Colombia, supra nota 74, párr. 407.

121 Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, supra nota 12, párr. 167.

122 Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 21párrs. 194-217 (Ag. 24, 2010)

colectivo de los daños e indemnizaciones a las víctimas en relación al reconocimiento indirecto por la Corte de los Derechos de Alimentación, Salud y Vivienda, condenando a los Estados a la implementación de programas de desarrollo en beneficio de las comunidades afectadas.

D. Derecho a la Familia y Derechos del Niño:
La CIDH, haciendo referencia a la Opinión Consultiva No. 17 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, estableció que la Familia es el componente natural y fundamental de la sociedad, el cual debe ser objeto de protección por la sociedad y el Estado, que el derecho a la protección a la familia adquiere mayor relevancia cuando el niño es separado de su familia.[123]

Cada vez que la CIDH ordena reparaciones a favor de los familiares de las víctimas por daños materiales y morales sufridos, está reconociendo el Derecho a la Familia. Realmente la Convención dispone del artículo 17 que regula expresamente los Derechos a la Familia, y la Corte se ha pronunciado al respecto de manera principal en los casos contenciosos, al mismo tiempo que reconoce tal derecho en sus medidas de reparaciones.

En el caso 19 *Comerciantes v. Colombia* la CIDH ha ordenado al Estado el reencuentro de los miembros de las familias que estuvieron en el exilio, de manera que facilitara su regreso a Colombia, debiendo el Estado asumir los gastos correspondientes.[124]

Respecto al los Derechos del Niño, al igual que el Derecho a la Familia, la Convención Americana dedica expresamente un articulado a los Derechos del Niño, el artículo 19. Sobre este derecho también la Corte se ha pronunciado de manera principal en casos contenciosos, al mismo tiempo que lo ha reconocido en las decisiones reparatorias.

Uno de los casos más emblemáticos en el cual la CIDH ha declarado la violación al artículo 19 de la Convención es el *"Caso de los Niños de la Calle"* (Villagrán-Morales y otros.) v. Guatemala, en el cual los niños que vivían en las calles fueron asesinados y torturados por agentes policiales del Estado.[125] Otros casos en los cuales ha sido declarado la violación del artículo 19 de la Convención Americana son los *Hermanos Gómez-Paquiyauri v. Perú, Bulacio v. Argentina, Carpio-Nicolle y otros v. Guatemala.*[126]

El caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala se trata del asesinato de 251 habitantes en un poblado por las fuerzas armadas durante el conflicto armado interno de ese país. La Corte identificó la violación al artículo 19 de la Convención Americana dada la práctica sistemática de violaciones a niños y niñas, de secuestros, cambios de nombre e identidad, detenciones ilegales y desapariciones de menores perpetrados por agentes de las fuerzas armadas durante el conflicto. A tales fines, unas de las medidas reparatorias originales ordenadas al Estado fue la creación de una página web para la identificación de menores desaparecidos e intercambio de información de su paradero.[127]

En Servellón-García y otros v. Honduras la policía asesinó a varios menores y el Estado fue condenado a diseñar "una campaña con la finalidad de sensibilizar a la sociedad hondureña respecto de la importancia de la protección a los niños y jóvenes, informarla sobre los deberes específicos para su protección que corresponden a la familia, a la sociedad y al Estado y hacer ver a la población que los niños y jóvenes en situación de riesgo social no están identificados con la delincuencia".[128]

En "*Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay* la Corte ordenó implementar "estrategias, acciones apropiadas y la asignación de los recursos que resulten indispensables para que los niños privados de libertad se encuentren separados de los adultos; para que los niños procesados estén separados de los condenados; así como para la creación de programas de educación, médicos y psicológicos integrales para todos los niños privados de libertad".[129]

123 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 2002. Opinión Consultiva OC-17/02. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 17, párr. 71 (Ag. 28, 2002).

124 19 Comerciantes v. Colombia, supra nota 113, párr. 279; ver también Molina Theissen v. Guatemala, supra notea 104, párr. 204.

125 "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros.) v. Guatemala, supra nota 9.

126 Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, supra nota 73; Bulacio v. Argentina, 2003. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C).No. 100 (Sept. 18, 2003); Carpio Nicolle y otros v. Guatemala, 2004. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 117 (Nov. 22, 2004).

127 Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, 2009. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 211 (Nov. 24, 2009)

128 Servellón-García y otros. v. Honduras, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 152, párrs. 201-202 (Sept. 21, 2006).

129 "Instituto de Reeducacion del Menor" v. Paraguay, supra nota 9, párrs. 317-321.

130 Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, supra nota 122, párrs. 244, 245, 261, 263

131 Ver también caso Neira Alegría y otros v. Perú, 1996. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 29, párrs. 65-66 (Sept. 19, 1996); Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, supra nota 73, párr 248; "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, supra nota 9, párr 336; De la Cruz-Flores v. Perú, supra nota 52, párr. 183.

132 Vargas-Areco v. Paraguay, supra nota 44.

133 Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, supra nota 12, párrs.148-155, 138-164.

134 Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, supra nota 117, párrs. 211-217.

135 Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Indigenous v. Paraguay, supra nota 107, párr. 235.

136 Penal Miguel Castro-Castro v. Perú, supra note 29.

En el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay* fue violantado el derecho a la identidad y personalidad jurídica de los menores por no existir un registro público para la comunidad; además de que son víctimas de la pérdida de valores culturales quienes tienen derecho a vivir conforme a su propia cultura, religión y lengua[130].

Otra modalidad de reparaciones dictadas por la Corte respecto a los Derechos de los Menores es la creación de fideicomisos en bancos locales en favor de menores víctimas de los actos del Estado. Los menores recibirán intereses de los fideicomisos hasta que adquieran la mayoría de edad, momento en que podrán recibir los fondos acumulados[131]. Otra forma de reconocimiento de los derechos del menor es otorgar becas de estudio a los menores, como será expuesto en la sección sobre el Derecho a la Educación.

Finalmente, el caso *Vargas Areco v. Paraguay* ha sido el primero sobre el tema de los niños soldado. En este sentido, el Estado fue condenado a adaptar su legislación interna sobre el reclutamiento de menores de 18 años en las Fuerzas Armadas del país conforme a los estándares internacionales.[132]

Como ha sido expuesto, los Derechos a la Familia y a la Niñez se encuentran expresamente tipificados en los artículos 17 y 19 de la Convención Americana. Consideramos que este es el motivo por el cual la CIDH ha declarado la violación de tales derechos de manera principal en los casos contenciosos. Sin embargo, aún no han sido reconocidos como un DESC de conformidad al artículo 26 de la Convención Americana.

Derecho a la Propiedad Colectiva:
El Derecho a la Propiedad, tradicionalmente considerado por la Corte como un Derecho Civil y Político, en su actual evolución jurisprudencial es también considerado como un Derecho Colectivo. El Derecho Colectivo a la Propiedad ha sido reconocido especialmente en los casos de poblaciones indígenas y el derecho colectivo a sus tierras ancestrales.

En *Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* la Corte reinterpretó el artículo 21 de la Convención Americana sobre el Derecho a la Propiedad invocando el artículo 29.b de la misma respecto al principio de interpretación evolutiva de la Convención Americana acorde a los tiempos actuales. Declaró que la tierra que siempre ha sido ocupada por poblaciones indígenas es una propiedad colectiva o comunal. Este tribunal internacional ordenó al Estado adoptar "medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.". [133]

En el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* el Estado fue condenado a identificar el territorio tradicional de la comunidad y entregárselo de manera gratuita".[134] En la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, el Estado debió de proveer un mecanismo eficiente para el reclamo de las tierras de la población indígena, otorgándoles los derechos que les corresponden, tomando en consideración sus leyes, prácticas y valores tradicionales[135].

En consecuencia, como ha sido expuesto, las decisiones reparatorias dictadas por la CIDH han sido destinadas para reivindicar el Derecho Colectivo a la Propiedad como un derecho de naturaleza colectiva, toda vez que las víctimas son parte de una comunidad que es geográficamente identificable pero no cuantificable.

F. Derechos de la Mujer:
En el caso del *Penal Miguel Castro-Castro v. Perú* por primera vez la Corte falló reconociendo los Derechos de la Mujer. A tales fines, declaró la violación del artículo 7.b) de la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención Belém do Pará" (*en lo adelante "Convención Belém do Pará"*), de la cual la República Dominicana es signataria. Sin embargo, la Corte no falló reconociendo los Derechos de la Mujer en virtud

del artículo 26 de la Convención Americana. Este caso trata de una mujer en prisión quien fue sexualmente abusada y torturada, víctima de violencia sexual y violación sexual, expuesta desnuda frente a los hombres, y sujeta a la "inspección vaginal"[136]

En el caso Ríos y otros v. Venezuela la Corte aclaró el criterio sobre cuándo se tipifica la violación a la "Convención Belém do Pará". En este caso, unas mujeres periodistas fueron víctimas de golpes mientras trabajaban en las calles junto a otros hombres, por lo que se argumentó la violencia de género y la violación a la "Convención Belém do Pará" sobre la falta de diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. La CIDH no consideró una violación a dicho acuerdo internacional, indicando que para caracterizar la violación es necesario que los actos violentos sean perpetrados contra las mujeres en razón de su género, y en el presente caso los golpes fueron dirigidos tanto a hombres como a mujeres.[137]

Un caso emblemático es González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, en el cual la Corte identificó un patrón de violencia, asesinatos y desapariciones contra mujeres, jóvenes y niñas en Ciudad Juárez. La CIDH identificó la violación al artículo 7.b de la "Convención Belém do Pará", sin embargo se declaró incompetente para conocer de los artículos 8 y 9 de la misma, los cuales versan sobre la disposición de recursos económicos del Estado para programas y medidas progresivas a favor de la mujer, precisamente los DESC; esto, en base a que el artículo 12 de dicha Convención únicamente indica que la violación al artículo 7 sobre las garantías judiciales y legislativas pueden ser justiciables. Respecto a las reparaciones es interesante cómo la Corte ordena al Estado crear una base de datos de mujeres desaparecidas, información personal e información genética de personas no identificadas; así como también la creación de una página web para el intercambio de información e identificación de víctimas y personas desaparecidas.[138]
En definitiva, los Derechos de la Mujer han sido reconocidos por la Corte en ocasión de la violación de un tratado internacional, pero no como un DESC contenido en el artículo 26 de la Convención Americana.

G. Derechos Culturales:
El primer caso sobre Derechos Culturales ha sido *Aloeboetoe y otros v. Suriname* en el que miembros de la comunidad negroide saramaca fueron asesinados por oficiales del Estado. Existía el problema de determinación de las víctimas dado que la comunidad tiene sus propias normas tradicionales y el Estado nunca dispuso en dicha comunidad oficialías de registro de nacimiento. A los fines de determinar cuál regla aplicaría para otorgar reparaciones a las víctimas, la CIDH aplicó los principios generales de las sucesiones, tomando en consideración las tradiciones de la comunidad saramaca siempre que no contradigan la Convención Americana.139

La Comisión argumentó, por su parte, que debían ser concedidos reparaciones morales o no pecuniarias a todos los miembros de dicha comunidad, dado el daño causado a las víctimas identificadas es también un daño causado a la comunidad colectivamente. En esta decisión la Corte rechazó el argumento de la Comisión de otorgar reparaciones colectivas indicando que la comunidad no sufrió de manera directa daños.[140]

Posteriormente la evolución jurisprudencial ha sido el reconocimiento de reparaciones en favor de toda la comunidad y el reconocimiento de Derechos Culturales como derechos colectivos. En el año 2003 el caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua fue el primer caso que discutió el Derecho Colectivo a la Propiedad como parte de la identidad Cultural, invocando la violación al artículo 21 de la Convención Americana sobre el Derecho a la Propiedad en ocasión de comunidades indígenas. Al respecto

137 Ríos et al. v. Venezuela, 2008. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 194, at 274-280 (Jan. 28, 2009).(Only in Spanish).

138 Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 2009. Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 205), párrs. 79-80 (Nov. 16, 2009) y Puntos Resolutivos 20.

139 Case of Aloeboetoe y otros v. Suriname, supra nota 33.

140 Id, párr 83.

141 Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, supra nota 12, párr 149.

142 Aloeboetoe et al. v. Suriname, supra nota 33, párr. 80.

143 Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, supra nota 37, párr. 43 (Cançado Trindade, A. Voto Razonado).

144 Id, párr. 110.

145 Yatama v. Nicaragua, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 127, párr. 259 (Junio 23, 2005).

146 Saramaka People. v. Suriname, supra nota 39 at 154, 129, 133, 143, 146, 148, 155, 158, and 194(e).

la Corte expresa lo siguiente:
"Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. [...]Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".[141]

En el 2004, en el caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala[142] la CIDH expresó su preocupación sobre la conservación y respecto de la identidad cultural del pueblo maya, el cual posee sus propias estructuras y tradiciones sociales, económicas y culturales "la conciencia humana es la fuente material de todo Derecho. La conciencia colectiva de los miembros del pueblo maya ha dado elocuente testimonio de su existencia espiritual, individual y colectiva, la cual, a su vez, los identifica, los vincula y los distingue La suerte de uno está ineluctablemente ligada a la de los demás miembros de sus comunidades"[143] A los fines de la conservación de la cultura maya, la Corte ordenó, entre otras medidas, "el estudio y difusión de la cultura Maya-Achí en las comunidades afectadas".[144]

En Yatama v. Nicaragua la Corte reconoció la forma de asociación colectiva de los pueblos indígenas basada en sus costumbres, a los fines de participar en un proceso electoral pues se argumentaba que carecían de personalidad jurídica para participar en la contienda electoral. El Estado fue condenado a tomar "las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática".[145]

Las decisiones reparatorias en esta sección revelan la intención de la CIDH de preservar las tradiciones y la herencia cultural de las comunidades. A pesar de que el Derecho a la Cultura ha sido reconocido como un derecho colectivo en los casos contenciosos, especialmente como parte de la violación al artículo 21 de la Convención Americana sobre el Derecho a la Propiedad, aún no ha sido reconocido como parte del contenido del artículo 26 de dicha convención internacional.

H. Derecho al Medio Ambiente:
Los hechos del caso del Pueblo Saramaka v. Surinam se relacionan con el tema del derecho al Medio Ambiente. En este caso, las concesiones otorgadas por el Estado a compañías privadas causaron serios daños al medio ambiente, provocando un impacto negativa en los recursos naturales y en la tierra ocupada por la población indígena.

Sin embargo, la Corte declaró la violación al artículo 21 de la Convención sobre el Derecho a la Propiedad. Mientras que las reparaciones estuvieron dirigidas a la proteger las tierras y recursos naturales en Surinam.

La CIDH ordenó que los estudios de impacto ambiental y social fueran conducidos por entidades competentes e independientes, antes de otorgar alguna concesión para cualquier proyecto de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, así como implementar adecuadas garantías y mecanismos para minimizar los efectos dañinos que tales proyectos pudieran ejercer sobre el desarrollo social, económico y cultural del pueblo Saramaka".[146]

Por su parte, en el caso Kawas Ferández vs. Honduras, la víctima, quien era representante de una ONG, fue asesinada por denunciar los daños de contaminación de aguas y depredación de bosques que una empresa privada realizaba. La Corte reconoce el Derecho al Medio Ambiente como un Derecho Humano contenido en el

"Protocolo de San Salvador", y que asimismo lo ha reconocido en otros casos relacionados a pueblos indígenas (Pueblo Saramaka v. Suriname, Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, Sawhoyamaxa v. Paraguay). Sin embargo, esta reflexión se encuentra contenida como parte de la argumentación a la violación al artículo 21 de la Convención Americana sobre el Derecho a la Propiedad. Una de las medidas reparatorias ordenadas al Estado es la creación de una campaña de concientización y sensibilización sobre las labores que realizan los movimientos defensores del medio ambiente y sus aportes a la defensa de los Derechos Humanos[147].

Finalmente, como ha sido demostrado el Derecho al Medio Ambiente ha sido reconocido y definido a partir de la violación al Derecho a la Propiedad dentro del contexto de las comunidades indígenas. A su vez, las medidas reparatorias dictadas demuestran que las mismas también son dirigidas a proteger los daños ambientales así como los "Derecho Económicos, Sociales y Culturales" de dichas poblaciones indígenas. Lo cual comprueba el reconocimiento de la Corte del Derecho al Medio Ambiente de forma indirecta como un DESC.

147 Kawas Ferández vs. Honduras, 2009. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 196, párrs. 148, 149, y punto resolutivo 14 (Abril 4, 2009).

6) Conclusión.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

Tradicionalmente se considera que los DESC, para ser garantizados, necesitan de la intervención del Estado a través de las instituciones públicas, mediante la inversión de recursos económicos "disponibles" y en la medida de sus posibilidades dado el carácter progresivo de estos derechos. Sin embargo, otra herramienta complementaria para su garantía es su exigibilidad y justiciabilidad en los tribunales locales e internacionales como parte de un litigio estratégico con carácter de interés público o impacto social.

Los DESC son exigibles y justiciables porque son derechos independientes pero también interdependientes de los Derechos Civiles y Políticos. Tanto uno como otro implican obligaciones positivas y negativas del Estado para ser garantizados.
Los DESC pueden implicar daños colectivos y difusos así como víctimas colectivas y difusas. Esto explica su naturaleza colectiva, incluso las víctimas pueden no ser determinadas pero determinables geográficamente. Hemos visto a través de los diferentes casos de la CIDH que las víctimas y los daños tienen una naturaleza no solo individual sino también colectiva, y por lo tanto también las decisiones reparatorias tienen la misma naturaleza colectiva, relacionada a los DESC. Tales como condenas al Estado ordenando la implementación de programas de desarrollo (escuelas, hospitales vivienda, calles, alimentación a las víctimas).

En los casos en que las víctimas no son colectivas las reparaciones dictadas también tienen como objeto reparar la "sociedad en su conjunto". En otras palabras, las decisiones reparatorias tienen un efecto disuasivo en la sociedad a los fines de recordar los hechos, y de esta forma evitar que los mismos hechos o similares vuelvan a ocurrir de nuevo en el futuro.

Por otro lado, el "Protocolo de San Salvador "contiene un impase en el artículo 19.6 que no permite reclamar ante la CIDH otros derechos que no sean el derecho a la educación y libertad sindical. Estas normas, en la medida que restringen la exigibilidad de derechos son inválidas pues frustraría el propósito del reconocimiento de los Derechos Humanos; además las normas internacionales de derechos humanos son instrumentos "vivos" interpretados a la luz de los nuevos tiempos.
En contraste, la CIDH ha fallado casos en los cuales la Comisión o los peticionarios han invocado la violación al artículo 26 de la Convención Americana pues los hechos del caso son directamente relacionados a los DESC. A la fecha la Corte no ha fallado fundamentado en dicho articulado. Cuando la Corte ha reconocido o ha identificado los DESC ha sido en ocasión de un derecho Civil y Político; como por ejemplo; el Derecho a la Salud, Alimentación y Vivienda han sido reconocidos bajo la sombra del Derecho a la Vida.

Por su parte, la violación a los Derechos a la Familia y del Niño han tenido mejor suerte para ser reconocidos de manera principal invocando los artículos 17 y 19 de la Convención, respectivamente, que expresamente los describen y detallan. Lo que no se explica porqué si los Derechos a la Familia y del Niño también son DESC, no ha sido considerado el artículo 26 de la Convención Americana para reconocer otros DESC que no se encuentran expresamente regulados en dicha Convención Americana.
En el mismo sentido, en cuanto a los Derechos de la Mujer, la Corte los ha reconocido expresamente en los casos contenciosos, no como una violación al artículo 26 de la Convención Americana sino como una violación a un tratado internacional, la "Convención Belém do Pará".

Sin embargo, la CIDH tiene la facultad de reconocer los DESC en virtud del principio iura novit curia, y en virtud el artículo 29. b del mismo tratado que versa sobre el principio de la evolución interpretativa del contenido de la Convención Americana, declarando por motu propio la violación al artículo 26 de la Convención Americana sin que las partes del proceso hayan reclamado la violación de un DESC.

El reconocimiento de los DESC como exigibles y justiciables debe ser también visto desde un punto de vista global.[148] Entre la comunidad internacional debe existir una "Humanización del Derecho Internacional y la Solidaridad".[149] Es decir, que los países no enfrenten la problemática Económica, Social y Cultural solos, sino junto a la cooperación de la comunidad internacional.

El presente trabajo ha demostrado cómo la CIDH indirectamente ha reconocido los DESC a través de las decisiones reparatorias, bajo diferentes modalidades. Damos crédito a la Corte sobre la originalidad de sus decisiones reparatorias que no solo se reducen a indemnizaciones pecuniarias.

Es interesante conocer la experiencia de la CIDH en torno al reconocimiento indirecto de los DESC mediante las decisiones reparatorias, y tomar de modelo las modalidades de reparaciones para ser aplicados en los tribunales nacionales. Reconocemos que es una buena estrategia a los fines de reconocer los DESC invocar tanto a nivel local como ante la CIDH la violación de los mismos en ocasión de la violación a un Derecho Civil y Político.
Dado el carácter Constitucional de las decisiones de la CIDH, podemos afirmar que las decisiones y casos anteriormente expuestos forman parte del Bloque de Constitucional de nuestro país. La mayoría de los abogados de nuestro país desconocen la riqueza del razonamiento y de los temas de derecho contenidos en las decisiones de la Corte que en nada se alejan a nuestra realidad. Los Estados, como la República Dominicana, podrían invocar localmente la jurisprudencia internacional de la Corte reconociendo los DESC, aplicándola a un caso local, pues al fin y al cabo se trata realidades similares en toda América
Admitimos que el problema de las Sentencia de la Corte es su ejecutoriedad, la falta de voluntad política de los gobiernos y la falta de organismos institucionales para cumplir con las medidas[150]. Los Estados argumentan en su defensa su estatus de países subdesarrollados para no satisfacer los DESC. Pero al mismo tiempo, a nivel nacional, antes de lanzar una demanda en justicia se considera la improbabilidad de ejecutar una decisión en materia de DESC una vez obtenida ganancia de causa.

La CIDH dispone de un mecanismo de "Supervisión de Ejecución de Sentencias"[151] que incluye audiencias y vistas con los Estados que aún no han cumplido con las decisiones de la Corte. Si bien una decisión de la CIDH presenta dificultad práctica de ejecución, no obstante la misma decisión constituye una forma de presión política internacional contra el Estado sancionado.

Si una jurisdicción internacional, como la CIDH, declara la violación del artículo 26 de la Convención Americana de manera principal en un caso contencioso, daría mayor fuerza a la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC no solo en el ámbito internacional sino nacionalmente. Definitivamente, "el litigio supranacional es una herramienta eficaz para reconocer y satisfacer los DESC".[152]

De esta manera, el reconocimiento de los DESC por la CIDH contribuiría a la evolución de su propia jurisprudencia con incidencia en el derecho constitucional nacional. La CIDH tampoco puede resolver todos los problemas o casos de Latinoamérica, por lo que las víctimas en un litigio local podrían invocar decisiones de la Corte reconociendo tales derechos, lo que daría mayor fuerza a una demanda planteada localmente concerniente a los DESC, contribuyendo al éxito de su exigibilidad y justiciabilidad.

El objetivo es crear conciencia entre los abogados, la población, instituciones públicas y magistrados a través de la promoción, educación,

148 Cançado Trindade, Antonio Augusto. Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia Jurídica Universal, En: Antonio Augusto Cançado Trindade and Jaime Ruiz de Santiago. "La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el inicio del siglo XXI". 55 (Corte Interamericana de Derechos Humanos y ACNUR, 3d 2003).

149 Id., págs. 66-86.

150 Canton, Santiago. VI: Compliance with Decisions on Reparations: Inter-American and European Human Rights System, in "Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach". 56 Am. U.L. Rev. 1375, 1454 (2007).

151 Artículo 63 de las Reglas de la CIDH; artículo 65 de la Convención Interamericana.

152 Cavallero, James L. & Emily J. Schaffer, supra note 4, at 280-281.

elaboración de reportes, presentando casos litigiosos de interés público o comunitario[153] de los DESC; también es importante contar con el apoyo de los medios de comunicación en la difusión del mensaje y la obtención de una opinión pública favorable.

El interés del presente trabajo es mostrar, educar, promover y crear conciencia de los Derechos Humanos, específicamente los DESC, cuando para muchos en la República Dominicana es una utopía, un área del derecho que queda relegada en el idealismo.

Precisamente, estimado lector el presente escrito es parte del objetivo, de dar a conocer, educar y concientizar sobre la existencia de todo un case law internacional con carácter Constitucional en la República Dominicana. De demostrar que los Derechos Humanos no son filosofía o utopías, sino que son derechos "vivos" y cambiantes. De revelar y compartir argumentos, experiencias y estrategias dirigidas a demostrar que es posible reclamar en justicia los DESC como parte de un litigio estratégico de Derechos Humanos con impacto social hacia el desarrollo.

153 Melish, Tara, supra nota 19, p. 245.

BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los Derechos Sociales, Year 8 No. 198, Gaceta Judicial, Jan. 1rst, 2005.

Cançado Trindade, Antonio Augusto. Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia Jurídica Universal, En: Antonio Augusto Cançado Trindade and Jaime Ruiz de Santiago. "La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el inicio del siglo XXI". 55 (Corte Interamericana de Derechos Humanos and ACNUR, 3d 2003).

Canton, Santiago. VI: Compliance with Decisions on Reparations: Inter-American and European Human Rights System, in "Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach". 56 Am. U.L. Rev. 1375, 1454 (2007).

Cavallaro, James L. & Emily J. Schaffer. Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. 56 Hastings L.J. 217 (Dic. 2004).

Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías: La ley del más débil. Cap. 1: El Derecho como sistema de garantía. (Editorial Trotta, S. A.d, España, 2d.ed. 2001).

Garcia, Lila. Analyzing Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Legal Approached and the Contributions of Case Law. 22 Am. U. Intl'l L. Rev. 65, págs. 92-93 (2006).

Judith Schonsteneir. Dissuasive Measures and the "Society as a Whole": A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights. 23 Am. U. Int'l L. Rev. 127, 129-130 (2007)

Melish, Tara. Rethinking the "less as more" thesis: supranational litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the America". 39 N.Y.U. J. Intl'l L. & Pol. 171 (2006).

Pérez-León Acevedo, Juan Pablo. Las Reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. 23 Am. U. Int'l L. Rev. 7, 12 (2007).

Roht-Arriaza, Naomi. Reparations Decisions and Dilemmas. 27 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 157* 159 (2004).

Rojas, Julio José. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. 23 Am. U. Int'l L. Rev. 91 (2007)

II. Convenciones o Tratados Internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica") Nov. 22, 1969, 1144 U.N.T.S. 123).

Convención Americana de Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica") aprobada por el Congreso Nacional por Resolución No. 739, promulgada el 25 de diciembre de 1977 y publicada en la Gaceta oficial No. 9460, del 11 de febrero de 1978.

Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención Belém do Pará"

Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". (Inter-Am. C.H.R. 67, OEA/ser. L./V./II.82, doc. 6 rev. 1 (1992).

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. G.A. Res. 60/147 (XVI), págs. 5-6, U.N. Doc. A/Res. 60/147 (Marzo 21, 2006).

Proyecto de Artículos de Naciones Unidas de Responsabilidad del Estado. G.A. Res. 56/83 (LVI), p. 34, U. N. Doc. A/Res/54/84 (Enero 28, 2002).

III. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.

B. J. No. 1131, Sentencia No. 4, 9 de febrero de 2005, declaratoria conforme a la Constitución la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04 del 30 de julio de 2004, págs. 34-54.

Sentencia del 21 de julio de 2010 sobre el Control Preventivo de un Tratado Internacional: Acuerdo entre el Gobierno de la República Dominicana y el Gobierno de la República Federativa de Brasil, sobre cooperación en el ámbito de la Defensa [http://www.suprema.gov.do/novedades/2010/sentencias/control_preventivo_tratado_internacional.pdf] [Consultado Octubre 30, 2010];

Resolución 1920-03 dictada por la Suprema Corte de Justicia del 13 de noviembre de 2003.

IV. Jurisprudencia Corte Europea de Derechos Humanos

Marchx vs. Belgium 31 Eur. Ct.H.R. (ser. A) (1979).

VII. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Opiniones Consultivas

Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 11(Agosto 10, 1990).

La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 . Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 5, (Nov. 13, 1985).

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Inter-Am. Ct. H.R (ser. A) No. 16, (Octubre 1, 1999).

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 2002. Opinión Consultiva OC-17/02. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 17 (Ag. 28, 2002).

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18, 2003. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18 (Sept. 17, 2003)

-García Ramírez, S. Voto Razonado Concurrente.

B. Medidas Provisionales

1. Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana, 2000. Inter-Am. Ct. H.R. párr. 7 (Agosto 18, 2000)

-Cançado Trindade, A., Voto Concurrente.

BIBLIOGRAFÍA

C. Casos Contenciosos

Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") v. Perú, 2009. Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) No. 198, párrs. 99-106. (Julio 1, 2009).

Acevedo-Jaramillo y otros v. Perú, 2006. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 144 (Feb.07, 2006).

Albán Cornejo y otros v. Ecuador, 2007. Inter-Am. Ct. H.R.. (ser. C) No. 171 (Nov. 22, 2007).

-García Ramírez, S. Voto Razonado

Almonacid Arellano y otros. v. Chile, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 154 (Sept. 26, 2006);

Aloeboetoe y otros v. Suriname. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 15 (Sept. 10, 1993).

Apitz-Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela, 2008 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 182 (Ag. 5, 2008)

Baena-Ricardo v. Panamá, 2001.Inter-Am. Ct. H.R. (ser C) No. 72 (Feb. 2, 2001);

Baldeón-García v. Perú, 2006. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 14 (Abril 06, 2006).

Bámaca-Velásquez v. Guatemala, 2002. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 91 (Feb. 22, 2002);

Barrios Altos v. Perú, 2001. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 75 (Marzo 14, 2001).

Blake v. Guatemala, 1998. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 36 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) (En. 24, 1998).

Blake v. Guatemala, 1999. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 48 (Enero 22, 1999)

Bulacio v. Argentina, 2003. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C).No. 100 (Sept. 18, 2003)

Cantoral-Huamaní y García Santa Cruz v. Perú, 2007. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 167 (Julio 10, 2007).

Carpio Nicolle y otros v. Guatemala, 2004. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 117 (Nov. 22, 2004).

Castillo-Páez v. Perú, 1998. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 43 (Nov. 27, 1998).

Castillo-Petruzzi y otros v. Perú, 1998. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 42 (Sept. 4, 1998);

Cesti-Hurtado v. Perú. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 78 (Mayo 31, 2001)

"Cinco Pensionistas" v. Peru, 2003. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 98 (Febrero 28, 2003).

19 Comerciantes v. Colombia, 2004. Inter-Am. Ct. H.R.. (ser. C) No. 109 (Julio 5, 2004).

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146 (Marzo 29, 2006)

Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, 2005. Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 125 (Junio 17, 2005)

Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 21 (Ag. 24, 2010)

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, 2001. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 79 (Agosto 31, 2001).

Comunidad Moiwana v. Suriname, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 124 (Junio 15, 2005);

De la Cruz-Flores v. Perú, 2004. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 115 (Nov. 18, 2004)

Del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 160 (Nov. 25, 2006)

-Cançado Trindade, A., Voto Razonado.

Durand y Ugarte v. Perú, 2001. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 89 (Dic. 3, 2001).

Escué-Zapata. v. Colombia, 2008. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 165 (May 5, 2008);

Fermín Ramírez v. Guatemala, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 126 (Junio 20, 2005).

Garrido y Baigorria v. Argentina, 1998. Reparaciones (ser. C) No. 39 (Agosto 27, 1998).

Godínez-Cruz v. Honduras, 1987. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 3 (Junio 26, 1987).

Goiburú y otros v. Paraguay, 2006. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 153 (Sept. 22, 2006)

González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 2009. Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 205 (Nov. 16, 2009)

Hilaire, Constantine y otros v. Trinidad & Tobago, 2002. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 94 (Junio 21, 2002)

Hermanos Gómez-Paquiyauri v. Perú, 2004. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 110 (Julio 8, 2004).

Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, 2005. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 120 (Marzo 1, 2005).

Herrera-Ulloa v. Costa Rica, 2004. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 107 (Julio 2, 2004).

BIBLIOGRAFÍA

Huilca-Tecse v. Perú, 2005. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 121 (Marzo 3, 2005)

"Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, 2004. Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) No. 112 (Sept. 2, 2004).

Kawas Ferández vs. Honduras, 2009. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 196 (Abril 4, 2009).

La Cantuta v. Perú, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 162 (Nov. 29, 2006).

Loayza Tamayo v. Perú, 1998. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 42 (Nov. 27, 1998).

Lori Berenson Mejía v. Perú, 2004. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 119 (Nov. 25, 2004)

López-Álvarez v. Honduras, 2006. Inter-Am. Ct. H.R.. (ser. C) No. 141 (Feb. 01, 2006).

Masacre Maripipán v. Colombia, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 134 (Sept. 15, 2005)

Masacres de Ituango v. Colombia, 2006. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 148 (Julio 1, 2006).

Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, 2009. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 211 (Nov. 24, 2009)

Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala. Sentencia de Fondo, 2004. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 105 (Abril 29, 2004)

-García Ramírez, S., Voto Concurrente Razonado.

Cançado Trindade, A. y Abreu-Burelli Voto Razonado.

Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, 2004. Reparaciones. Inter-A. Ct. H. R. (Serie C) No. 116 (Nov. 19, 2004)

-Cançado A. Trindade, Voto Razonado.

Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, 2006. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 140 (Enero 31, 2006).

Montero-Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 150 (Julio 5, 2006);

Molina-Theissen v. Guatemala, 2004. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 108 (Julio 3, 2004).

Myrna Mack-Chang v. Guatemala, 2003. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 101 (Nov. 25, 2003).

Neira Alegría y otros v. Perú, 1996. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 29 (Sept. 19, 1996);

Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 130 (Sep. 8, 2005).

"Niños de la Calle" (Villagrán-Morales y otros.) v. Guatemala, 1999. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 63, (Nov. 19, 1999)

-Cançado Trindade, A. y Abreu-Burelli Voto Concurrente Conjunto.

Ivcher-Bronstein v. Perú, 2001. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 74 (Feb. 6, 2001).

"Panel Blanca" (Paniagua-Morales y otros.) v. Guatemala, 2001. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 76, (Mayo 25, 2001);

Pueblo Saramaka v. Suriname, 2007. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 172 (Nov. 28, 2007).

Raxcacó Reyes v. Guatemala, 2005.Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 133 (Sept.15, 2005)

Servellón-García y otros. v. Honduras, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 152 (Sept. 21, 2006).

Suárez-Rosero v. Ecuador, 1999. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R (ser. C) No. 44 (Enero 20, 1999)

Tibi v. Ecuador, 2004. Reparaciones (ser. C) No. 114 (Sept. 7, 2004).

Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, 2006. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), No. 158 (Noviembre 24, 2006).

-Cançado Trindade, A. Voto Razonado.

Tribunal Constitucional v. Perú, 2001. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 71 (Enero 30, 2001).

Trujillo-Oroza v. Bolivia, 2002. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 92 (Feb. 27, 2002).

Vargas-Areco v. Paraguay, 2006. Reparaciones. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 155 (Sept. 26, 2006).

Velásquez-Rodríguez v. Honduras, 1987. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 1 (Junio 26, 1987)

Yatama v. Nicaragua, 2005. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 127 (Junio 23, 2005).

Zambrano-Vélez y otros v. Ecuador, 2007. Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 166 (Julio 4, 2007);

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1. Garcia Fajardo v. Nicaragua, Caso 11.281, Inter-Am. C.H.R., Report No. 100/01, OEA/Ser.L/V/II.114, doc. 5 rev. P. 95 (2002).

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

"La ética es la convicción humana de que no todo vale por igual, de que hay razones para preferir un tipo de actuación a otros."
Fernando Savater

Un Análisis de Eficacia de las Medidas Anticorrupción.

(Caso DR-CAFTA)

Por Moisés Valentín Jáquez Mota

Breve análisis sobre la eficacia de los TLC en lo que respecta al cumplimiento de acuerdos en materia de medidas contra la corrupción, en contraste con el incumplimiento de los acuerdos basados en Tratados Internacionales, los cuales carecen de un carácter coercitivo real.

Resumen Ejecutivo

Hay un problema de corrupción transnacional que se demuestra a través del dilema del prisionero y que genera efectos negativos para la economía y el crecimiento de las naciones. Para solucionar este problema los estados han realizado cuantiosos esfuerzos, desde reglamentaciones nacionales hasta convenios internacionales, donde se sugieren la adopción de una serie de medidas que conllevarían la disminución de los actos de corrupción.

No obstante, estos esfuerzos no parecen ser suficientes, ya que como se muestra en el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional (2006) muchos de los países, signatarios de convenios internacionales, no solo no han mejorado sus índices, sino que algunos de estos han disminuido su escala (la Republica Dominicana, por ejemplo). Esto es un indicativo de que los convenios internacionales, si bien son una herramienta importante, toda vez que marcan el rumbo del combate al flagelo, no constituyen por si solos un mecanismo eficaz que ayude a disminuir los índices de corrupción de las naciones.
Sin embargo, entendemos que los acuerdos de libre comercio pueden jugar un papel de mayor preponderancia en dicho combate. Estos acuerdos cuentan con cláusulas de transparencia (caso del DR-CAFTA) de carácter obligatorio para su cumplimiento y que, en caso de no ser acatadas, conllevan una sanción que puede ir desde una multa o indemnización hasta la exclusión del país corrupto del acuerdo. Esto garantiza un ambiente de incentivos más positivo que el de los convenios internacionales, donde no existen sanciones contundentes para las naciones que incumplan lo pactado.

Palabras Claves: Tratado de Libre Comercio (TLC), Convenios Internacionales, Corrupción, medidas coercitivas, incentivos, Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), Inversión Extranjera Directa (IED).

Introducción

Un acto corrupto ocurre cuando una persona realiza una acción que es ajena a la moral y al correcto ejercicio de la posición o cargo que ostenta, tanto en el sector público como en el privado. Ciertamente, el acto corrupto o corruptor constituye una desviación del correcto proceder al cual estamos llamados todos, especialmente aquellos sobre quienes el pueblo ha depositado una confianza especial, otorgándoseles poder de acción, para que realicen una labor determinada en beneficio de la ciudadanía.

La corrupción es un mal que toca y devora todos los aspectos que estructuran una sociedad, sin importar su nivel de desarrollo ni las circunstancias sociopolíticas en que se encuentre. Se trata de todo un engranaje sistemático diseñado para la realización de actos ilícitos, a los fines de obtener algún determinado beneficio privado.

Cuando en el año 1999 la República Dominicana ratificó la Convención Interamericana Contra la Corrupción, la sociedad civil y toda la ciudadanía en general, creyó que los días de este flagelo en el país estaban contados. No obstante, 8 años después de dicha ratificación, no han podido observarse grandes avances en la materia. Se han creado instituciones y legislaciones a los fines de combatir el flagelo de la corrupción sin tener mucho éxito, lo cual se ve reflejado en la percepción que tiene la población al respecto, y en el hecho de que aun no se cuenta con una sola sentencia ejemplificadora, emanada de un tribunal nacional.

Este panorama nos hace repensar la función y utilidad de los convenios internacionales en materia de corrupción. Cuando se analizan dichos convenios, se percibe en la existencia en torno a ellos de una serie de herramientas y propuestas de políticas, que de ser fielmente traducidas a la realidad, hasta los menos corruptos estarían disuadidos. Pero la experiencia refleja otra realidad.

Entendemos que el actual rezago en esta materia se debe, principalmente, a la falta de aplicación de las convenciones en los países que la ratifican, o bien a una aplicación parcial y tímida por parte de las autoridades. Luego de analizar algunas convenciones, se ha podido observar que estas adolecen de mecanismos coactivos que obliguen a los gobiernos (sin importar su alternabilidad) a respetar, cumplir y ejecutar las cláusulas de los mismos. Los únicos incentivos que existen para con el cumplimiento de estos convenios son de índole publicitaria, ya que son utilizados en las campañas políticas, y además en ciertos casos en los que el corrupto inculpado es un dirigente de la oposición.

No obstante lo antes dicho, se ha podido observar, a propósito de la firma del Tratado de libre comercio entre Centro América, República Dominicana y Estados Unidos (DR-CAFTA), que los TLC pueden ser utilizados como herramientas de lucha contra la corrupción con posibles resultados más alentadores. Esto es así, debido a que los TLC pueden contar con cláusulas sobre resolución de conflictos, en las que se ventilan los casos de incumplimiento de las disposiciones del tratado. Por lo cual, si un Estado parte decide incumplir cualquier disposición en materia de transparencia propuesta por el tratado, es susceptible de ser sancionado, lo que disminuye los incentivos hacia dicho incumplimiento.
La presente investigación pretende demostrar la eficacia de las herramientas sobre anticorrupción y transparencia con que cuentan los TLC, tomando como referencia el caso del DR-CAFTA.

1) Convenios Internacionales Existentes: Un análisis de eficacia.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

1- Origen de los convenios internacionales contra la corrupción

La corrupción existe desde tiempos inmemorables. Podemos afirmar que este flagelo surge cuando el hombre adquiere la facultad de comportarse en forma racional, de ahí que uno de sus principales componentes es el egocentrismo natural del ser humano. Así, se constata en textos tan antiguos como la Biblia, donde se hace mención del primer acto de corrupción cometido por el ser humano: Eva corrompe a Adam haciéndole violar la ley impuesta por Dios de no comer la fruta del árbol prohibido.[1]

Históricamente, la corrupción se ha manifestado en diferentes formas, épocas y culturas, siendo castigada, mayormente, a través de sanciones morales, y en menor proporción, con sanciones penales. No obstante, ha sido recientemente, cuando a raíz de la expansión del comercio internacional las naciones se han percatado de los grandes perjuicios que la corrupción causa al crecimiento económico, limitando el desarrollo de los pueblos y creando inequidad social.

Algunos expertos convienen en que la corrupción puede tener efectos devastadores sobre los países donde exista inestabilidad económica. Y es que esta vacía las arcas estatales, arruina el libre comercio y ahuyenta a los inversionistas. El Banco Mundial estima que la corrupción puede reducir la tasa de crecimiento de un país entre 0.5 y 1 punto porcentual por año. Según las investigaciones del FMI[2], la inversión en los países corruptos es casi un 5% menor que en los países relativamente exentos de corrupción.[3]
Por ello, se han realizado cuantiosos esfuerzos, tanto nacionales como de carácter internacional, a los fines de lograr mejores resultados en la lucha contra este problema social.

1.1- La Foreign Corrupt Practices Act

El verdadero origen de los convenios internacionales contra la corrupción se remonta a finales de la década de los 70's cuando Estados Unidos aprobó la Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior (Foreign Corrupt Practices Act) que prohibió a las empresas estadounidenses el soborno de funcionarios públicos en el extranjero. Su finalidad era evitar la fuga de capitales que representa la práctica de la corrupción hacia otros países, y a la vez, impedir otro escándalo de los acaecidos a nivel internacional en aquel entonces (Watergate y Lockheed, por ejemplo).[4]

El Departamento de Comercio de EEUU aplicó con mucha rigurosidad dicha ley, por lo que, en general, las empresas estadounidenses cesaron en la práctica de ofrecer sobornos a funcionarios de países extranjeros. No obstante, esto colocó en una gran desventaja a las empresas Norteamericanas, las cuales, al tener prohibido el ofrecimiento de sobornos a funcionarios de otros países, perdían las licitaciones y otros negocios frente a empresas de otras naciones, donde no solo no estaba prohibido sobornar, sino que era una práctica legal y que aportaba al fisco y, como es de suponerse, "donde se soborna se obtienen los grandes negocios".[5]
A raíz de esta situación, se empezaron a promover una serie de medidas a nivel internacional, con las cuales se intentaba crear la obligación de que todas las demás naciones del mundo, tanto desarrolladas como en vías de desarrollo, imitasen la legislación anticorrupción de Estados Unidos, impidiendo a sus empresas el pago de sobornos a funcionarios extranjeros, y además se promoviera la cooperación internacional para aplicar esta legislación. Es de esta forma como el gobierno de los Estados Unidos recurre a organismos internacionales (ONU, OCDE, OEA, etc.) a los fines de promover la creación de acuerdos anticorrupción entre todos los países del mundo.
Fruto de estos esfuerzos, surgen los convenios internacionales contra la corrupción, entre los cuales se destacan:

- La Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción
- La Convención Interamericana Contra La Corrupción
- El Consejo de Europa y el Grupo de Estados Contra la Corrupción (Convención penal y Convención civil sobre corrupción)
- La Convención de la Unión Europea sobre Corrupción del 26 de mayo de 1997
- La convención contra el soborno de funcionarios públicos en las transacciones comerciales internacionales o convención de la OCDE contra la corrupción.

A continuación realizaremos una breve descripción de estos convenios internacionales, mismos, que han sido firmados por la casi totalidad de las naciones del mundo.

1.2- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción

La Asamblea General, en su trigésimo período de sesiones mostró ya en 1975, a través de su Resolución 3514 de 15 de diciembre, su preocupación por las prácticas corruptas de algunas empresas transnacionales, de sus intermediarios y de otros implicados en tales prácticas que violaban las leyes y los reglamentos de los países donde operaban. Luego de una serie de informes y estudios de distintas instancias, creó el Comité sobre un Acuerdo Internacional acerca de los Pagos Ilícitos por resolución 1978/71, del 4 de agosto de 1978.[6] El Comité logró concluir un proyecto cuyas cláusulas principales hacían mención al compromiso de los Estados Contratantes de penalizar, con arreglo a sus respectivas legislaciones nacionales, los actos de corrupción definidos en los artículos 1 y 2 (Soborno activo y pasivo).

Pero fue la Asamblea General la que adoptó la resolución 51/191 del 16 de diciembre de 1996 por la que se aprueba La Declaración de Naciones Unidas sobre Corrupción y Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales. En dicha declaración, los Estados se comprometen: a la adopción de medidas efectivas y concretas para hacer frente a todas las formas de corrupción, soborno y prácticas ilícitas conexas en las transacciones comerciales internacionales; a tipificar como delito los actos de sobornos de funcionarios públicos extranjeros y, a prohibir que las sumas pagadas como sobornos a cualquier funcionario público o representante electo de otro país sean deducibles a efectos tributarios. También se comprometen a elaborar normas y practicas contables que aumenten la transparencia en las operaciones mercantiles transfronterizas y a alentar a sus empresas a luchar contra la corrupción, entre otros compromisos.

1 La Biblia. Libro del Génesis, Cáp. 3 Versos del 17-18.

2 Véase Mauro, Paolo: "Corruption and Growth", Quarterly Journal of Economics, agosto 1995, Pág. 683.

3 Naciones Unidas, Centro de Información: ¿Cómo nos afecta la corrupción? Aunque ello no quita que existan conocidas excepciones como es el caso de algunos países asiáticos. http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corrupcion/intro.htm

4 Véase Malem Seña, Jorge F.: "Globalización, comercio internacional y corrupción", Primera Edición, Editorial Gedisa, Barcelona (España), año 2000, Pág. 79.

5 La convención de la OCDE contra la corrupción: ¿Por qué es necesaria y cómo funcionará? Entrevista con Eleanor Roberts Lewis, asesora legal de comercio internacional del Departamento de Comercio de EE.UU; Washington, DC, 1º de diciembre de 1998. Reproducido en "Perspectivas económicas", revista electrónica de USIS, vol.3, No.5, noviembre de 1998.

6 Malem Seña, Jorge F.: "Globalización, comercio internacional y corrupción", Primera Edición, Editorial Gedisa, Barcelona (España), año 2000.

Finalmente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre de 2003 y abierta a firma durante la Conferencia Política de Alto Nivel que se celebró del 9 al 11 de diciembre del mismo año, en Mérida, Yucatán. La Convención entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, de acuerdo con su Artículo 68. Actualmente la convención ha sido firmada por 140 Estados y 83 la han ratificado.

Entre las medidas propuestas en la Convención figuran políticas preventivas modelo, consistentes, por ejemplo, en establecer órganos anticorrupción y aumentar la transparencia en la financiación de campañas electorales y partidos políticos. Además, los Estados deben velar por que sus funciones públicas estén sujetas a salvaguardias que promuevan la eficiencia, la transparencia y la contratación basada en el mérito. Una vez contratados, los funcionarios públicos deberían estar sujetos a códigos estrictos de conducta.

A fin de prevenir el blanqueo del producto de la corrupción, la Convención pide que los Estados establezcan mecanismos encargados de examinar las transacciones sospechosas, analizar los datos financieros e intercambiar información.

También deben promoverse la transparencia y la obligación de rendir cuentas en asuntos de hacienda pública. Por ejemplo, se deben establecer requisitos concretos para prevenir la corrupción en esferas especialmente delicadas del sector público, como la adjudicación de contratos. Los ciudadanos tienen derecho a esperar una gran probidad de los funcionarios públicos. Pero también deben implicarse personalmente en la prevención de la corrupción. Por esta razón, la Convención exhorta a los países a que alienten y promuevan activamente la participación de las organizaciones no gubernamentales y de base comunitaria, así como la de otros elementos de la sociedad civil, y a que despierten la conciencia pública ante la corrupción y lo que puede hacerse frente a ella.

La Convención estipula que los países tipifiquen como delito una amplia gama de actos de corrupción, si éstos todavía no se consideran como tal en su derecho interno. Por ejemplo, exige que se penalice el soborno, la malversación de fondos públicos, el blanqueo de dinero y la obstrucción de la justicia.

Además, la Convención contiene una serie de disposiciones en respaldo de la penalización. Entre ellas figuran medidas para promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y otros órganos pertinentes, e impulsar la elaboración de normas y procedimientos encaminados a salvaguardarla integridad de las entidades privadas. La Convención trata también el tema de la transparencia en el sector privado.
Un avance importante fue que los países se pusieron de acuerdo sobre la recuperación de activos, que se señala expresamente como "principio fundamental de la Convención". El descubrimiento y la recuperación de los activos robados es un gran problema. Se trata de un asunto particularmente importante para muchos países en desarrollo en que la corrupción de alto nivel ha volatilizado recursos públicos de los que existe aguda necesidad.

Con estas medidas Naciones Unidas demuestra su gran interés en erradicar las practicas corruptas del comercio internacional. Sin embargo, dicho interés no ha dado los frutos de eficacia y eficiencia esperados en la práctica. Esto debido, posiblemente, a la gran complejidad del asunto o a la burocracia internacional, por ejemplo, o también a cierto desinterés por parte de los gobiernos de algunos Estados que verían peligrar así parte de sus prerrogativas, y como no, a sus complejos nacionalistas que les hacen temer por su soberanía.

1.3- Convención Interamericana Contra la Corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción -CICC- es la convención firmada por los países integrantes de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 29 de marzo del año 1996, en la ciudad de Caracas, Venezuela. La misma, constituye un instrumento novedoso en el marco del derecho internacional, tanto por sus contenidos específicos como por su misma naturaleza. Dicha convención es considera como "el primer instrumento internacional de carácter regional sobre prevención, detección y sanción de la corrupción".[7] Esta viene a cumplir un papel fundamental en el sistema interamericano, ya que establece, los medios de cooperación indispensables en la lucha internacional de la región contra este flagelo.[8] A su vez, busca promover, facilitar y regular la cooperación entre los estados partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones dispuestas para el cumplimiento de su principal objetivo: erradicar la corrupción.

Manfroni, al hablar sobre la importancia y el carácter innovador de este convenio nos dice: "Aun cuando la CICC no hubiera aportado una sola letra novedosa respecto del derecho ya existente, cumpliría un papel importantísimo al establecer una red de solidaridad internacional destinada a fortalecer y facilitar el cumplimiento de ese derecho".[9]

No obstante se ha podido comprobar que esta convención ha realizado grandes aportes al derecho positivo y al derecho internacional. Entre dichos aportes podemos citar los siguientes:

1. El establecimiento de la obligación de asistencia y cooperación amplias entre los Estados, no subordinadas al pedido de los jueces, de modo que hace posible la búsqueda de información antes de la apertura de una cusa y permite así investigar y elaborar denuncias penales sin riesgos razonables derivados de la falta de pruebas.
2. Con la misma amplitud, obliga al levantamiento del secreto bancario frente a pedido de asistencia o colaboración, realizados en el contexto de una investigación por corrupción.
3. Establece la inutilidad de invocar el destino, finalidad o motivación política par aludir un pedido de asistencia y cooperación o una solicitud de extradición.
4. Compromete la sanción de los delitos de soborno transnacional y de enriquecimiento ilícito, novedosos para buena parte de las legislaciones nacionales.
5. Introduce medidas preventivas inéditas para una convención y con múltiples efectos para el derecho administrativo de los Estados miembros, entre las cuales figuran las declaraciones patrimoniales de funcionarios y la protección de los informantes de actos de corrupción.
6. Extiende el concepto de "funcionario publico" a los servidores del Estado que hubieren sido designados o electos, aunque no hubieren asumido sus funciones.
7. Promueve la actividad de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales.
8. Estipula la obligación de brindar asistencia técnica sobre formas y métodos para prevenir, detectar, investigar y sancionar actos de corrupción.
9. Genera sistemas de extradición, decomiso y distribución de bienes decomisados que, si bien no son absolutamente novedosos, constituyen los modelos más avanzados hasta el momento.
10. Y finalmente, como ya hemos dicho, por primera vez se promueve la actividad internacional para prevenir, detectar y sancionar la corrupción.

7 Raigorodsky, Nicolás: La Importancia de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Sitio Web: www.pni.org.py

8 Manfroni, Carlos y Werksman, Richard. La Convención Interamericana Contra la Corrupción Anotada y Comentada. Pág. 10.

9 Manfroni, Carlos. La CICC Anotada... Pág. 223.

Todo ello la convierte en una pieza legal de indudable valor. Sin embargo, no se hace mención de la corrupción que se produce entre agentes privados, y la historia de la región, en cuanto a la ratificación y cumplimiento de convenios internacionales, hace pensar en la posibilidad de que este acuerdo no pase de ser letra muerta y en la práctica no sea ejecutada por los signatarios.

1.4- El Consejo de Europa y el Grupo de Estados Contra la Corrupción (Convención penal y Convención civil sobre corrupción)

El 27 de enero de 1999, el Consejo de Europa adoptó la Convención Penal sobre la Corrupción; y el 4 de noviembre del mismo año, la Convención Civil sobre la corrupción.

En la primera, se establece que cada Estado Parte deberá adoptar medidas legislativas que establezcan como delitos los sobornos, activo y pasivo, de funcionarios públicos de otros Estados, de funcionarios de organizaciones internacionales, de miembros de cuerpos legislativos o ejecutivos de los Estados y de miembros de asambleas parlamentarias internacionales. También establece que las partes deberán adoptar las medidas correspondientes para declarar punibles los sobornos, activo y pasivo, en el sector privado a propósito de una actividad mercantil. Establece además, medidas contra el lavado de dinero, aboga a favor de la cooperación entre los países, por una efectiva protección a quienes colaboren con la justicia en los casos de corrupción, entre otras medidas.

La Convención Civil sobre la Corrupción, tiene por objeto permitir que aquellos que han sido perjudicados por un acto de corrupción puedan recibir una compensación o puedan hacer valer sus derechos y sus intereses. Las posibles indemnizaciones a las que diera lugar un acto de corrupción podrían comprender tanto los daños patrimoniales sufridos como las ganancias dejadas de percibir, y la compensación por daños extramatrimoniales. También establece que todas las partes involucradas en el acto de corrupción puedan ser declaradas solidariamente responsables y se abre paso al establecimiento de la responsabilidad del Estado cuyo funcionario causó un perjuicio al involucrarse en un acto de corrupción.

Estas convenciones constituyen un gran adelanto en materia de lucha contra la corrupción, ya que cuentan con herramientas modernas y novedosas, como es el uso del derecho civil, por ejemplo. También admite la corrupción entre agentes privados, no estatales. No obstante, los logros alcanzados por las mismas no son muy optimistas, en comparación con lo esperado.

1.5- La Convención de la Unión Europea sobre Corrupción del 26 de mayo de 1997

El consejo de la Unión Europea, sobre la base de la letra c, del apartado 2 del articulo 30 del Tratado de Ámsterdam, antiguo articulo K del Tratado de la Unión Europea, estableció el 26 de mayo de 1997 el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

El Convenio se dirige a potenciar la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos, pero al mismo tiempo establece la responsabilidad penal de los jefes de empresas (articulo 6 del convenio). Esta disposición puede transformarse en una herramienta importante en el combate contra los sobornos transnacionales, aunque en este caso, limitado a los Estados miembros de la Unión Europea.

El convenio establece que al menos para los casos de corrupción más graves, los Estados miembros deberán establecer penas privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición; cuidándose asimismo de sancionar penalmente de forma eficaz, proporcionada y disuasoria la complicidad e instigación de los actos de corrupción.

A pesar de estos textos, en no pocos sectores se ha puesto de manifiesto la incapacidad de la Unión Europea para implementar medidas eficaces contra la corrupción transnacional.

1.6- La convención contra el soborno de funcionarios públicos en las transacciones comerciales internacionales o convención de la OCDE contra la corrupción.

El 17 de diciembre de 1997 un total de 34 países firmaron en París el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE. El 15 de febrero de 1999, el Convenio entró en vigor.

El Convenio tiene como objetivo asegurar una libre competencia, no viciada por prácticas corruptas. Este objetivo se ha traducido en el compromiso, asumido por los países firmantes, de introducir las modificaciones legales necesarias para poder castigar los actos de soborno a funcionarios públicos extranjeros realizados por sus nacionales, con el fin de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

Hasta el momento, un total de 23 países, han adaptado su legislación y ratificado el Convenio. Igualmente, estos países han sido sometidos a un proceso de evaluación en el seno de la propia OCDE, con el fin de comprobar la suficiencia de su legislación penal interna.

1.7- Efectos y resultados de estos convenios

Estos convenios han contribuido grandemente a la lucha contra la corrupción, a nivel internacional. Se ha logrado poner el tema en las agendas nacionales y se ha promovido la inquietud por parte de la sociedad civil en las naciones desarrolladas y en desarrollo. Han incentivado la creación de organismos no gubernamentales (algunos de carácter internacional) a los fines de luchar contra el flagelo. También, en muchos países, se ha actualizado la legislación y se han promovido la creación de leyes como la de libre acceso a la información, contratación y obras del Estado, códigos de buen gobierno, entre otras iniciativas.

No obstante, entendemos que estos convenios no han sido contundentes en la lucha contra este mal. Los niveles de corrupción en la mayoría de las naciones siguen iguales o peores (salvo

algunas excepciones) y algunas de las reformas que se han promovido como consecuencia de estos, han sido un verdadero fracaso en la práctica.

Entendemos que el problema de los convenios internacionales en materia de corrupción, no siempre es un problema de eficiencia como de eficacia. Efectivamente, lo que más debe preocupar a la comunidad internacional, no siempre es cuanto sea de eficiente en cuanto a la creación y remodelación de instituciones, sino cuan efectivo sea este, es decir, cuanto del tratado se cumple efectivamente en los diferentes países y los resultados que genera dicho cumplimiento.

¿Por qué estas convenciones y acuerdos en contra de la corrupción no han prosperado en cuanto a la ejecución de las políticas que proponen o no han logrado disminuir los niveles de corrupción percibidos por la población? ¿Por qué luego de la ratificación de los mismos los países, en especial los latinoamericanos, no han mostrado ningún avance responsable en la lucha contra este flagelo?

Entendemos que esto es debido, básicamente, al desinterés por parte de los funcionarios de los Estados signatarios a la hora de ejecutar las disposiciones de las convenciones, seguido del carácter de voluntariedad que tienen las mismas. En efecto, no existe en ellas ningún medio coactivo real que obligue a los países al cumplimiento efectivo de lo pactado. Estas convenciones, por su propia naturaleza, son incapaces de crear una verdadera obligación por parte de los Estados, recordando que quienes están encargados de ejecutar su cumplimiento son aquellos a quienes cuyo patrimonio se afecta directamente (los altos funcionarios públicos). De modo que no existen incentivos a la ejecución de estos acuerdos en un plazo adecuado. Los mismos son firmados y ratificados, a los fines de enviar una señal positiva, de lucha contra el flagelo, a la comunidad internacional (en especial a sus socios comerciales), pero a la hora de ejecutar las políticas y actualizar la legislación (tal como mandan las convenciones) no se realiza, o si se realiza, se trata de disfrazar una aparente reforma que al final no cumple con los objetivos buscados o que no surte los efectos deseados en la persecución de los infractores.

Como muestra de lo antes dicho, la República Dominicana, donde se ha ratificado la CICC en el año 1999 y la Convención de la ONU contra la corrupción en el año 2006, mostraba en el año 2001 un índice de percepción de la corrupción de 3.1 ocupando la posición 63 de la lista.10 En el año 2002 mejoró la percepción pasando del 3.1 al 3.5 y de la posición 63 a la 59. No obstante, en el índice del año 2003 comienza un declive en la percepción de la corrupción al pasar de 3.5 (2002) a 3.3 bajando de la posición 59 a la 70. Dicha tendencia se mantuvo durante el 2004 disminuyendo de 3.3 a 2.9 y pasando de la posición 70 a la 87. Durante el año 2005 el índice de percepción mantuvo más o menos los mismos niveles del año 2004 al pasar de un 2.9 a un 3.0 y subir de la posición 87 a la 85. Pero dicha tendencia no se mantuvo y por el contrario, se propinó una baja durante el año 2006 (año en que se ratifica la Convención de la ONU contra la corrupción) durante el cual el índice pasa de un 3.0 a un 2.8 y de la posición 85 bajó a la posición 99. Este constituye un panorama poco alentador para un país que, luego de ratificar dos de las más importantes convenciones contra la corrupción a nivel mundial, estaba llamado a mejorar sus niveles de transparencia y a fortalecer su legislación contra la corrupción.

		Empresa A	
		No sobornar	Sobornar
Empresa B	No sobornar	+5, +5	-10, **+10**
	Sobornar	**+10**, -10	**+1**, **+1**

1.8- ¿Por qué atacar los actos de corrupción desde un TLC?

Tal como dijera el Secretario General de la OCDE, durante un simposio sobre la "Corrupción y Buen Gobierno", "(la corrupción) distorsiona la competencia, origina costes de transacción, compromete el funcionamiento de un mercado libre y abierto y distorsiona la asignación de recursos a nivel internacional. La corrupción es un desincentivo para la inversión: los inversionistas rehuyen los países donde esta es endémica. Finalmente, las prácticas corruptas en relación con la ayuda al desarrollo, produce descrédito sobre los esfuerzos que se llevan a cabo y ofrecen una justificación para los recortes drásticos en las ayudas presupuestarias en los países donantes".[11]

La corrupción afecta directamente el crecimiento económico de las naciones, y lesiona particularmente al sector comercial, causando sobre éste efectos perversos tales como:

Disminución de la inversión en la economía de los países.

Generación de pagos indebidos de fondos (públicos o privados) que podrían ser dirigidos a actividades más productivas. En estos casos, la relación coste-beneficio para un proyecto de inversión deja de ser un criterio de selección.

Aumento de los costes y de los precios de los bienes y servicios.

Imposición de barreras al comercio internacional. Ello es una consecuencia de que los sobornos suelen darse con el fin de establecer monopolios de hecho. Los pagos indebidos tienen por objeto la exclusión del mercado de ciertas empresas competidoras.

Promueve la realización de otros actos ilegales típicos (contrabando, tráfico, etc.).

En fin, la corrupción afecta con vehemencia a la actividad económica y comercial de un país, corroyendo el correcto desarrollo de dicha actividad. Esto puede ilustrarse a través del dilema del prisionero[12]. Supongamos que dos empresas se encuentran realizando una negociación con una tercera en un país extranjero. Ambas empresas compiten entre sí por obtener una respuesta positiva de los directivos de la empresa extranjera y, como es de suponerse, ninguna conoce con seguridad la estrategia que la otra ha elegido. Frente a la incertidumbre existente, sobre quien ganará la negociación, estas se encuentran con el siguiente dilema: sobornar o no sobornar.

Como se muestra en la matriz de pagos, la estrategia dominante para ambas empresas, en el juego competitivo, es sobornar. Esto se explica en el hecho de que las empresas obtienen mayores beneficios (obtendrían +10, o lo que es lo mismo, todos los contratos de competencia internacional en juego) realizando el soborno, mientras que la empresa que decidiere no sobornar y actuar en forma ética, tendría que soportar las pérdidas de las transacciones que realice (-10) debido a la baja probabilidad de obtener un negocio en mercados competitivos. Si se trata de juegos repetidos, existe la posibilidad de que las empresas decidan actuar en forma correcta "no sobornando", con la intención de que sus competidores hagan lo mismo, toda vez que esta conducta es la más conveniente y deseable para el mercado en general (donde ambas empresas ganan +5); sin embargo, esto dependerá de muchos factores, por ejemplo, de la posibilidad de que otras empresas entren o no al mercado[13], de la confianza y credibilidad de las mismas empresas y su relación recíproca, etc. No obstante, y a la luz de la incertidumbre sobre la actuación del competidor, las empresas terminarán ofreciendo el soborno, por lo que acabarán

12 En este problema de teoría de juegos se supone que cada jugador, de modo independiente, trata de aumentar al máximo su propia ventaja sin importarle el resultado del otro jugador. Las técnicas de análisis de la teoría de juegos estándar, por ejemplo determinar el equilibrio de Nash, pueden llevar a cada jugador a escoger traicionar al otro, pero curiosamente ambos jugadores obtendrían un resultado mejor si colaborasen. Véase Pindyck, R.S. y Rubinfield, D.L. (2001): "Microeconomía", 5ª edición, Prentice-Hall, Madrid, Capítulos 12 y 13..

13 Si las empresas observan que una actuación honesta y transparente de su parte abre la posibilidad de entrada al mercado a otras empresas, estas optarán por omitir dicha actuación, ya que esto disminuiría sus beneficios.

utilizando la estrategia de sobornar, a los fines de obtener mayor o igual beneficio que sus competidores. La pérdida generada por el soborno es la cantidad de la ganancia esperada a la cual esta dispuesto a renunciar la empresa con tal de obtener el negocio, además de la pérdida de eficiencia que repercutirá negativamente sobre el bienestar social.[14]

Este dilema constituye un problema real, donde las empresas, individualmente, pueden desear la solución más correcta de un mundo donde predomine la ética y se prescinda del soborno, pero la competencia por alcanzar grandes beneficios en forma rápida les conduce al deplorable resultado de un "soborno generalizado".[15] Este panorama nos indica, que el comportamiento racional de las empresas, en un ambiente de competencia, lo es el actuar mediante sobornos.[16]

Encontrar una solución definitiva a este dilema parecería no ser posible, como afirman algunos expertos. No obstante, si bien no existe una solución definitiva y 100% confiable, podría proponerse la realización y firma de tratados de libre comercio entre las naciones cuyo intercambio comercial es elevado, como medida resolutora de dicho dilema.
Los Tratados de Libre Comercio (TLC) constituyen un conjunto de reglas establecidas por dos o más naciones, que estas se comprometen a cumplir, a los fines de beneficiarse de las ventajas que supone el libre intercambio de mercancías, por lo que, además de incluir cláusulas sobre transparencia (que son imprescindibles para este tipo de contratos), a través de estos se pueden crear sistemas sancionatorios mediante los cuales se obligue a las partes al cumplimiento de todos y cada uno de los compromisos contraídos (incluidos los de transparencia y combate de la corrupción).

Por ello, creemos que la corrupción puede ser atacada desde las iniciativas de integración comercial de las naciones, ya que a la hora de efectuar un tratado de libre comercio, estas deben velar por el establecimiento de reglas de transparencia y combate contra la corrupción, que no solo alienten a los futuros inversionistas, sino que envíen una señal de honestidad a todos los actores de la actividad comercial, tanto nacionales como de la región.

Entendemos que los TLC son más eficientes que los convenios internacionales contra la corrupción, debido a que generan coacción entre sus miembros: quien incumple alguna cláusula del tratado es susceptible de ser sancionado y hasta de ser suspendidos sus beneficios. Esto permite ofrecer incentivos positivos que evitan el incumplimiento de las partes, ya que ninguno tiene interés en renunciar a las ventajas comerciales que este ofrece. A su vez, se garantiza el establecimiento de reglas de juego claras y concisas para los participantes (primordialmente, para las empresas las cuales estarían seguras de que se respetarían las reglas sobre transparencia del tratado, por tanto, todos los jugadores tendrían que elegir como estrategia el no realizar sobornos); se garantiza, también, un mayor cumplimiento de la normativa del tratado (especialmente en el aspecto sobre anticorrupción y transparencia), ya que el incumplimiento del tratado podría acarrear numerosas sanciones que van desde cuantiosas indemnizaciones pecuniarias hasta la exclusión del miembro que ha irrespetado la norma en el tratado.

14 La pérdida neta, fruto del equilibrio en este juego (sobornar, sobornar), puede ser inferior a los valores estipulados (+1,+1) si se considera la pérdida de bienestar social que esta decisión implica. Para el ejemplo, solo se ha considerado la pérdida privada de las empresas.

15 Harold Johnson, "Bribery in International Markets: Diagnosis, Clarifications and Remedy", Journal of Business Ethics, vol. 4, diciembre de 1985, Pág. 451.

16 Este es el argumento utilizado por muchas empresas, principalmente norteamericanas, para rechazar las medidas internas tomadas por el Estado a los fines de eliminar la corrupción en el ámbito del comercio internacional.

1.8- ¿Por qué atacar los actos de corrupción desde un TLC?

Tal como dijera el Secretario General de la OCDE, durante un simposio sobre la "Corrupción y Buen Gobierno", "(la corrupción) distorsiona la competencia, origina costes de transacción, compromete el funcionamiento de un mercado libre y abierto y distorsiona la asignación de recursos a nivel internacional. La corrupción es un desincentivo para la inversión: los inversionistas rehuyen los países donde esta es endémica. Finalmente, las prácticas corruptas en relación con la ayuda al desarrollo, produce descrédito sobre los esfuerzos que se llevan a cabo y ofrecen una justificación para los recortes drásticos en las ayudas presupuestarias en los países donantes".[11]

La corrupción afecta directamente el crecimiento económico de las naciones, y lesiona particularmente al sector comercial, causando sobre éste efectos perversos tales como:
Disminución de la inversión en la economía de los países.

Generación de pagos indebidos de fondos (públicos o privados) que podrían ser dirigidos a actividades más productivas. En estos casos, la relación coste-beneficio para un proyecto de inversión deja de ser un criterio de selección.
Aumento de los costes y de los precios de los bienes y servicios.

Imposición de barreras al comercio internacional. Ello es una consecuencia de que los sobornos suelen darse con el fin de establecer monopolios de hecho. Los pagos indebidos tienen por objeto la exclusión del mercado de ciertas empresas competidoras.

Promueve la realización de otros actos ilegales típicos (contrabando, tráfico, etc.).
En fin, la corrupción afecta con vehemencia a la actividad económica y comercial de un país, corroyendo el correcto desarrollo de dicha actividad. Esto puede ilustrarse a través del dilema del prisionero12. Supongamos que dos empresas se encuentran realizando una negociación con una tercera en un país extranjero. Ambas empresas compiten entre sí por obtener una respuesta positiva de los directivos de la empresa extranjera y, como es de suponerse, ninguna conoce con seguridad la estrategia que la otra ha elegido. Frente a la incertidumbre existente, sobre quien ganará la negociación, estas se encuentran con el siguiente dilema: sobornar o no sobornar.

Como se muestra en la matriz de pagos, la estrategia dominante para ambas empresas, en el juego competitivo, es sobornar. Esto se explica en el hecho de que las empresas obtienen mayores beneficios (obtendrían +10, o lo que es lo mismo, todos los contratos de competencia internacional en juego) realizando el soborno, mientras que la empresa que decidiere no sobornar y actuar en forma ética, tendría que soportar las pérdidas de las transacciones que realice (-10) debido a la baja probabilidad de obtener un negocio en mercados competitivos. Si se trata de juegos repetidos, existe la posibilidad de que las empresas decidan actuar en forma correcta "no sobornando", con la intención de que sus competidores hagan lo mismo, toda vez que esta conducta es la más conveniente y deseable para el mercado en general (donde

2) Tratados de libre comercio: experiencia en naciones desarrolladas y la OMC.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

2.1- Los tratados de libre comercio y sus efectos en la economía

La existencia de varios Estados involucrados en las transacciones transnacionales, al menos el que da origen a los bienes, servicios o tecnologías y el que los recibe, cuando no terceros Estados intermediarios a través de los cuales se efectúan los pagos, hace que sean necesarias normas compartidas y más o menos similares entre estos.

Un tratado de libre comercio (TLC) consiste en un acuerdo comercial regional o bilateral para ampliar el mercado de bienes y servicios entre los países participantes. Básicamente, consiste en la eliminación o rebaja sustancial de los aranceles para los bienes entre las partes, y acuerdos en materia de servicios. Este acuerdo se rige por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o por mutuo acuerdo entre los países participantes. Sus efectos son los que se describen en el gráfico a continuación:

En la medida en que disminuyen los aranceles, el abaratamiento de los productos provoca que la población demande mayores cantidades de los mismos y esto genera un mayor dinamismo en el intercambio comercial entre las naciones. Un TLC no necesariamente conlleva una integración económica, social y política regional, como es el caso de la Unión Europea, la Comunidad Andina, el Mercosur y la Comunidad Sudamericana de Naciones.[17] Si bien estos se crearon para fomentar el intercambio comercial, también incluyeron cláusulas de política fiscal y presupuestaria, así como el movimiento de personas y organismos políticos comunes, elementos ausentes en un TLC convencional.

Los principales objetivos de un TLC son:

- Eliminar barreras que afecten o mermen el comercio.
- Promover las condiciones para una competencia justa.
- Incrementar las oportunidades de inversión.
- Proporcionar una protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual.
- Establecer procesos efectivos para la estimulación de la producción nacional.
- Fomentar la cooperación entre países amigos.
- Ofrecer una solución a controversias.

2.1- Armonía de la legislación

Una de las principales consecuencias del TLC es la armonización de la legislación concerniente al comercio, y como el aspecto de la transparencia afecta al comercio, también esta debe ser armonizada o más o menos homogenizada entre los países que firmen el acuerdo. Es por ello, que en el mismo se proponen cláusulas sobre la actualización y creación de leyes y reglamentos (cuando no existan disposiciones sobre el particular), como requisito previo a la ratificación del tratado.

A través de la homogenización de la legislación se persigue que entre los países firmantes, prevalezcan las mismas reglas de juego, o si bien no son idénticas, al menos que exista cierta compatibilidad entre las mismas.

Cuando nos referimos a la homogeneidad de la legislación, no se pretende que las leyes de todos los países miembros sean idénticas, sino que todos los aspectos legales concernientes al tratado sean similares y armónicos, que las conductas que sean sancionables en un Estado también lo sean en los demás, que las leyes que rigen para el otorgamiento de licencias y certificados sea, más o menos parecida, que los niveles de aplicabilidad de la legislación sean más o menos los similares.

17 Aunque consideramos que los tratados de integración económica, social y política, son más eficientes y cuentan con mejores herramientas de transparencia que los TLC tipo DR-CAFTA.

2.2- Ventajas de un TLC

Los tratados de libre comercio son importantes pues se constituyen en un medio eficaz para garantizar el acceso de productos a los mercados externos, de una forma más fácil y sin barreras. Estos tienden a beneficiar directamente a las poblaciones de los países donde se efectúan, toda vez que el Estado deja de percibir las ganancias generadas por los aranceles que se cobran en las aduanas con el fin de que dicho margen de ganancias sea transferido al consumidor final.

Además, permiten que aumente la comercialización de productos nacionales, se genere más empleo, se modernice el aparato productivo, mejore el bienestar de la población y se promueva la creación de nuevas empresas por parte de inversionistas nacionales y extranjeros. Pero además el comercio sirve para abaratar los precios que paga el consumidor por los productos que no se producen en el país.

Formalmente, el TLC se propone la ampliación de mercado de los participantes mediante la eliminación de los derechos arancelarios y cargas que afecten las exportaciones e importaciones. En igual sentido busca la eliminación de las barreras no arancelarias, la liberalización en materia comercial y de subsidios a las exportaciones agrícolas, la reestructuración de las reglas y procedimientos aduanales para agilizar el paso de las mercancías y unificar las normas fitosanitarias y de otra índole.

2.3- La experiencia de México y Chile

En Enero del 1994 entró en vigor el tratado de libre comercio entre México, Estados Unidos y Canadá, mejor conocido como NAFTA, por sus siglas en inglés. Este tratado tiene la particularidad de ser el primero en su clase que integra economías de países desarrollados y en vías de desarrollo.[18]

Mediante este tratado se buscaba promover las condiciones para una competencia justa, incrementar las oportunidades de inversión, proporcionar la protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual, establecer procedimientos eficaces para la aplicación del TLC y para la solución de controversias, fomentar la cooperación trilateral, regional y multilateral, entre otros.

Los resultados de este tratado, según el Prof. Ruiz Durán[19], en términos generales el comercio entre las tres naciones aumentó, al igual que la inversión extranjera. No obstante, esto no se ha traducido en mejoría de la calidad de vida de los mexicanos, ya que existe una debilidad en el tratado en el aspecto laboral.

Consideramos que un crecimiento en la inversión extranjera directa sobre un país es muestra del mejoramiento de los niveles de transparencia. Por ejemplo, en el caso de Canadá y Estados Unidos, países donde se han mantenido unos niveles de transparencia muy positivos, han visto aumentar sus niveles de inversión extranjera. En el caso de México, la percepción es de que ha mejorado (de un 3.1 que tenía en el año 1995 pasó a tener un IPC de 3.5 en el año 2005)[20], no obstante, dicho mejoramiento no ha sido sustancial, lo cual se constata en que la inversión extranjera directa no ha visto grandes crecimientos en los últimos años.

Lo antes dicho, también fue demostrado mediante una regresión simple realizada en base al Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de Transparencia Internacional y los datos sobre Inversión Extranjera Directa (IED) proporcionados por la CEPAL. Dicha regresión, arrojó como resultado que los niveles de Transparencia (o el IPC) de un país explica en un 23% el aumento o disminución de la IED. Según los datos analizados un aumento de un 10% en los niveles de transparencia (IPC) trae como resultado un aumento en los niveles de IED en un 22.8%.[21] Esto demuestra que la transparencia es un elemento importante a la hora de los inversionistas determinar el destino de sus capitales.

18 Hernández, Carlos. Recopilaciones sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. www.monografias.com

19 Ruiz Duran, Clemente. Profesor de e Investigador del Postgrado de Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México. "Integración de los mercados laborales en América del norte". 2006.

20 Transparencia Internacional. Índice de Percepción de la Corrupción. transparenciamexicana.org

21 Para el estudio se consideró el quinquenio 2002-2006, tanto del IED, como del IPC de los países latinoamericanos. Los datos técnicos de la regresión son: Log (IED)= 4.29 + 2.28 log (IPC) con una T (EST) = 2.23 y un R2=23.79%.

INGRESOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, POR PAÍS RECEPTOR, 2002-2006
(En millones de dólares)

País	2002-2006	2005	2006
América del Sur	**35,811**	**44,778**	**44,679**
Argentina	3,640	5,008	4,809
Bolivia	185	-242	237
Brasil	15,746	15,067	18,782
Chile	5,809	6,960	8,053
Colombia	4,706	10,255	6,295
Ecuador	1,545	1,646	2,087
Paraguay	51	75	117
Perú	2,227	2,579	3,467
Uruguay	633	847	1,374
Venezuela (Rep. Bol.)	1,269	2,583	-543
México y Cuenca del Caribe	**25352**	**26,583**	**27,760**
México	19,114	19,643	18,939
Costa Rica	830	861	1,436
El Salvador	342	517	204
Guatemala	186	208	325
Honduras	301	372	385
Nicaragua	237	241	290
Panamá	1,094	1,027	2,560
Rep. Dominicana	929	1,023	1,183
Surinam	-74	-37	-144
Trinidad y Tobago	884	940	883
Jamaica	621	682	621
Otros Caribe	888	1,106	1,078
Total	**61,163**	**71,361**	**72,439**

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), estimaciones sobre la base de cifras oficiales al 24 de abril de 2007.22

Fuente: Transparencia Internacional.

A continuación se muestra un cuadro con la evolución histórica del IPC para los países latinoamericanos:

País	2002	2003	2004	2005	2006	IPC Promedio 2002-2006
Argentina	2.80	2.50	2.50	2.80	2.90	2.70
Bolivia	2.20	2.30	2.20	2.50	2.70	2.38
Brasil	4.00	3.90	3.90	3.70	3.30	3.76
Chile	7.50	7.40	7.40	7.30	7.30	7.38
Colombia	3.60	3.70	3.80	4.00	3.90	3.80
Costa Rica	4.50	4.30	4.90	4.20	4.10	4.40
Ecuador	2.20	2.20	2.40	2.50	2.30	2.32
El Salvador	3.40	3.70	4.20	4.20	4.00	3.90
Guatemala	2.50	2.40	2.20	2.50	2.60	2.44
Honduras	2.70	2.30	2.30	2.60	2.50	2.48
México	3.60	3.60	3.60	3.50	3.30	3.52
Nicaragua	2.50	2.60	2.70	2.60	2.60	2.60
Panamá	3.00	3.40	3.70	3.50	3.10	3.34
Paraguay	1.70	1.60	1.90	2.10	2.60	1.98
Perú	4.00	3.70	3.50	3.50	3.30	3.60
Rep. Dominicana	3.50	3.30	2.90	3.00	2.80	3.10
Uruguay	5.10	5.50	6.20	5.90	6.40	5.82
Venezuela (Rep. Bol.)	2.50	2.40	2.30	2.30	2.30	2.36

Asimismo, hay autores que sostienen que el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México (NAFTA), "profundizó los lazos de amistad y aumentó el deseo de los mexicanos de aprender e imitar el funcionamiento de las instituciones democráticas americanas"[23], por lo que se le atribuye a este las nuevas corrientes democráticas y la nueva forma de hacer política en esta nación.

Por otro lado, luego de una década de negociaciones, entró en vigencia el tratado de libre comercio entre EU y Chile en enero del año 2004. Este tratado es el primero en reconocer la importancia de la transparencia en las reglas de aplicación general adoptadas por entidades autorreguladoras. No obstante, pese a que los niveles de inversión extranjera directa crecieron durante el primer año del tratado (2004 cuando su IPC fue de 7.4), posteriormente han ido decayendo, lo que se corresponde con la disminución de su IPC durante los años 2005 (7.3) y 2006 (7.3).

Ciertamente, las expectativas de este tratado no han sido llenadas para los chilenos, al menos durante los tres primeros años de su implementación. No obstante, Chile, antes de firmar el tratado, ya contaba con unos niveles de transparencia buenos, por lo que posiblemente, las normas del tratado no tengan la misma influencia que tendrían en una nación con un nivel menor de transparencia.

22 La inversión extranjera en América Latina y el Caribe. CEPAL. Año 2006.

23 Chávez, Rodrigo. Efectos políticos de NAFTA y CAFTA. Publicada 13 de junio de 2006, El Diario de Hoy. http://www.elsalvador.com/noticias/2006/06/13/editorial/edi4.asp

2.4- La OMC y su mecanismo sancionador

Hoy en día, la integración de las economías mundiales es de tal magnitud que las políticas económicas nacionales de una potencia afectan a todas los demás. Esto ha provocado la aparición de nuevos argumentos a favor del proteccionismo, los cuales afirman que las políticas económicas de algunos países tienen resultados muy perjudiciales. Las reglas sobre comercio surgidas en el seno del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) no hacían referencia alguna a las políticas nacionales, pero la Organización Mundial del Comercio (OMC) tiene, al menos en teoría, la potestad de dirimir las disputas comerciales entre los diferentes países.

La OMC es el organismo internacional que se ocupa de validar las normas que rigen el comercio entre los países. Constituye el único de los organismos multilaterales con capacidad reconocida para sancionar a los países miembros por el incumplimiento de sus reglas. Los pilares sobre los cuales descansa son los acuerdos y tratados que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial, y ratificados por sus respectivos parlamentos.

El principal objetivo de la OMC es "ayudar a que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible" (OMC, 2001). Esto es, trata de eliminar las barreras al librecambio que los estados han ido creando con los años para proteger a sus economías y, en definitiva, a la seguridad económica de sus ciudadanos y ciudadanas, con el objetivo final de alcanzar un sistema de libre comercio mundial.

En los años recientes, la OMC se ha convertido en la piedra angular del sistema internacional. Ello es debido, principalmente, a su mecanismo sancionador, el cual permite a la organización castigar a los países que no cumplen las reglas.[24] Dicho mecanismo tiene un efecto disuasorio importante, ya que, aumenta los costes del incumplimiento y, por tanto, disminuye los incentivos de los países a no cumplir.
El procedimiento de la OMC para resolver desacuerdos comerciales previsto por el Entendimiento sobre Solución de Diferencias es vital para garantizar el cumplimiento de las normas y asegurar así la fluidez del comercio. El mismo se realiza a través del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) y sus Paneles de Expertos. Estos Paneles de Expertos actúan como un tribunal cuando un país o grupo de países miembros denuncian a otro país por incumplir algún acuerdo de la OMC. Las opiniones de los expertos independientes designados especialmente para la ocasión se basan en la interpretación de los acuerdos y de los compromisos individuales contraídos por los países. Sus resoluciones son vinculantes y pueden derivar en sanciones comerciales.[25]

Frecuentemente, el sistema alienta a los países a que solucionen sus diferencias mediante la celebración de consultas. Si esto no surte efecto, pueden iniciar un procedimiento detalladamente estructurado que consiste en varias fases e incluye la posibilidad de que un grupo de expertos adopte una resolución al respecto y el derecho de recurrir contra tal resolución alegando fundamentos jurídicos.

La confianza en este sistema ha quedado corroborada por el número de casos sometidos a la OMC, que al 1ro. de septiembre del 2003 ascendían a 301, frente a las 300 diferencias examinadas durante toda la vigencia del GATT (1947-1994).26
Este mismo procedimiento es establecido a través de los tratados de libre comercio, a los fines de que se sancione el incumplimiento del tratado por parte de uno de sus miembros, con sanciones firmes, disuasorias y efectivas, de forma tal que si un Estado incumple una disposición en materia de transparencia o de anticorrupción, este sea sancionado. Dicha sanción puede ser tanto una cuantiosa y eficaz indemnización, como restricciones al mismo tratado o la exclusión del país en cuestión del mismo.

24 El Sistema de Gobierno Global, Comisión del Episcopado de la Comunidad Europea. www.mercaba.org/DOCTRINA%20SOCIAL/OB/comece_gobierno_global.2001.pdf

25 Observatori del Deute en la Globalització. Guía Publicada Diciembre 2003. http://es.oneworld.net/article/archive/4600/

3) El DR CAFTA.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

3.1- Definición y objetivo

El Dominican Republic Central America Free Trade Agreement (DR-CAFTA) o Acuerdo de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, fue firmado el 5 de agosto del 2004. Este tiene como principal objetivo estimular la expansión y diversificación del comercio, y aumentar las oportunidades de inversión entre las partes, asegurando un marco comercial previsible para la planificación de las actividades de negocios y de inversión, tomando en cuenta la protección de los derechos de propiedad intelectual y la creación de procedimientos para la aplicación y cumplimiento del Tratado.[27] Llama la atención que en el artículo 1.2, letra (f) del Tratado, se especifique como un objetivo: "crear procedimientos eficaces para la aplicación y el cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta, y para la solución de controversias", lo cual es un aspecto novedoso en este tipo de acuerdos con el que se busca enviar una señal de obligatoriedad de cumplimiento para las partes.

3.2- Antecedentes

A partir del año 1997, la República Dominicana cambió su forma de hacer política exterior, abandonó su antiguo sistema el cual estaba muy condicionado por la Guerra Fría y por una estructura productiva centrada en la exportación de azúcar al mercado de los Estados Unidos. En ese año, el país se dotó por primera vez de una política exterior pro-activa con objetivos más o menos claros, y de un embrionario andamiaje institucional de soporte.

En materia comercial, la RD buscó la apertura con los países de la región (Caribe y Centroamérica), donde predominaba un nivel económico y social más o menos homogéneo. El primer frente fue Centroamérica, con la propuesta de un acuerdo de libre comercio.

El segundo fue el Caribe, en especial hacia la CARICOM (Comunidad del Caribe) con la propuesta de un acuerdo de libre comercio, y Cuba, con la intensificación de los intercambios bilaterales. El tercer frente fue Haití, con la conformación de una comisión binacional y un número de subcomisiones cuyo objetivo era llegar a acuerdos en un número de áreas de interés común como comercio y migración. A estas iniciativas se sumaron las negociaciones con la Unión Europea (UE) en el marco del proceso hacia Cotonou y posteriormente hacia los Acuerdos de Asociación Económica, el proceso hacia el Acuerdo de Libre Comercio de Las Américas (ALCA), y las negociaciones permanentes en la OMC.28

En todos estos frentes, la República Dominicana obtuvo logros concretos. Tanto con la CARICOM como con Centroamérica, el país suscribió acuerdos de libre comercio de naturaleza avanzada, y fortaleció alianzas regionales. De hecho, el Presidente de la República Dominicana lanzó la llamada "alianza estratégica" entre Centroamérica y el Caribe cuyos objetivos eran maximizar el potencial de la región dentro del proceso de integración hemisférica y ante otros desafíos extra regionales, asegurar la equidad de esta alianza, respetando el derecho de cada aliado a seguir trabajando independientemente a favor de sus metas nacionales particulares, y aportar algunos de los mejores recursos humanos, para la defensa de los intereses de la región. Esta propuesta fue la primera señal de una visión estratégica desde el Estado

27 Articulo 1.2 del DR-CAFTA.

28 Isa-Contreras, P. & Aquino-Gomera, W.: "DR-CAFTA: Resultados para la agricultura de la República Dominicana". Centro de Investigación Económica para el Caribe y Fundación Friedrick Ebert, Santo Domingo, R. D., (2004)

29 Isa-Contreras, P. & Santos-Reyes, F.: "DR-CAFTA: Algunos aspectos laborales relevantes para la República Dominicana". Centro de Investigación Económica para el Caribe y Fundación Friedrick Ebert, Santo Domingo, R. D., (2004)

donde la integración regional y la consolidación de posiciones comunes de negociaciones se constituían en una respuesta a la globalización en un marco de asimetrías de poder con respecto a países más grandes y desarrollados.

Al mismo tiempo, el país adoptó posiciones muy específicas y jugó roles protagónicos en las negociaciones del Acuerdo de Cotonou y el proceso hacia el ALCA, así como en Ginebra en la OMC.29 En el mismo orden, la RD fue sede de la Reunión de los países ACP (África, Caribe y Pacifico), donde fueron tratados temas de gran importancia para la integración económica de los mismos. En todos estos casos las alianzas internacionales fueron un componente central de las estrategias para el alcance de metas concretas para los países en desarrollo como la defensa del estatus impositivo de las zonas francas de exportación, y la incorporación del Trato Especial y Diferenciado (TE&D) para países pequeños y en desarrollo en los principios de los acuerdos.

Posteriormente, el país se dotó de una estructura institucional para la conducción de esos procesos. Se creó la Comisión Nacional de Negociaciones Comerciales (CNNC) que aglutina a todas las instituciones gubernamentales relacionadas con el comercio exterior en una sola instancia negociadora bajo el liderato de la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores (SEREX), y al crear mecanismos específicos para la participación civil en los procesos de negociación, con el establecimiento del Comité Consultivo de la Sociedad Civil (CCSC) adscrito a la CNNC.

En síntesis, esa estrategia de construcción de alianzas llevó al país a coordinar con relativo éxito posiciones comunes con los países de la Comunidad del Caribe (CARICOM), de la Comunidad Andina en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), y con el llamado Grupo de Países Afines (Like-Minded Group) en la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Sin embargo, esa política exterior que priorizaba la consolidación de coaliciones con otros países en desarrollo sobre la base de una agenda de intereses comunes, tuvo que cambiar en mayo de 2002. Este cambió se debió a la propuesta lanzada por el Presidente Bush a los países de Centroamérica para explorar la negociación de un acuerdo de libre comercio con los Estados Unidos, y de la reacción del grupo de interés con mayor intención de que se concretizara dicho acuerdo: las zonas francas de exportación.

Este sector, que había permanecido básicamente indiferente a la estrategia de los últimos años, incluso en relación a los esfuerzos dominicanos (junto a muchos otros países en desarrollo) por obtener una dispensa temporal en la OMC para las zonas francas, cuyas exenciones impositivas no son permitidas en virtud del Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias, vio amenazado su acceso al mercado de los Estados Unidos, especialmente para las confecciones amparadas bajo la ley emitida en 2000 llamada Caribbean Basin Trade Partnership Act (CBPTA).

A los fines de lograr entrar en el tratado, el gobierno dominicano se esmeró por obtener el favor de la Administración Bush y así sumarse al grupo centroamericano en las negociaciones. El gobierno dominicano rompió las alianzas regionales y globales, redujo a su mínima expresión la visibilidad dominicana y se hicieron amplias concesiones en el ALCA, el país se escurrió de los grupos con quienes había establecido lazos en la OMC y renunció a todas aquellas posiciones que fuesen diferentes a las de los Estados Unidos. Más aún, la República Dominicana se comprometió parcialmente a no cooperar con la Corte Penal Internacional en casos de violaciones a los derechos humanos por parte de ciudadanos de los Estados Unidos, y hasta se enviaron tropas a Irak. El gobierno dominicano quería enviar señales muy claras: el país está dispuesto a cualquier cosa con tal de evitar que Centroamérica logre un acceso superior al mercado de los Estados Unidos. No obstante, mientras el país hacía concesiones muy amplias en el ALCA y la OMC, Centroamérica y los Estados Unidos no cedían a las peticiones dominicanas de adhesión al proceso.

Finalmente, en agosto del año 2003, cuando las negociaciones entre los Estados Unidos y Centroamérica casi concluían, y cuando el gobierno dominicano había cedido lo suficiente a los ojos de la Administración Bush, ésta comunicó al Congreso de su país su intención de adherir a la República Dominicana a las negociaciones del acuerdo con Centroamérica.

Sin embargo, en su carta al Congreso, el Representante Comercial de los Estados Unidos señalaba explícitamente que la negociación con la RD se limitaría a las listas de desgravación y que el acuerdo asumiría las mismas normativas comerciales negociadas entre los Estados Unidos y Centroamérica. En efecto, dicha carta señalaba de manera explícita que la negociación con la República Dominicana se limitará al tema de acceso a mercados, mientras que para el resto de las disciplinas (servicios, propiedad intelectual, compras gubernamentales, solución de controversias) se ajustará a las negociaciones en proceso con los países del istmo.[30]

30 Carta de Robert Zoellick, Representante Comercial de los Estados Unidos al Congreso de los Estados Unidos. Agosto 2003.

Al mismo tiempo, se acordó un calendario de trabajo que incluía solamente tres rondas de negociación en apenas tres meses (algo sin precedentes en la historia de las negociaciones comerciales). Estas iniciarían en enero de 2004, cuando hubiese concluido la negociación con Centroamérica. De esta forma, la RD quedó atrapada frente a los hechos consumados, forzada a acordar un universo muy reducido de un tratado fundamentalmente negociado entre Centroamérica y los Estados Unidos, y que tendría profundas implicaciones para el acervo de instrumentos de política y para marco de políticas de desarrollo de largo plazo (comercio, inversiones, sistemas de aprendizaje

e innovación, régimen fiscal y gasto público, entre otros).

Pese a todas la dificultades y desventajas padecidas a lo largo del proceso de inclusión, negociación y posterior ratificación del tratado, la RD persistió en su lucha por la entrada en el mismo, no debido a que el mismo fuese a representar grandes beneficios para la el país, sino porque de quedar fuera del tratado se encontraría en una seria desventaja frente a sus competidores de la región, lo cual se agrava por el gran auge de la economía China, cuyas exportaciones afectan actualmente al comercio mundial.

3.3- Beneficios del tratado

- No obstante las vicisitudes acaecidas durante el proceso de firma, las expectativas del tratado son buenas, ya que se espera la concreción de algunos beneficios, entre los cuales se citan:
- Incremento de la productividad y la competitividad.
- Promoción de la movilidad social y fortalecimiento de las instituciones democráticas.
- Eliminación de las tarifas sobre muchos productos provenientes de los Estados Unidos.
- Estos constituyen el 80% de las importaciones dominicanas y reducirá de un 20% a un 30% los costos de mercancías entregadas CIF de una gran cantidad de artículos que los dominicanos consumen diariamente. Artículos como: piezas para vehículos, herramientas de trabajo, mariscos, electrodomésticos, útiles escolares, pañales, computadoras y demás.
- Contribución con la gestión de prevención de la corrupción, ya que el tratado incluye compromisos específicos para proveer a las empresas y ciudadanos un mayor acceso al proceso de toma de decisiones por parte del Estado.
- Mayor regulación de las compras de productos y servicios por parte del gobierno, lo que garantiza mayores niveles de competencia y transparencia.
- Promoción de la inversión Estatal en educación, bienes sociales e infraestructuras.

En fin, del tratado se espera la mejoría de las economías de la región y, por vía de consecuencia, de sus habitantes.

3.4- Disposiciones del tratado

A continuación describimos, brevemente, los principales cambios y disposiciones del tratado, que surtieron efecto para la República Dominicana, a partir de su entrada en vigor durante el mes de Junio del año 2007.

Reducción de aranceles para las importaciones provenientes de los Estados Unidos y los países de Centroamérica. Dentro de los más importantes, se encuentra una eliminación inmediata de los aranceles de importación para 4,326 productos, incluyendo 2,686 materias primas que actualmente pagan tarifas de 3%, y 969 productos que actualmente tienen tarifas de 20% aproximadamente. Más adelante proporcionamos algunos ejemplos de estos productos.

[31]Tratamiento más favorable de las exportaciones dominicanas en los mercados de los Estados Unidos y Centroamérica. Esto incluye la entrada libre de aranceles a los Estados Unidos de 99.6% de todos los productos, incluyendo textiles. En el caso del calzado, algunos irán del actual arancel de 37% a tratamiento libre de aranceles. Las reglas de origen serán más flexibles, principalmente en las industrias de calzados y textiles, favoreciendo el ensamblaje con materia prima proveniente de fuera de los países del DR-CAFTA.[32]

Protección de las importaciones de productos agrícolas sensibles hacia la República Dominicana por un largo período de reducción arancelaria, mediante contingentes arancelarios, y/o salvaguardias agrícolas especiales.

33Protección jurídica más efectiva y medios de solución de disputas más favorables y efectivos para los inversionistas. Adicionalmente, muchas compañías internacionales ya miran el país como una buena plataforma geográfica y de negocios para tocar las puertas y exportar hacia los mercados de los Estados Unidos y Centroamérica.[34]

Mayor seguridad de que la legislación Dominicana en materia laboral y ambiental será aplicada de manera efectiva. Cualquier persona de un país del DR-CAFTA podrá someter una denuncia que asevere que una Parte (país participante) no está cumpliendo con la aplicación efectiva de su legislación ambiental. La falta de cumplimiento podría costar al país hasta 15 millones de dólares anuales. El tratado prevé mecanismos de aplicación valiosos para proteger el medio ambiente y las leyes laborales.[35]

Se ha fomentado la transparencia, la cual estimula las inversiones y la creación de empleos. El país acordó publicar sus leyes, regulaciones, procedimientos y reglamentaciones administrativas de aplicación general relativas a cualquier asunto cubierto por el Tratado. De hecho, ya se han aprobado en el Senado las leyes sobre libre acceso a la información y de obras y concesiones del Estado. También, se acordó publicar con antelación cualquier medida que se proponga adoptar, y proveer a las personas interesadas o a las Partes, una oportunidad razonable para comentar dichas medidas propuestas. La RD también se comprometió a eliminar el soborno y la corrupción en el comercio y la inversión internacional, tipificando como ofensa criminal el que un oficial reciba un soborno, que una persona ofrezca un soborno, así como el que

31 Capítulo III del DR-CAFTA.

32 Esto debido a la flexibilidad de las reglas de origen que propone este TLC.

33 Capítulos III y VIII del DR-CAFTA.

34 Capítulo X del DR-CAFTA.

35 Capítulos XVI y XVII del DR-CAFTA.

36 Capítulo XVIII del DR-CAFTA.

37 Artículos 18.2-18.5 del DR-CAFTA.

cualquier persona ayude, instigue o conspire en dichas ofensas. Esto es realmente difícil de llevar acabo, e indudablemente, el impacto completo de estas medidas tomará tiempo.[36]

La institucionalización es uno de los grandes beneficios del DR-CAFTA. El país está requerido a cumplir con la ley y con las reglamentaciones y decisiones administrativas aprobadas. El mecanismo de solución de controversias es muy eficiente y acelerado, instando al cumplimiento por parte de los gobiernos. También sobre este aspecto abundaremos en el próximo capitulo. Como se observa, este tratado utiliza las mismas herramientas que se describen en tratados de su especie. No obstante, posee algunos aspectos novedosos, como los capítulos de transparencia y resolución de controversias que lo ponen por encima de muchos acuerdos de su clase.

En general, el tratado propone cuestiones de gran importancia para el comercio intra-regional. Ahora bien, si no se cumplen las disposiciones previstas en el mismo, difícilmente este pueda cumplir sus objetivos y fomentar el bienestar esperado. Por lo tanto, se hace obligatorio el establecimiento de sanciones y mecanismos coactivos que influyan en el comportamiento (por demás racional) de sus miembros.

3.5- Transparencia y anticorrupción en el DR-CAFTA

El capítulo 18 del DR-CAFTA trata el tema de la Transparencia. A su vez, este capítulo se divide en dos secciones: una que versa específicamente sobre la transparencia y otra que trata los asuntos de anti-corrupción.

En la Sección A (sobre transparencia) el tratado requiere que cada Parte garantice que sus leyes, regulaciones, procedimientos y decisiones administrativas de aplicación general relativas a cualquier asunto cubierto por el Tratado sean prontamente publicadas o puestas a disposición de personas interesadas y Partes, de una manera que les permitan familiarizarse con ellas. También requiere, en la medida de lo posible, la publicación por adelantado de cualquier medida que se proponga adoptar, y requiere que sea otorgada una oportunidad razonable a personas interesadas y a las Partes para que comenten dichas medidas propuestas.[37]

Con estas medidas se busca evitar la incertidumbre entre las empresas extranjeras que tengan intención, tanto de importar como de exportar productos hacia y desde la Republica Dominicana. Esto promueve un clima de claridad y transparencia en la actividad comercial, que se traduce en un mayor flujo de inversiones. Al hacerse efectivo estas reglas, el tratado evita la creación de costes de transacción adicionales (que implica la búsqueda la info) y se corrige la incertidumbre por parte de los inversores extranjeros. Así se promueven reglas claras y de aplicación para todos.

Por otro lado, en la sección B (sobre Anti-corrupción) se declara la intención de "las Partes de eliminar el soborno y la corrupción en el comercio e inversión internacional". En tal sentido, el tratado provee varios mecanismos para lograr que sea más difícil la comisión de actos de soborno y corrupción en el comercio y la inversión internacional. El tratado contribuirá a la creación de una cultura de negocios y buen gobierno que rechace las prácticas de corrupción. La República Dominicana acordó mantener las legislaciones o medidas necesarias para establecer que sea una ofensa penal bajo su legislación en asuntos que afecten el comercio o la inversión, el que un funcionario público solicite o acepte, directa o indirectamente, cualquier artículo de valor monetario u otro beneficio, tales como favores, promesas o ventajas personales a cambio de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones públicas. También es una ofensa penal ofrecer dichos beneficios, y ayudar, instigar o conspirar en estas ofensas. Según se expresa precedentemente, estos cambios no ocurrirán en un día, pero el DR-CAFTA provee herramientas a las leyes actuales y futuras imponiendo altos costos por el no cumplimiento.

4) Efectos esperados del DR-CAFTA sobre la transparencia en la República Dominicana.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

4.1- Obligatoriedad del cumplimiento de las reglas y de transparencia en los procesos: efecto coercitivo

Cuando se suscribe un acuerdo de libre comercio entre una o varias naciones, se busca que todo lo estipulado en el mismo sea de total aplicación en los territorios de quienes han firmado. Nadie realiza un acuerdo con otro, a la espera de que este incumpla, mucho menos, si se trata de un acuerdo donde está implicado el bienestar de varios países. Como en todo contrato, lo más importante es el cumplimiento total de lo que se ha estipulado. Solo si se cumplen los compromisos asumidos se podrá disfrutar de las ventajas y beneficios que de este se desprenden. Si por alguna razón, las Partes no cumplen con lo estipulado, el tratado estará condenado al fracaso.

Es por ello que el DR-CAFTA posee una serie de herramientas encaminadas a prevenir el incumplimiento y a aplicar sanciones para los incumplidores. Un ejemplo de estas puede observarse en el articulo 5.9 del tratado, el cual indica que: "Cada Parte adoptará o mantendrá medidas que permitan la imposición de sanciones civiles o administrativas, y cuando sea apropiado, penales, por violaciones de su legislación y regulaciones aduaneras, incluyendo aquellas que rijan la clasificación arancelaria, la valoración aduanera, el país de origen y la solicitud de trato preferencial bajo este Tratado". De esta forma, el TLC obliga al Estado a promover el cumplimiento del tratado entre sus ciudadanos y ciudadanas.

Otro artículo del tratado dirigido a promover la transparencia y contrarrestar la corrupción lo es el articulo 9.13 sobre garantía de integridad en las prácticas de contratación, en el cual se estipula que: "De conformidad con el Artículo 18.8 (Medidas Anti-Corrupción), cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos para declarar la inelegibilidad para participar en las contrataciones de la Parte, ya sea indefinidamente o por un período establecido, de los proveedores que la Parte determine que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación. Previa solicitud de otra Parte, la Parte identificará a los proveedores determinados como inelegibles bajo estos procedimientos y cuando resulte apropiado, intercambiará información con respecto a estos proveedores o la actividad fraudulenta o ilegal." De esta manera se envía una señal al mercado sobre la importancia de la honestidad y las buenas prácticas comerciales, quitando incentivos a las actuaciones corruptas, ya que se aumentan los costes de las conductas ilegales. Posiblemente, un proveedor pueda sobreponerse a una sanción pecuniaria, y hasta penal, por una actuación ilegal o incorrecta, pero difícilmente pueda subsistir y ofrecer sus servicios en el mercado, si se encuentra en una lista de "inelegibles", debido a su historial corrupto. Este tipo de medidas revierten la situación presentada por el dilema del prisionero que vimos al principio.

Ahora bien, las estipulaciones que se han visto hasta ahora, comprometen al Estado a realizar actos que vayan en pro de la transparencia y la honestidad. No obstante, tal y como hemos planteado anteriormente, el grave problema está en que sea el mismo Estado (a través de sus funcionarios de turno) el que evite, impida o desaliente las reformas que son necesarias para el cumplimiento de sus disposiciones. Es por ello, que los TLC deben estipular medidas sancionadoras para la Parte o las Partes que no cumplan o violen disposiciones previstas en el tratado.

Para ello, el DR-CAFTA prevé en su capítulo 20 la Solución de Controversias, donde se utiliza un mecanismo similar al de la OMC, en el cual la parte afectada puede denunciar a quien ha incumplido el contrato. A diferencia del sistema de la OMC, el previsto en el TLC se caracteriza por no tener instituciones permanentes con funciones administrativas o jurisdiccionales: no se prevé la existencia de una Secretaría, de un Órgano de Solución de Controversias (OSD) ni tampoco de un órgano de apelación.

No obstante, y tal y como se hace en la OMC, antes de llegar a un enfrentamiento entre Estados por algún incumplimiento o falta, las partes deben agotar una primera instancia de mediación y conciliación, que son los principios que deben prevalecer en estos casos. Así el articulo 20.1 plantea: "Las Partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación de este Tratado y, mediante la cooperación y las consultas, se esforzarán siempre por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento".

Tal y como se explica en el articulo 20.2, la aplicación de las disposiciones para la solución de controversias de este son aplicables: (1) A la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado; (2) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o que otra Parte ha incumplido de alguna manera con las obligaciones de este Tratado; y (3) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo, en el sentido del Anexo 20.2.

He aquí el principal instrumento del tratado para garantizar su cumplimiento y donde esta cimentada su fortaleza como instrumento internacional que promueve la transparencia y la lucha contra la corrupción. Siempre que un Estado detecte actos de corrupción en otro podrá denunciarlo a las autoridades, para que estas tomen carta en el asunto, y de no hacerlo, el Estado estaría incumpliendo su compromiso de transparencia y firme lucha contra la corrupción, por lo cual podría ser sancionado por medio de un tribunal arbitral. Sin embargo, se entiende que la participación de árbitros se dará únicamente en caso de un prologando tiempo de no avance en el conflicto; es decir, las partes deben reconocer el estancamiento de las negociaciones y nombrar de común acuerdo a una comisión arbitral. El procedimiento para nombrar la comisión arbitral está regido en el CAFTA, donde se establece que las partes deberán escoger tres árbitros, entre los cuales habrá un presidente de común acuerdo; en el caso de no haber acuerdo, se dirimirá por sorteo.

El CAFTA garantiza el debido proceso, la confidencialidad, la no retroactividad y la oportunidad de defensa y réplica. Una vez emitido el laudo, las partes deben acatarlo sin protestar; de no hacerlo, se verán suspendidos los beneficios concernientes al CAFTA, más no sus obligaciones.

En esta forma, cada parte se convierte en guardián del tratado, vigilando por el fiel cumplimiento de todos los demás.

Esto constituye una garantía para todas partes, ya que los incentivos hacia el incumplimiento disminuyen con este tipo de cláusulas. Esta es la principal garantía, tanto para empresas como para inversionistas de que las cláusulas sobre transparencia que antes hemos mencionado se cumplirán, por lo que todos estarán de acuerdo en actuar de forma transparente y honesta a la hora de realizar cualquier negociación. Entendemos que de esta manera se hace frente a la situación planteada por el dilema del prisionero. Una vez todos los actores del tratado conozcan plenamente las reglas, cuenten con información veraz, práctica y eficiente, los incentivos a ofrecer o solicitar sobornos por parte de los empresarios y hacia los funcionarios públicos mermarán.

4.2- Efecto final esperado del tratado y corrección de posibles fallos

Como ya se ha mencionado, el dilema del prisionero varia su resultado una vez se incorpore la situación de certidumbre acerca de la transparencia en las transacciones comerciales del mercado. Esto así, debido a que las empresas pasan de un contexto sin regulación, donde reina la incertidumbre y la corrupción generalizada, a una situación regulada donde se cuenta con información y la transparencia es la regla.

Efecto en economías sin regulación: Empresas en igualdad de condición, en competencia y sin reglas de transparencia (la regla es el soborno generalizado).

27 Articulo 1.2 del DR-CAFTA.

		Empresa A	
		No sobornar	*Sobornar*
Empresa B	*No sobornar*	*+5, +5*	*-10,* ***+10***
	Sobornar	***+10****, -10*	***+1, +1***

Este efecto se explica debido a que la falta de reglas y la feroz competencia reinante entre las empresas, acompañadas de la incertidumbre sobre las actuaciones de las competidoras, motivan a que la estrategia dominante sea sobornar; la cual se constituye en una situación indeseable de sobornos generalizados, donde el más perjudicado es el bienestar social.[38]
Efecto de una sanción esperada unilateral (FCPA en EEUU): Para una empresa el coste del soborno es más elevado que para la otra.

		Empresa A	
		No sobornar	*Sobornar*
Empresa B	*No sobornar*	***+5****, +5*	***-10****,* ***+10***
	Sobornar	*-10, -10*	*-19,* ***+1***

En el caso expuesto, una de las empresas se encuentra en desventaja. Cuando un país, EEUU por ejemplo, emite una legislación donde se sanciona la corrupción para sus empresas, exclusivamente; esto les crea un gran perjuicio como se observa en la matriz de pagos. En el ejemplo contamos con dos empresas: A y B. La empresa A es originaria de un país asiático, donde no se ha prohibido el uso de prácticas corruptas en el extranjero, mientras que la empresa B es originaria de Estados Unidos, donde se aplica la FCPA para todas las empresas. La empresa A sabe que la empresa B tiene prohibido sobornar, por lo que su estrategia dominante será siempre ofrecer soborno, de esta manera tendrá garantizada la negociación (obtiene una ganancia de +10, o lo que es lo mismo, todos los negocios, mientras la otra empresa soporta las pérdidas, su pago es de -10). La empresa B sabe que la empresa A sobornará; sin embargo, el coste de sobornar e igualarse a su competidora es muy elevad, ya que espera tener una sanción de -20 en su país, debido a la aplicación de la FCPA. Si decide sobornar, mientras que, hipotéticamente la compañía A no lo haga, seguirá teniendo una pérdida de -10 y si ambas sobornan su perdida será aun mucho mayor. Por lo tanto, la estrategia dominante de la empresa B será la de no sobornar, lo que significa que en una próxima negociación, bajo las mismas condiciones, no se molestará siquiera en participar, lo que degenera en una cuantiosa pérdida de competitividad para las empresas de la nación que ha realizado la regulación unilateralmente.
En conclusión, la certidumbre de la empresa A sobre la actuación de la empresa B la coloca en una mejor posición que a su competidora, lo que nos lleva al equilibrio (no sobornar, sobornar).
En la presente situación, vemos una competencia desleal y asimétrica, donde la aplicación de medidas unilaterales para una o más empresas representa una desventaja en el mercado competitivo. Por lo que se considera que estas medidas (de carácter unilateral) si bien contribuyen con la disminución de los actos de corrupción, no mejoran el bienestar social y generan incentivos perversos.
Efecto esperado de sanciones para ambas empresas: El coste del soborno se eleva debido a la sanción esperada, en consecuencia, ninguna soborna (economías con regulación homogénea y efectiva).

38 Este juego ya ha sido explicado en el capítulo 1.

		Empresa A	
		No sobornar	*Sobornar*
Empresa B	*No sobornar*	***+5****,* ***+5***	***-10****, -10*
	Sobornar	*-10,* ***-10***	*-15, -15*

En la presente matriz, se muestra el efecto esperado de la influencia que puede ejercer la regulación por parte de un TLC. Como se observa, ambas empresas convienen que la mejor decisión es la de no sobornar (estrategia dominante). Si una de estas decide desviarse de dicha estrategia obtienen una sanción esperada de -20. Dicha sanción repercute en los pagos que esperan recibir, creando incentivos positivos hacia la transparencia (no sobornar, no sobornar). La probabilidad de que dicha sanción sea aplicada es elevada, debido a que las demás empresas del mercado (que actúan de manera transparente) denunciarán cualquier comportamiento inapropiado. Esto eleva los costes, del soborno, por lo que ya éste no se hace atractivo: si una empresa decide sobornar y la otra no, la que no ha sobornado denunciará la práctica, lo cual hará incurrir en costes a ambas empresas (por lo que ambas reciben un pago de -10, -10). Si ambas deciden sobornar, incurrirán en costes aún más elevados que en el caso anterior, debido a que ambas pagarían el soborno y serían susceptibles de soportar también la sanción.[39]

Finalmente, el efecto esperado bajo las reglas y normas de un TLC tipo DR-CAFTA es que los incentivos a la corrupción disminuyan debido a los grandes costes que esta representa. La elevación de los costes se debe a las posibles sanciones de las cuales son susceptibles las empresas en caso de ofrecer sobornos. Esto no representa una solución definitiva, pero esta claro que los incentivos hacia las prácticas corruptas disminuyen considerablemente, traduciéndose esto en mayores y mejores niveles de transparencia y de inversión extranjera, bajo reglas claras, concisas y ciertas.

4.3- Inconvenientes de los TLC

No obstante, hemos podido detectar una serie de inconvenientes para el eficiente cumplimiento del modelo presentado. Ciertamente, el tratado por sí solo no es suficiente. Hace falta la buena voluntad de los gobiernos y una consecuente creación de los organismos que estarán llamados a velar por el cumplimiento de la regulación, ya que, debemos recordar que la disuasión de conductas ilegales no solo depende de la sanción esperada, sino también, de la eficacia de las instituciones que velan por el correcto cumplimiento de las leyes.

Otro inconveniente que pudimos observar es que la supervisión del cumplimiento del tratado depende, exclusivamente, de las partes y solo será denunciado un incumplimiento del tratado que perjudique a las mismas. Las reglas de transparencia y la obligatoriedad de cumplimiento de las disposiciones del tratado, tienen vigencia para los países firmantes, de forma tal que, generalmente, no influirá en otras economías.

39 En este caso podría hablarse de la posibilidad de que ambas se pongan de acuerdo para ofrecer soborno, pero esto sería completamente ilógico, ya que sería una práctica encaminada a disminuir sus beneficios esperados.

Por lo tanto, para que los incentivos sean real y efectivamente hacia la transparencia y la pulcritud, el Estado debe contar con un aparato investigativo y que dé seguimiento a las transacciones, a los fines de que sean denunciadas y sometidas todas las imputaciones sobre posibles actos de corrupción en el comercio y el tren gubernamental. En tal sentido, debe crearse un aparato contra la corrupción especializado que se encargue de investigar, resolver y sancionar estos casos. Bien podría hacerse mediante la creación de un tribunal especializado y, concomitantemente, de una fiscalía especializada con ciertos niveles de autonomía: la Fiscalía Anticorrupción.

Conclusiones y recomendaciones

Las convenciones internacionales en materia de corrupción, si bien han contribuido a la lucha contra este flagelo, no han sido capaces de disminuir los niveles mundiales de corrupción, principalmente en la zona de América Latina.

En ausencia de reglas claras y transparentes, las empresas del sector privado suelen beneficiarse de los actos corruptos realizados por sus funcionarios, ya que no esperan que se concretice ningún tipo de sanción. No obstante, esto es ineficiente desde el punto de vista del bienestar social, ya que provoca el aumento de los precios de los bienes y servicios ofrecidos a la sociedad, y contribuye con la inequidad social.

En este sentido, existe un dilema interesante entre las empresas a la hora de decidir sus políticas de negociación. Estas deben elegir entre sobornar o no a los funcionarios y/o otras empresas del mercado, para obtener un mayor margen de negocios. Si no existen reglas que regulen el comportamiento de las empresas, la respuesta de estas será establecer los sobornos como norma. Si existe regulación para unas, mientras otras no la tienen, se crea desigualdad en el mercado, ofreciendo ventajas a las empresas que no tienen la regulación, y que por tanto, sobornarán. Por último, tenemos el caso de las empresas con regulación eficaz, situación en la cual la transparencia y la honestidad se constituyen en la regla del mercado.

Ahora bien, para que exista una regulación eficaz debe comprometerse a los funcionarios gubernamentales a crear y ejecutar los mecanismos que creen dicha situación. Esto se ha querido realizar recientemente, a través de las convenciones internacionales contra la corrupción, adoptadas en distintos foros y promovidas por distintas organizaciones de carácter mundial. No obstante, tal y como hemos dicho, estas no ofrecen verdaderos incentivos a su cumplimiento, toda vez que no cuentan con sanciones para quienes decidan ratificarla y luego la incumplan; lo que nos deja en el mismo nivel de corrupción existente en los lugares donde no hay regulación y la corrupción generalizada es la regla.

Sin embargo, los tratados de libre comercio pueden representar una herramienta importante en el combate de la corrupción. Este tipo de acuerdos crea entre las partes una serie de obligaciones de carácter comercial, cuyo incumplimiento lesionaría las relaciones entre ambas y pondría en peligro los beneficios y ventajas que se derivan del tratado. Por lo que, los incentivos a cumplir este tipo de convenios son elevados.

No obstante, se recomienda que para el efectivo uso de los TLC como herramientas anticorrupción, estos deben estipular lo siguiente:

1. Cláusulas de Transparencia y Anticorrupción.
2. Cláusulas de cooperación entre Estados para la persecución de los delitos comerciales, incluidos los de soborno transnacional y todos aquellos que fomenten prácticas corruptas.
3. Disposiciones sobre la actualización de la legislación penal, enfatizando en que se aumenten los niveles de disuasión a través de la combinación pena esperada x la probabilidad de ser sometido.
4. Creación de tribunales especializados para el conocimiento de estos delitos.
5. Creación de un cuerpo especializado que se dedique a la investigación y persecución de estos delitos.
6. Creación de comisiones que supervisen el cumplimiento de las disposiciones del tratado.

BIBLIOGRAFÍA

Tratados y Convenios Internacionales

Convención Interamericana Contra la Corrupción, suscrita el 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela, por los Miembros de Relaciones Exteriores de los Países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Convención Internacional Contra la Corrupción, Organización de las Naciones Unidas (ONU). Mérida, México, 12 de Diciembre de 2003.

Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), para Combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Transnacionales (Soborno Transnacional). Firmada en Paris, Francia, Diciembre de 1997.

Dominican Republic Central America Free Trade Agreement (DR-CAFTA). Versión digital: http://www.cedopex.gov.do/drcafta.asp

Libros y doctrina

Isa-Contreras, P. & Aquino-Gomera, W.: "DR-CAFTA: Resultados para la agricultura de la República Dominicana". Centro de Investigación Económica para el Caribe y Fundación Friedrick Ebert, Santo Domingo, R. D., (2004)

Isa-Contreras, P. & Santos-Reyes, F.: "DR-CAFTA: Algunos aspectos laborales relevantes para la República Dominicana". Centro de Investigación Económica para el Caribe y Fundación Friedrick Ebert, Santo Domingo, R. D., (2004)

La Biblia. Libro del Génesis, Cáp. 3 Versos del 17-18.

Mauro, Paolo: "Corruption and Growth", Quarterly Journal of Economics, agosto 1995, Pág. 683.

Malem Seña, Jorge F.: "Globalización, comercio internacional y corrupción", Primera Edición, Editorial Gedisa, Barcelona (España), año 2000.

Malem Seña, Jorge F.: "La Corrupción: Aspectos Éticos, Económicos, Políticos Y Jurídicos", Primera Edición, Editorial Gedisa, Barcelona (España), año 2002.

Manfroni, Carlos y Werksman, Richard (Medidas Preventivas), La Convención Interamericana Contra la Corrupción Anotada y Comentada, 2da. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

Pindyck, R.S. y Rubinfield, D.L.: "Microeconomía", 5ª edición, Prentice-Hall, Madrid, 2001.

Páginas Web

http://www.it.org/
Pagina de Transparencia Internacional. ONG dedicada, exclusivamente, a trabajar casos de corrupción.

http://www.probidad.org/
Pagina de la revista Probidad.

http://www.worldpolicies.com/
Pagina de "Políticas Mundiales". Centro de datos, documentos, estrategias y novedades sobre los grandes temas de la agenda global. Del Dr. Carlos A. Manfroni.

http://www.oas.org/
Pagina de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

http://www.un.org/
Pagina de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

http://www.pni.org.py/
Pagina del Consejo Impulsor del Sistema Nacional de Integridad (CISNI), Autoridad consultiva de las convenciones contra la Corrupción en el Paraguay.

http://www.monografias.com
Pagina de monográficos e investigaciones varias en versión digital.

http://www.procuraduria.gov.do
Pagina de la Procuraduría General de la Republica Dominicana.

http://ideas.repec.org/a/imf/imfstp/v51y2004i1p1.html
Escritos de Paolo Mauro.

http://www.imf.org/
Fondo Monetario Internacional.

www.wikipedia.com
Enciclopedia Online.

http://www.eclac.cl/
Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas.

Otros documentos y papers

¿Cómo nos afecta la corrupción? Centro de Información de las Naciones Unidas.
http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corrupcion/intro.htm

Análisis del Tratado de Libre Comercio Chile- Estados Unidos. Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, Perú, Edición Noviembre 2003.

La convención de la OCDE contra la corrupción: ¿Por qué es necesaria y cómo funcionará? Entrevista con Eleanor Roberts Lewis, asesora legal de comercio internacional del Departamento de Comercio de EE.UU; Washington, DC, 1º de diciembre de 1998. Reproducido en "Perspectivas económicas", revista electrónica de USIS, vol.3, No.5, noviembre de 1998.

Johnson, Harold: "Bribery in International Markets: Diagnosis, Clarifications and Remedy", Journal of Business Ethics, vol. 4, diciembre de 1985, Pág. 451.

Ruiz Duran, Clemente. Profesor de e Investigador del Postgrado de Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México. "Integración de los mercados laborales en América del norte". 2006.

Chávez, Rodrigo. "Efectos políticos de NAFTA y CAFTA". Publicada 13 de junio de 2006, El Diario de Hoy. http://www.elsalvador.com/noticias/2006/06/13/editorial/edi4.asp

El Sistema de Gobierno Global. Comisión del Episcopado de la Comunidad Europea. www.mercaba.org/DOCTRINA%20SOCIAL/OB/comece_gobierno_global.2001.pdf

Observatori del Deute en la Globalització. Guía Publicada Diciembre 2003.
http://es.oneworld.net/article/archive/4600/

Raigorodsky, Nicolás: La Importancia de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Sitio Web: www.pni.org.py

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W INSTITUTO V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C OMG B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
MEDELLÍN - COLOMBIA
2010

Solución en línea de conflictos.

Investigador principal
Néstor Raúl Londoño Sepúlveda
Coinvestigadores
isabel cristina salinas alcaraz
carlos andrés gómez garcía

I PRESENTACIÓN

En la actualidad es innegable la importancia que Internet tiene para el desarrollo económico, político, social y cultural del mundo. Ésta red informática ha hecho posible la comunicación inmediata entre personas que se encuentran en lugares distantes, permitiendo el contacto directo de empresas prestadoras de servicios con sus usuarios, facilitando las relaciones entre las entidades estatales y la población, además de la realización de numerosos actos jurídicos y la resolución de conflictos, especialmente en los países desarrollados.

La aparición en el mundo, en especial en el contexto hispanoamericano de las primeras leyes sobre comercio electrónico1 ha incrementado el interés de los abogados latinoamericanos por estudiar la relación entre derecho y tecnología, este auge no ha llegado aún a una implementación plena al servicio de la solución de conflictos, especialmente al proceso judicial.

Es por ello que es necesario intentar una aproximación a este fenómeno teniendo como punto de partida la práctica internacional; proponer soluciones a las inquietudes que sobre el mismo han surgido en la sociedad de la información, a la vez despertar el interés en este tipo de estudios de manera que se logre enriquecer el derecho y la educación de los juristas en lo referente a ésta nueva realidad social, contribuyendo a la investigación sobre solución alternativa de conflictos.

Igualmente generar un punto de partida que determine la viabilidad jurídica de una implementación de un servicio de solución en línea de conflictos, con el fin de lograr que este tenga posibilidades jurídicas, que sus decisiones no sean objeto de rechazo por violación de principios de orden público interno o internacional, que sea posible obtener el exequátur de las decisiones arbitrales tomadas a través de estos mecanismos, y en general asegurar la efectividad de los mismos como un medio que no sólo pone fin a una disputa sino que potencia el desarrollo de los mercados y la cultura jurídica tanto nacionales como internacionales, al permitir decisiones especializadas de manera fácil y rápida evitándose o minimizando algunos de los problemas que surgen al llevar un conflicto ante la jurisdicción y a la vez que se contribuye a disminuir la congestión que padece la justicia en Latinoamérica.

Entre otras, algunas de las inquietudes que este tipo de servicios genera son: ¿Cuál puede ser el objeto de una solución en línea de conflictos? ¿Es admisible un arbitraje legal, institucional o independiente realizado a través de medios electrónicos? ¿Es admisible el laudo arbitral electrónico, la conciliación electrónica o la transacción electrónica? ¿Es viable realizar una "audiencia" de manera asincrónica? ¿Son admisibles las pruebas electrónicas?

II OBJETIVOS

General: Determinar la viabilidad jurídica de la solución de conflictos en línea para el comercio internacional.

Específicos:

1. Indagar cuales son los antecedentes inmediatos y mediatos de la solución en línea de conflictos.
2. Determinar el funcionamiento desde el punto de vista jurídico de la solución en línea de conflictos.
3. Describir los diferentes mecanismos de solución en línea de conflictos implementados a nivel internacional.
4. Describir el desarrollo de la SELC en otras jurisdicciones, y así identificar más claramente las ventajas y desventajas que plantean su implementación en Latinoamérica, bajo los actuales sistemas de admisibilidad del documento electrónico.
5. Identificar la forma como la experiencia internacional en solución en línea de conflictos puede contribuir a los aparatos de justicia latinoamericanos y los retos a los que debe enfrentarse su implementación.

III METODOLOGÍA

En la actualidad es innegable la importancia que Internet tiene para el desarrollo económico, político, social y cultural del mundo. Ésta red informática ha hecho posible la comunicación inmediata entre personas que se encuentran en lugares distantes, permitiendo el contacto directo de empresas prestadoras de servicios con sus usuarios, facilitando las relaciones entre las entidades estatales y la población, además de la realización de numerosos actos jurídicos y la resolución de conflictos, especialmente en los países desarrollados.

La aparición en el mundo, en especial en el contexto hispanoamericano de las primeras leyes sobre comercio electrónico1 ha incrementado el interés de los abogados latinoamericanos por estudiar la relación entre derecho y tecnología, este auge no ha llegado aún a una implementación plena al servicio de la solución de conflictos, especialmente al proceso judicial.

Es por ello que es necesario intentar una aproximación a este fenómeno teniendo como punto de partida la práctica internacional; proponer soluciones a las inquietudes que sobre el mismo han surgido en la sociedad de la información, a la vez despertar el interés en este tipo de estudios de manera que se logre enriquecer el derecho y la educación de los juristas en lo referente a ésta nueva realidad social, contribuyendo a la investigación sobre solución alternativa de conflictos.

Igualmente generar un punto de partida que determine la viabilidad jurídica de una implementación de un servicio de solución en línea de conflictos, con el fin de lograr que este tenga posibilidades jurídicas, que sus decisiones no sean objeto de rechazo por violación de principios de orden público interno o internacional, que sea posible obtener el exequátur de las decisiones arbitrales tomadas a través de estos mecanismos, y en general asegurar la efectividad de los mismos como un medio que no sólo pone fin a una disputa sino que potencia el desarrollo de los mercados y la cultura jurídica tanto nacionales como internacionales, al permitir decisiones especializadas de manera fácil y rápida evitándose o minimizando algunos de los problemas que surgen al llevar un conflicto ante la jurisdicción y a la vez que se contribuye a disminuir la congestión que padece la justicia en Latinoamérica.

Entre otras, algunas de las inquietudes que este tipo de servicios genera son: ¿Cuál puede ser el objeto de una solución en línea de conflictos? ¿Es admisible un arbitraje legal, institucional o independiente realizado a través de medios electrónicos? ¿Es admisible el laudo arbitral electrónico, la conciliación electrónica o la transacción electrónica? ¿Es viable realizar una "audiencia" de manera asincrónica? ¿Son admisibles las pruebas electrónicas?

IV INTRODUCCIÓN

Internet se ha convertido rápidamente en una herramienta indispensable para el comercio global, a través de ella se negocia, se discute, se logran acuerdos y se cierran negocios, incluso sin utilizar herramientas informáticas muy sofisticadas, en muchos casos ha sido suficiente el simple intercambio de correos electrónicos.

Su acelerado desarrollo y evolución como medio de comunicación polifacético y de alcance global es un compañero indisoluble del fenómeno por el que atraviesa hoy en día la humanidad y que se ha denominado globalización, pues permite la comunicación inmediata, directa, completa y a bajo costo, entre personas que se encuentran geográficamente muy distantes.

Esto ha profundizado dicho fenómeno, pues ha permitido el acceso a mercados antes inalcanzables, tejer alianzas y desarrollar estrategias con personas o empresas mas allá de las fronteras nacionales con mayor facilidad, al mismo tiempo ha permitido un mayor acercamiento entre las personas con los gobiernos, las instituciones y las empresas, debido a su capacidad para brindar mayores niveles de participación e interacción acelerando la prestación de servicios y el intercambio de bienes en el ámbito internacional a un ritmo inimaginable en el pasado. En consecuencia, Internet está sirviendo de puente para entablar una gran cantidad de relaciones jurídicas que ignoran las fronteras de los países y desafían el orden público nacional, lo cual está dando origen a un número creciente de conflictos cuya solución demanda la utilización de formas de comunicación similar, bien sea porque los mecanismos tradicionales son ineficaces, incosteables para conflictos pequeños o inalcanzables para las partes. Internet entonces aparece como el canal adecuado; si un contrato se discutió, negoció y cerró a través de Internet y en algunos casos, se ejecuta a través de la misma red, resulta apenas obvio que los conflictos se resuelvan utilizando Internet.

Debido a la existencia de esta necesidad, comienzan a surgir en los Estados Unidos, definitivo pionero en el desarrollo y evolución técnica y jurídica de Internet, los sistemas de solución en línea de conflictos conocidos como ODR (Online Dispute Resolution), utilizando en un principio los modelos clásicos de los mecanismos de solución de conflictos como son la negociación, la mediación y el arbitraje, convencidos de que los conflictos derivados de relaciones en línea, debían solucionarse igualmente en línea, lo que llevó a la creación de múltiples empresas dedicadas a brindar servicios de ODR que hoy alcanzan un alto grado de maduración.

No obstante, todavía son enormes sus posibilidades de evolución, debido a la difusión y popularización del acceso de banda ancha a Internet, el perfeccionamiento del software de comunicación, las capacidades multimedia de los exploradores Web, el desarrollo de mejores codecs de compresión de audio y video que permiten la interacción en tiempo real de alta calidad, mejores y más sofisticadas funcionalidades de los sitios Web y la evolución de una inteligencia artificial cada vez más sofisticada, así como el desarrollo de hardware más avanzado, con mayor poder de procesamiento en unidades portátiles (Laptops, PDAs, teléfonos móviles), además de todo tipo de soluciones en línea y el aumento exponencial de la información disponible en todas las áreas del conocimiento.

Hoy en día, Estados Unidos está a la vanguardia de los mecanismos de solución en línea de conflictos, seguido por Europa, sin embargo en Latinoamérica, salvo contadas, poco fructíferas y recientes excepciones, continuamos de espaldas a un fenómeno que cada vez cobra más vigencia en el mundo, debido

en buena parte a la incertidumbre jurídica que rodea en general al comercio electrónico, la inquietud que persiste acerca de las pruebas digitales, la identidad de las partes, el cumplimiento cabal del debido proceso, la neutralidad de los mediadores o árbitros y en general la validez jurídica de estos mecanismos, preocupaciones de gran relevancia y que serán de un tratamiento detallado con el fin de determinar su verdadera dimensión.

Con este trabajo se pretende exponer la evolución de la SELC desde sus primeras iniciativas hasta la época actual, describiendo su funcionamiento desde el punto de vista práctico para el usuario y finalmente, enfrentarlos al derecho, especialmente procesal e internacional privado para explorar sus posibilidades y dificultades prácticas así como su viabilidad jurídica, reconociendo sus ventajas y desventajas frente a los sistemas tradicionales de solución de conflictos.

La presente investigación permite evidenciar como la SELC contribuye al desarrollo de los pueblos, ya que estos mejoran la administración de justicia brindándole agilidad e imparcialidad, constituyendo además un instrumento que potencializa el comercio electrónico toda vez que lo hace más seguro y confiable.

Los mecanismos de solución en línea de conflictos son el acompañamiento perfecto para lograr mejores niveles de desarrollo del Comercio Electrónico y en general del Comercio Internacional. Pues adecuados sistemas para la solución de conflictos conllevan mayor seguridad jurídica, a mayor seguridad mayores niveles de utilización y por ende un mayor nivel de oportunidades de negocio y así, una mayor inserción de los sujetos en el mercado global. Por oposición, sin una adecuada forma de discusión y solución de las controversias que se susciten con ocasión de una relación comercial, estas tendrían un desarrollo limitado, tal y como ocurre con el Comercio Electrónico hoy en día.

Este trabajo recoge las investigaciones mas importantes que hasta la fecha se han realizado en esta materia, pretende además servir como guía para la implementación de un servicio de SELC, y hacerle frente al desafió de los actuales esquemas procesales, que claman por la utilización de las herramientas tecnológicas modernas, que podrían brindar mayores niveles de eficiencia en el proceso de toma de decisiones, eje fundamental de todo sistema de solución de conflictos, pero que a la vez garantice los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia.

1) Aspectos generales.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

1.1 DEFINICIÓN DEL CONCEPTO "SOLUCIÓN EN LÍNEA DE CONFLICTOS" (SELC, E-ADR, ODR)

La enorme evolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los últimos años, especialmente gracias a los avances en informática y telemática con el consecuente aumento de la propagación, alcance y sofisticación de Internet, han causado un crecimiento y expansión del Comercio Electrónico, a pesar de las dificultades por las que atravesó este fenómeno durante los años 2000 a 2001, debido al estallido de la burbuja especulativa del mercado accionario de las "punto com" en los Estados Unidos, la cual llegó a momentos críticos a finales del 2002.

Si bien el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones para resolver conflictos no es algo nuevo, su mayor difusión y popularización en los países desarrollados se debe justamente a la aparición de Internet, como nuevo medio masivo de comunicación y como una "(...) *herramienta tecnológica que permite un alto índice de interacción humana a través del uso de las computadoras, lo cual la convierte en un importante hecho social que se constituye en fuente material del derecho, y su impacto será mayor a medida que se incremente el acceso a la misma y la convergencia tecnológica*"[2].

La evolución de Internet y en especial del Comercio Electrónico, ha animado la creación de mecanismos de solución de conflictos que utilicen las ventajas incomparables de esta tecnología de las comunicaciones, para resolver conflictos que bajo los mecanismos de solución offline, por razones de tiempo, costo y espacio, no resultan satisfactorios para las partes, las cuales han discutido, negociado, contratado e incluso ejecutado el contrato a través de Internet, y que a raíz de un conflicto, se ven forzadas a acudir a los sistemas legales de solución de conflictos, en otras palabras, acudir a la rama jurisdiccional del poder publico bajo los esquemas procesales establecidos en la ley y que son esencialmente presénciales, lo cual puede resultar muy frustrante, pues implica en ocasiones debatir el litigio bajo un esquema jurídico ajeno, acudir a una corte lejana o incurrir en sobrecostos considerables.

Tales situaciones podrían considerarse atentatorias del derecho humano fundamental de acceso a la justicia[3]; pero adicionalmente conllevan otros inconvenientes que ponen en peligro una solución satisfactoria del conflicto, como es la aplicación de criterios del "mundo" offline, a una situación online, en otras palabras, aplicar una visión diametralmente opuesta a la que las partes quisieron imprimirle al negocio en un principio, lo cual puede desviar inesperadamente el conflicto hacia consideraciones que las partes no buscaban y generar un alto grado de incertidumbre sobre si se va a alcanzar o no, una solución adecuada de la disputa.

Para evitar estas situaciones y suplir las necesidades propias del comercio electrónico surgen herramientas para la solución de conflictos que aprovechan las tecnologías de la información y las comunicaciones, las cuales fueron denominadas *ODR (Online Dispute Resolution*, Solución en Línea de Conflictos), las cuales se consideran como: *"procedimientos en los que las partes no viajan enormes distancias para reunirse en un tribunal o frente a árbitros o mediadores. Las partes permanecen tras los computadores, comunicándose por medios electrónicos y tratan de resolver su conflicto mediante un acuerdo alcanzado en línea, o ventilando el mismo ante un tribunal arbitral en línea o un cibertribunal"*[4].

Si bien el ODR o SELC en sus inicios era simplemente una implementación de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos en ambientes electrónicos, de ahí que también se les denomine eADR (*Electronic Alternative Dispute Resolution,* Resolución Alternativa Electrónica de Conflictos), *"con el tiempo sin embargo, los retos incomparables y capacidades del ODR han abierto nuevas posibilidades para la resolución de conflictos.*
La habilidad de construir tecnología al interior del proceso de resolución de conflictos, otorgó a las partes en conflicto y a los terceros neutrales nuevos poderes. Igualmente, la falta de interacción cara-a-cara cambia la dinámica del proceso de resolución de conflictos; y por primera vez, estos procesos dejaron se ser simples alternativas, para convertirse en la única opción para muchos casos, pues los tribunales no funcionan en línea"[5].

2 CADAVID SIERRA, Natalia y LONDOÑO SEPÚLVEDA, Néstor. Aproximación Jurídica a La Internet en Colombia. Tesis de Grado. Medellín, 2003, 300p. Tesis (abogado) U.P.B. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. p.29

3 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Asamblea General de las Naciones Unidas, París, 1948, Artículo 10.

4 SHULTZ, Thomas y otros. Online Dispute Resolution: The state of the art and the issues. Suiza: Universidad de Ginebra, 2001. Pág. 1

5 RULE, Colin. Online Dispute Resolution for Business B2B: E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts. Cambridge: Jossey-Bass. 2002. p.13

No obstante la voz ODR se origina a partir del acrónimo ADR, en la actualidad no existe una completa identificación entre mecanismos alternativos de solución de conflictos (ADR) y mecanismos en línea de solución de conflictos (ODR), toda vez que *"el problema de definir ODR como mecanismos alternativos de solución en línea de conflictos, es que este no cubre los mecanismos no alternativos, como serían las cibercortes, las cuales han sido desarrollados por casi las mismas razones que la mediación y el arbitraje en línea, esto es, su facilidad de acceso, bajo costo y velocidad. En consecuencia, presentar el ODR como una mera extensión del ADR no refleja todas sus posibles aplicaciones y finalidades"*[6]. De modo que ODR o SELC es diferente del eADR, toda vez que el primero abarca tanto los sistemas alternativos de solución de conflictos como a los no alternativos, esto es los procesos judiciales, el segundo se restringe únicamente a los mecanismos alternativos (negociación, mediación, arbitraje etc.) Los conflictos pueden discutirse y resolverse en línea, bien sean a través de mecanismos alternativos que utilizan Internet, como a través de la implementación de procesos judiciales en línea, ambos fenómenos se consideran como solución en línea de conflictos (SELC).

Esto arroja a su vez una interrogante ¿Cuánta comunicación en línea requiere un mecanismo de solución de conflictos, para considerarse como SELC? Esta cuestión puede resolverse desde diferentes puntos de vista.

Por una parte se puede considerar que sólo son SELC aquellos Mecanismos de Solución de Conflictos que son adelantados en su totalidad en línea, como parece desprenderse del estudio realizado por el Grupo de Trabajo en Comercio Electrónico y Solución Alternativa de Conflictos de la American Bar Association, cuando afirma: "Las partes nunca deberían encontrarse cara a cara cuando participan en ODR. En vez de esto, las partes deberán comunicarse únicamente en línea"[7]. De lo cual se desprende que la utilización de mecanismos en línea al interior de un MASC se constituyen en simplemente auxiliares del proceso, de modo tal que, "las partes podrían escoger publicar en un sitio web materiales para un arbitraje o entrevistar testigos en línea como complementarios a una audiencia ante el panel arbitral"[8]. Sin embargo, si como se afirmó anteriormente, se considera que los mecanismos de SELC no son simplemente la implementación en línea de los MASC, esta conclusión sería errada, pues las diferencias entre MASC y SELC pueden llegar a ser tan profundas que no podría considerarse como un sistema en línea de solución de conflictos aquellos que adelanten alguna de sus etapas a través de métodos convencionales u offline.

Igual problema plantea utilizar un criterio cuantitativo relativo, esto es si la mayoría de las comunicaciones se adelantan en línea, entonces estamos frente a un mecanismo de solución en línea de conflictos, pero tal solución mantiene el problema de determinar la cantidad de comunicaciones en línea que se debe llevar acabo para catalogarlo como tal, especialmente en mecanismos cuyo devenir procesal esta mucho mas ligado a la voluntad de las partes (negociación, mediación) que a un esquema procesal preordenado (arbitraje institucional) en el cual se establece de antemano la cantidad de comunicación en línea que va a tener lugar durante el desarrollo del proceso.
Si se utiliza un criterio cualitativo, se tendría que es SELC un determinado mecanismo de solución de conflictos cuyos aspectos mas importantes se adelanten a través de mecanismos telemáticos, dejando espacio para la intervención de formas offline dentro del proceso, como podría ser la realización de una audiencia, el envió de documentos en soporte en papel, entre otros. Este criterio sin embargo, podría ser igualmente insuficiente, pues plantea el problema de determinar cuáles son esos aspectos mas importantes, cuando por ejemplo se realicen audiencias fundamentales para el proceso o se emita la decisión en un soporte de papel, a pesar de que el resto del debate se realizó en línea, podría llegarse a la conclusión errónea de considerar que estamos frente a un MASC asistido por herramientas telemáticas y no realmente frente a un sistema SELC, que presenta las características propias de estos y que, como se ha dicho, pueden llegar a ser fundamentalmente diferentes a los MASC.

Se considera entonces que ni los factores cuantitativos ni cualitativos son satisfactorios para calificar un determinado mecanismo de solución de conflictos

6 KAUFAMANN-KOHLER, Gabrielle y SCHULTZ, Thomas. Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice. Países Bajos: Kluwer Law International, 2004. p. 6.

7 AMERICAN BAR ASSOCIATION TASK FORCE ON E-COMMERCE AND ADR. Adressing disputes in electronic commerce: Final report and recommendations. Washington: ABA, 2002. p.1.

8 Ibid, p.1

como SELC o simplemente como un MASC asistido por herramientas telemáticas.

Por otra parte Colin Rule parece apuntar a una solución completamente opuesta, para este autor "cualquier uso de la tecnología para complementar, soportar o administrar un proceso de solución de disputas, cae en el mundo del ODR"[9]. Hasta aquí da la impresión de que cualquier forma de asistencia telemática es considerada como ODR, sin embargo continua, "ODR se inicia como la administración en línea de procesos ADR, de modo que si el proceso de mediación cara a cara incluye tres etapas (narración de los hechos, narración asistida de los hechos y solución conjunta del problema) eso es exactamente lo que los primeros mediadores en línea intentaban hacer"[10]. (Subraya nuestra).

De ahí se desprende que el criterio más acertado para determinar cuando estamos frente a una SELC o frente a un MASC, es según la forma como se adelante la administración del mecanismo de solución de conflictos. De modo que, si la solución de una controversia es administrada en línea, a través de mecanismos teleinformáticos, entonces este es claramente SELC no obstante parte del mismo se adelante de manera presencial o con la ayuda de instrumentos offline, lo cual a la vez genera un efecto directo en la comunicación, pues hace que la mayor parte de la disputa se discuta en línea, lo cual explica la amplia difusión que hasta el momento ha tenido el criterio cuantitativo.

Un mecanismo de solución de disputas se administra en línea, cuando la parte que ha invitado al uso del mecanismo o la entidad a la cual se le ha entregado la administración de la solución del conflicto, plantea en línea, consiente o inconscientemente, el devenir de las negociaciones. Esto quiere decir que las tareas de aproximación de las partes, revelación de información, supervisión del cumplimiento de las etapas, discusión y decisión se instrumentan en línea, no obstante se presenten pruebas de manera física, o se realicen audiencias presenciales o su resultado sea reflejado en documentos con soporte en papel, mientras las partes se hayan aproximado, se informen en línea del avance del mecanismo y se gestione a través de las herramientas telemáticas, se considera que estamos ante un SELC.

Por el contrario, cuando un proceso no es administrado en línea, pero se utilizan herramientas telemáticas para la discusión del mismo, como el uso de audio y video conferencia o el envió de documentos o pruebas en forma electrónica, nos encontramos ante un sistema MASC auxiliado por la telemática y no propiamente ante una SELC.

La aplicación de este criterio parece ser corroborada en la práctica por los procedimientos suplementarios para el arbitraje en línea de la AAA (American Arbitration Association, Asociación Americana de Arbitraje), pues en estos se establece una administración en línea del proceso a través de una aplicación web llamada Sitio del Caso (Case Site), que la AAA ha dispuesto para el efecto, sin embargo en la regla 12a establece la posibilidad de acudir a formas de comunicación distintas de Internet: "Los árbitros podrán autorizar un método de comunicación con ellos diferente del uso del Sitio del Caso (Case Site), anteriormente descrito"[11].

Si se confronta en su totalidad el reglamento suplementario, puede apreciarse que la administración del arbitraje se realiza en línea, a través de una aplicación web destinada para ello y la cual automatiza buena parte de los procedimientos, no obstante se autoriza la utilización de formas de comunicación diferentes y que puede consistir en otros sistemas de comunicación en línea, como puede ser el uso de chat, video y audio conferencia a través de sistemas de mensajería instantánea, o formas presenciales, incluso el mismo reglamento suplementario previamente define las audiencias o vistas como: "cualquier reunión de las partes ante el arbitro que puede llevarse a cabo en persona, por teléfono, video conferencia u otros métodos"[12].

Los sistemas de solución en línea de conflictos cuentan entonces con un factor importante que los diferencia de los MASC convencionales y es la participación de la tecnología, la cual cambia fundamentalmente la manera como se aborda y se administra el mecanismo de solución del conflictos, de una forma tal que ha sido llamada como "la cuarta parte" (the fourth party) por los pioneros en el

9 RULE, Colin. Op. Cit., p.44

10 Ibid, p.44

11 AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Online Arbitration Supplementary Procedures. [en línea] AAA. 1 de enero de 2001 <http://www.adr.org/sp.asp?id=22003> [Consulta: 1 Feb: 2008]

12 Ibid.

13 KASH, Ethan y RIFKIN, Janet. Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace. San Francisco: Joseey Bass, 2001. p. 93

estudio de este tema Ethan Kash y Janeth Rifkin en su libro Online Dispute Resolution, Resolving Conflicts in Cyberspace, como un "sujeto" adicional a la configuración triangular tradicional de la mayoría de mecanismos de solución de conflictos: parte, contraparte y tercero neutral, "nuestro propósito es que usted piense que el ODR está conformado de manera diferente, por cuatro partes en vez de tres, como un cuadrado o rectángulo en vez de un triangulo. La "cuarta parte", la nueva presencia "sobre la mesa", es la tecnología, que trabaja con el mediador o arbitro. Del mismo modo que el papel del tercero puede variar en diferentes contextos, así mismo ocurre con el papel de la cuarta parte. Esta puede ser, en diferentes circunstancias, mas o menos determinante o influyente, pero el papel, naturaleza y valor de la cuarta parte, necesita ser entendido y reconocido"[13]

A medida que se adelante el estudio de los SELC se podrá apreciar mas claramente la participación definitiva de la tecnología y su influencia, pues justamente esto es lo que hace que la solución en línea de conflictos se presente como un fenómeno complejo, con sus características propias bien definidas, con unas variantes importantes y como un desafió a los sistemas actuales de justicia, por lo que era necesario una correcta aproximación y definición del fenómeno.

2) Algunos aspectos históricos de la solución en línea de conflictos.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W I N S T I T U T O V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C O M G B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

2.1 PRIMERAS INICIATIVAS

Desde la década de 1960, hasta finales de los años 80, momento en el cual comienza el movimiento de privatización y comercialización de Internet, la utilización de redes informáticas era algo exclusivo de la academia para intercambiar mensajes o participar en listas de distribución, y no es sino hasta 1994 que Internet capta la atención del comercio y del público en general, con la invención del primer navegador Web el NSCA MOSAIC, precursor de los actuales programas Netscape Browser, Internet Explorer y Mozilla Firefox entre otros, el cual aprovechaba las capacidades multimedia de la WWW (World Wide Web, Red de Alcance Mundial), desarrollada en 1991 por el Laboratorio de Física de Partículas CERN, en Ginebra, Suiza.

En esos primeros años, anteriores a Internet como la conocemos hoy en día, las comunicaciones en línea ocurrían principalmente a través de redes que contaban con servicios de sólo texto como los BBS (Bulletin Board Systems, Sistema de Cartel de Anuncios)*. Estos eran usados principalmente por aficionados a la informática o profesionales que contaban con acceso en sus oficinas, sin embargo los mismos dependían de las redes telefónicas, por lo que estaban limitadas a los costos de las llamadas de larga distancia.

Al interior de estos grupos se gestaban airados debates en temas específicos o verdaderos conflictos, sin embargo los BBS no contaban con un sistema específico para la solución de los mismos, ni con una política específica para resolver las diferencias y sus esfuerzos en la solución de conflictos se concentraban en el uso de la misma tecnología disponible para el envió de mensajes.

La primera integración entre los MASC y la tecnología fue presentada en 1993 durante la Conferencia Nacional de Conciliación y Solución de Conflictos, (National Conference on Peacemaking and Conflict Resolution, NCPCR), celebrada en Portland – Oregón, por Ernie Thiessen, fundador de SmartSettle (http://www.smartsettle.com/) el cual desarrolló un software que, a través de algoritmos, ayudaba a las partes en conflicto a encontrar una solución a su disputa maximizando los beneficios para ambas. En los últimos años Thiessen ha continuado el desarrollo de su plataforma y la ha integrado a la Internet, si bien no fue esta la única iniciativa en ese sentido es, en opinión de Colin Rule, la más sofisticada integración entre los MASC y la informática[14].

Otro tipo de iniciativas surgieron, con enfoques diferentes, tales como programas para la administración de los procesos que se adelantaban en virtud de los MASC, o iniciativas como el software AGREE, un sistema diseñado por el mediador de Oregón Jim Melamed a mediados de la década de 1980, el cual hacía preguntas a las partes en conflicto guardando sus respuestas, "la meta era utilizar la tecnología para proveer una estructura para analizar los temas en disputa, y no usar matemáticas para dividir la torta más eficientemente. Existía la percepción de que la gente podría trabajar con máquinas que les ayudasen a aclarar su posición antes de entrar a la negociación e incluso durante la negociación. Esto constituía una aplicación diferente de la tecnología, una que presagiaba el lado humano de la computación"[15].

A medida que en la informática irrumpía en la comunicación, comenzaron a surgir iniciativas que aprovechaban esta nueva tecnología para implementar sistemas de SELC, sin embargo en aquellos días previos a Internet, debido a que la interacción en línea no era percibida como un medio para las transacciones comerciales, no había una necesidad sentida de solución en línea de conflictos, pues las disputas en aquella época se limitaban a conflictos personales de escaso o nulo contenido económico.

En 1995 John Helie, mediador en Berkeley – California, fundador a finales de la década de 1980 de ConflictNet un proyecto del Instituto para las Comunicaciones Globales (Institute for Global Communications - IGC) y Jim Melamed, fundaron en 1995 Mediate.com, la cual en sus primeros años fue, al igual que muchas otras páginas en distintos campos, tan sólo un boletín informativo acerca de los MASC carente de interactividad, pero hoy en día es el sitio Web en solución de conflictos más visitado del mundo.

** Los miembros de una BBS se comunicaban telefónicamente con este servicio a través del modem de las computadoras, la mayor parte para descargar archivos, leer correos electrónicos o participar en grupos de discusión, constituyéndose en las más importantes comunidades en línea hasta la irrupción de la Internet.

14 RULE, Colin. Op. Cit., p.23

15 Ibid, p.25

16 PARLADE, Claro V. A brief history of ODR. [en línea] Cyberspace Policy Center for Asia Pacific. 6 de abril de 2005, updated in 28 July 2005. < http://cpcap.org/v1/content/view/20/2/> [Consulta: 5 Abr: 2005]

17 KASH, Ethan. The Online Ombuds Office: Adapting Dispute Resolution to Cyberspace. [en línea] Massachusetts: Department of Legal Studies, University of Massachusetts, 1996, <http://www.umass.edu/dispute/ncair/katsh.htm> [Consulta: 14 mar: 2005].

18 PATLYEC, Susan. Dispute Resolution in Cyberspace. [en línea]. Montclair: Montclair State University, 2000, <http://www.chss.montclair.edu/leclair/LS/papers/cyberadr.html> [Consulta: mar 20: 2005].19 COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL DE DERECHOS DE AUTOR. Experiencia internacional en la solución de conflictos relativos al derecho de autor en el ámbito digital. París, Duodécima reunión del Comité de la Convención Universal revisada en 1971. 2001. p.620 RULE, Colin. Op. Cit., p.28

En 1996 a medida que la complejidad de las relaciones que se trababan en la Internet aumentaba, fueron surgiendo diferentes iniciativas para la solución en línea de conflictos, estas fueron el proyecto Virtual Magistrate, CyberTribunal y Online Ombuds Office, los cuales constituyeron una aplicación de la tecnología de las comunicaciones a la solución en línea de conflictos a través del arbitraje o la mediación.

El proyecto Virtual Magistrate localizado en la Universidad de Villanova y patrocinado por el Centro Nacional para la Investigación de Información Automatizada (National Center for Automated Information Research - NCAIR) y el Instituto de Derecho del Ciberespacio (Cyberspace Law Institute - CLI), fue lanzado el 4 de marzo de 1996 "para enfrentar las preocupaciones de los Proveedores de Acceso a la Internet, acerca de la posible responsabilidad cuando sus subscriptores usaran el correo electrónico o publicaran contenido en sus páginas Web, que fuera tomado de material protegido por los derechos de autor, resultara difamatorio, fraudulento o violara la privacidad de terceros. Diseñada como una rápida y económica solución prejudicial de conflictos con el fin de decidir cuando el material acusado debía ser removido inmediatamente o debía permitírsele permanecer publicado"[16].

Esta iniciativa fracasó, pues durante los tres años de su funcionamiento sólo resolvió un caso, no obstante otros proyectos probaron ser exitosos, tal es el caso del Online Ombuds Office (OOO), fundada igualmente en 1996 gracias a una donación del Centro Nacional para la Investigación de Información Automatizada (National Center for Automated Information Research - NCAIR).

"El proyecto de Oficina en Línea del Ombuds (Online Ombuds Office – OOO) como fue concebida originalmente, permitiría que, un grupo de Ombudsman, que poseían experiencia y habilidad, fueran convocados por personas inmersas en conflictos en línea"[17]. Es así como se conformó una oficina en línea, dónde las personas podrían acudir ante un Ombudsman independiente, familiarizado con la Internet, para resolver sus controversias a través del correo electrónico o un sistema de chat o IRC, siendo aquel propiamente un mediador con conocimientos técnicos.

Este proyecto vivió un crecimiento importante cuando en marzo de 1999, la Web de subastas en línea eBay, colocó un enlace al proyecto Online Ombuds Office de la Universidad de Massachussets sin recomendar sus servicios a los usuarios de la plataforma de subastas en línea, sólo limitándose a poner un enlace o link en una de sus páginas interiores, a pesar de lo cual tuvo una enorme acogida, recibiendo en las dos semanas iniciales 115 casos. Los primeros conflictos que fueron llevados a este sistema tuvieron cuantías que oscilaron entre uno y quince mil dólares de los Estados Unidos de América.

Otro de los primeros proyectos en SELC, fue el denominado CyberTribunal, el cual usaba no sólo la mediación sino también el arbitraje, este fue desarrollado por el Centro de Investigación en Derecho Público (Centre de recherche en droit public - CRDP) en Montreal, Canadá en septiembre de 1996. El CyberTribunal se especializó en las áreas de comercio electrónico, competencia, derechos de autor, propiedad industrial, libertad de expresión y protección de la privacidad. Los árbitros y mediadores estuvieron constituidos por profesores y abogados especializados en tecnologías de la información y mediación[18].

*"El ámbito de aplicación del CyberTribunal era mucho más amplio que el del Virtual Magistrate y del Online Ombuds Office. Pese a su denominación, es importante aclarar que el CyberTribunal no se erigía en juez, en cambio, trataba de moderar el diálogo entre las partes en el litigio (mediación) y, en su caso, prestar asistencia administrativa y tecnológica en el proceso de adopción de decisiones, sobre la base de la voluntad de las partes (arbitraje). El proyecto llegó a su término en diciembre de 1999. El principal artífice del sistema estableció un nuevo proyecto denominado eResolution"*19.

En 1996 el Centro Nacional para la Investigación de Información Automatizada (National Center for Automated Information Research - NCAIR) convocó la primera conferencia en SELC en mayo de 1996 en Washington. DC, la cual constituyó, en opinión

de Colin Rule[20], el momento en que surge la SELC como un área de estudio. Sea como fuere, el año de 1996 marca el inicio de los proyectos de solución en línea de conflictos y ante la aparición del Comercio Electrónico su posterior desarrollo y abrupto crecimiento, aunado a todo ello, el incremento de la actividad en línea; los sistemas de solución de conflictos capaces de lidiar con estos fenómenos, dejaron de ser una novedad para convertirse en una necesidad sentida y una posibilidad comercial que superó esos primeros proyectos académicos sin animo de lucro.

2.2 DESARROLLO POSTERIOR

Una vez quedó probada la efectividad de la SELC, comenzó su implementación a gran escala entre los años 1999 y 2000. Precisamente en junio del año 2000 el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (Departament Of Commerce – DoC) y la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission – FTC), convocan una conferencia para discutir el tema de la solución en línea de conflictos en el comercio electrónico, llegando entre otras, a la siguiente conclusión:

"Las cortes están inherentemente arraigadas a un lugar específico y basadas en nociones de jurisdicción territorial, programas de MASC pueden facilitar la solución de disputas entre partes que no viven en la misma jurisdicción ni cerca del mismo tribunal. Un programa de MASC en línea podría resolver disputas entre un consumidor en Kansas y una empresa Coreana, del mismo modo en que resuelve un conflicto entre partes que viven una al lado de la otra. Programas en MASC además, pueden ser más simples, rápidos y económicos que las cortes"[21].

Colin Rule[22] estima que ésta conferencia marca el verdadero inicio del movimiento SELC en los Estados Unidos de América, y es que es a partir de entonces que comienza una frenética actividad, tanto en ese país como en Europa, tendiente al desarrollo, investigación e implementación de sistemas en línea de solución de conflictos.

21 FEDERAL TRADE COMMISSION. Alternative Dispute Resolution for Consumer Transactions In The Borderless Online Marketplace. Washington: U.S. Department of Commerce, 2000. p.2

22 RULE, Colin. Op. Cit., p.29

3) Funcionamiento de la solución en línea de conflictos.

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W INSTITUTO V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C OMG B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

Como se afirmó anteriormente, citando a Colin Rule (cfr., numeral 1.1), en un principio la SELC no era más que la implementación de los MASC en plataformas de Tecnología de la Información y las Comunicaciones para finalmente converger casi totalmente en la Internet, sin embargo con el tiempo, los desafíos y las capacidades únicas de la SELC plantearon nuevas posibilidades.

Si bien en las primeras etapas de los SELC estos podía distinguirse de los MASC, por que aquellos excluían la interacción cara-a-cara, en la actualidad con el mejoramiento del ancho de banda, su abaratamiento y masificación, la implementación de mejores y más eficientes códecs* de vídeo y audio digital, la videoconferencia y la Voz IP se han integrado a soluciones en línea de conflictos, emulando de manera muy precisa ese tipo de interacción.

Por otra parte, las tareas que cumple el tercero neutral son básicamente las mismas, la del conciliador, mantener la negociación, reenfocar el problema, proponer soluciones; y en el caso del árbitro, examinar la evidencia, estudiar los argumentos de las partes y tomar una decisión.

Sin embargo, uno de los retos que debió enfrentar la solución en línea de conflictos, fue mostrar que tales mecanismos podían implementarse con base sólo en documentos, sin interacción cara-a-cara de ninguna clase, lo que le dio a la solución de conflictos una dinámica fundamentalmente diferente. Pero hoy, si las partes así lo desean, pueden acudir a mecanismos que emulan esta interacción gracias al desarrollo y masificación reciente de la tecnología necesaria para ello.

Ahora bien, a diferencia de los MASC, los SELC pueden incorporar una amplia variedad de herramientas, que pueden mezclarse de manera guiada por el tercero neutral o preestablecidas en el manual de procedimiento que se seguirá para la solución del conflicto, y el cual puede incluir comunicación escrita asincrónica (mensajes electrónicos convencionales a través de correo electrónico u otros mecanismos), comunicación escrita sincrónica o en tiempo real (el uso del Chat, sistemas de mensajería instantánea), comunicación verbal (VoIP), o videoconferencia. Ello cambia radicalmente la forma en que se administra una solución de conflictos cuando es auxiliada por la tecnología, pues le concede un espacio más amplio de negociación a través de diferentes formas que pueden resultar más precisas y menos apasionadas que una solución cara-a-cara, llevando a decisiones que pueden resultar más adecuadas y ajustadas a la realidad del conflicto.

Es importante tener en cuenta que los conflictos se solucionan a través del lenguaje y la comunicación, los abogados trabajan con palabras, "estas palabras deben ser comunicadas a las otras partes, la existencia de derechos y obligaciones debe ser expresada, los argumentos deben articularse y la realidad debe ser descrita para encuadrarse dentro de la ley"[23]. Este lenguaje y la forma de comunicación se desarrolla de manera diferente en la Solución en Línea de Conflictos, pues ella requiere una plataforma tecnológica sobre la cual discurre y que sirve para acercar a las partes, dicha plataforma deberá diferir según la forma de solución de conflictos que ha sido elegida (negociación, mediación, arbitraje, mecanismos híbridos etc.), la elección correcta de esta plataforma juega un papel fundamental en el éxito del mecanismo de solución en línea de conflictos, pues no todas las herramientas de comunicación tendrán la misma eficacia y eficiencia frente a un determinado tipo de conflicto o frente a un determinado mecanismo formal que se ha elegido para solucionarlo, por ello es importante abordar los tipos de comunicación en línea.

** Tecnología usada para comprimir y descomprimir una información computada (como por ejemplo un archivo informático de sonido o video, etc).

23 SHULTZ, Thomas y otros. Online Dispute Resolution. Op. Cit., p.46

3.1 EJEMPLOS DE SOLUCIÓN EN LÍNEA DE CONFLICTOS

3.1.1. El papel de la tecnología en la SELC

Muchos consideran que la solución en línea de conflictos es simplemente un traslado de los MASC al ciberespacio, si bien ello fue así en un principio, en la actualidad es algo bastante más complejo que esto, Cfr: DEFINICIÓN DEL CONCEPTO "SOLUCIÓN EN LÍNEA DE CONFLICTOS" (SELC, E-ADR, ODR) Ethan Katsh y Janet Rifkin en su libro Online Dispute Resolution, desarrollaron la idea de que la tecnología conforma una "cuarta parte" (the forth party), dentro del proceso de solución en línea de conflictos, como una adición al mediador o el arbitro a los cuales usualmente se les llama terceros respecto a las dos partes en disputa. "Cuando se pone en práctica el ODR, la tecnología puede además jugar un papel preponderante en el manejo del proceso y el establecimiento de la agenda, entonces en un sentido metafórico la tecnología llega a ser la cuarta parte"[24].

La solución en línea de conflictos no se trata únicamente de imitar en toda su complejidad la interacción cara-a-cara de las partes, si bien no puede dudarse de los beneficios de este tipo de interacción, a veces otras formas de comunicación pueden servir mejor a los propósitos de la solución de la disputa. Incluso han aparecido sistemas que sirven como facilitadores de una negociación que no precisan de interacción humana para su funcionamiento.
Por otra parte, a diferencia del operador jurídico humano, la implementación automatizada de los procedimientos va a permitir una agenda estricta, un cumplimiento exacto de los términos, un discurrir sin interrupciones, pues el sistema hará aquello para lo cual está programado dentro de los plazos que se le han asignado.
Adicionalmente, las plataformas informáticas pueden minimizar la parcialización del tercero frente a alguna de las partes, lo cual es una desventaja de la interacción cara-a-cara, y es que si bien ello puede no ser querido de manera directa, una de las partes puede despertar mayor simpatía que otra, por su aspecto físico, tono de voz, etc, pudiendo influir en la manera como el tercero va a proponer la solución del conflicto en detrimento de la otra parte, pudiendo también ocurrir que el mediador se incline a disminuir sustancialmente las expectativas de las partes con tal de alcanzar una solución, estas y otras formas de polarización pueden minimizarse sustancialmente o incluso eliminarse a través de una interacción en línea.

En otros casos el sistema tecnológico se apodera completamente y es él, con base en una programación, quien finalmente toma la decisión, dentro de esta categoría se encuentra las formas de negociación automatizada (automated negotiation).

3.1.2 Negociación Automatizada

La negociación automatizada es una figura exclusiva de la Solución en línea de Conflictos, si bien durante las décadas de 1970 y 1980 se trató de incorporar al ADR, realmente no tuvieron aplicación sino hasta el advenimiento de las redes públicas de datos y mas recientemente, de la Internet como una red pública por excelencia con alcance global. Pues una solución automatizada fuera de línea es poco práctica y difícil de conducir y puede no tener mucho valor para los participantes, sin embargo si esta se conduce en línea puede ser muy eficiente, pues se va presentando a cada parte por etapas ordenadas, quienes van reaccionando a medida que se va desarrollando el procedimiento.
"En la negociación automatizada, usualmente el demandante contacta una institución y presenta su reclamo. El proveedor de sistemas de negociación automatizada contacta a la otra parte, la cual puede someterse o no a la autoridad de la institución (siempre y cuando las partes no estén ya comprometidas conforme a acuerdos previos con la entidad, tales, como la membresía, la suscripción o la certificación). Las partes entonces, entran en un procedimiento obligatorio-ciego, en el cual, cada una de ellas, por turnos, ofrece o demanda una cierta cantidad de dinero (aunque algunas instituciones permiten condiciones no monetarias). Las cifras propuestas son confidenciales, y ellas no podría ni hacerlas publicas ni comunicarlas a la otra parte. Cuando los montos de las ofertas y las demandas están lo suficientemente cerca, el caso es resuelto por un promedio aritmético de las dos cifras"[25].
El nivel aceptable de cercanía de las ofertas, está

definida previamente por el proveedor del servicio de negociación automatizada, y suele estar cerca del treinta por ciento (30%), sin embargo algunos exigen un diez por ciento (10%) y otros hasta un cinco por ciento (5%) de diferencia. Igualmente, el tiempo en que las partes pueden alcanzar el acuerdo esta previamente definido, y puede oscilar entre quince (15) días y doce (12) meses.

Este sistema se fundamenta principalmente en discusiones de tipo monetario, en las que se debate el monto de la obligación y excluyen aquellas disputas en que el conflicto es definir si algo es o debido o no. No obstante algunos sistemas permiten discusiones no monetarias a través de la negociación automatizada.

En la práctica se trata de una especie de "regateo" asistido por una plataforma informática, la que decide en que momento se ha alcanzado el estado ideal del negocio, cuya diferencia es que las partes no conocen entre si las propuestas hechas sino que es el sistema quien las va cotejando, para finalmente establecer el monto en que el conflicto es resuelto. La desventaja fundamental de este sistema es su baja flexibilidad, "pues los participantes deben estar dispuestos a reducir su disputa a una variable simple, dinero, para participar en este proceso. Sin embargo si ellos acuerdan hacer este sacrificio, un sistema "ciego-vinculante", puede ser muy eficiente y efectivo"[26].

Otra forma de negociación automatizada, puede ser a través de la base de datos de soluciones, en esta el sistema informático analiza aspectos del conflicto que se expresan a través de formularios que contienen claves precisas y con base en casos previos, presentan a los participantes un paquete de soluciones.

"En su forma más simple, el programa de solución simplemente pregunta a las partes la clase de disputa en la que ellos se han envuelto. Una vez ellos determinan esto, la plataforma SELC puede mostrar una lista de soluciones comunes a ese tipo de conflicto. Las partes entonces pueden indicar cual de las soluciones resulta aceptable para ellos y entonces la plataforma puede compartir información con la otra parte, si la otra parte está conforme con la solución propuesta, el conflicto queda resuelto. En su forma más avanzada, estas bases de datos de soluciones son sistemas con capacidad de aprendizaje. Nuevos tipos de disputas pueden ingresar a la base de datos, y nuevas soluciones pueden ser adicionadas igualmente. Cuando un nuevo tipo de conflicto ingresa al sistema, este pregunta acerca del mismo y entonces enlaza las respuestas y las soluciones alcanzadas en este conflicto con la nueva forma de disputa. De esta manera la base de datos está constantemente en crecimiento y evoluciona, y las lecciones aprendidas de múltiples conflictos pueden beneficiar en el futuro a otras personas en disputa"[27].

Este sistema toma su idea fundamental del principio jurídico del stare-decisis o doctrina del precedente, el cual ha sido enunciado de la siguiente manera:

"La declaración e interpretación de un principio o regla general del Derecho es inherente a toda decisión judicial. Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 177-78 (1803). Dicha declaración de Derecho es perentoria hasta el grado necesario para la decisión y debe aplicarse en casos posteriores a las partes que se encuentren en situaciones semejantes. James B. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501 U.S. 529, 544 (1991); Cohens v. Virginia, 6 Wheat. 264, 399 (1821)".[28]

Si bien son similares, la diferencia estriba en que es un sistema informático el cual aprende una serie de soluciones comunes que casos previos tuvieron y son finalmente las partes las que deciden cual de estas se ajusta mejor a sus necesidades, salvo que el sistema presente una única solución. Incluso algunos afirman que en la medida en que estos sistemas evolucionen en sofisticación se podrá prescindir del mediador en la mayoría de los casos, por ello a medida que la tecnología aumente y sea capaz de lidiar con controversias cada vez más complejas y a la vez se integren formas más desarrolladas de inteligencia artificial, esa "cuarta parte" será una realidad más palpable.

25 SHULTZ, Thomas y otros. Online Dispute Resolution. Op. Cit., p.16

26 RULE Colin. Op. Cit., p.58

27 Ibid, p.57

28 SENTENCIA No. 99-3917EM, FAYE ANASTASOFF v. UNITED STATES OF AMERICA. Missouri: United States Court of Appeals for the eighth circuit, 2000.

25 SHULTZ, Thomas y otros. Online Dispute Resolution. Op. Cit., p.16

26 RULE Colin. Op. Cit., p.58

27 Ibid, p.57

28 SENTENCIA No. 99-3917EM, FAYE ANASTASOFF v. UNITED STATES OF AMERICA. Missouri: United States Court of Appeals for the eighth circuit, 2000.

3.1.3 Negociación no asistida o directa (unassisted negotiation)

La negociación directa a diferencia de la negociación automatizada, no utiliza un sistema informático intermediario entre las partes que les ayuda a alcanzar una solución, estas no son "ciegas" ante las propuestas mutuas, sino que la informática aparece como un sistema de comunicación estructurado en el cual las partes pueden debatir los problemas con mayor eficiencia que en un sistema libre de comunicación en línea, carente de una plataforma de SELC previamente concebida, como puede ser el uso del correo electrónico o de la mensajería instantánea. Por tanto en la SELC existen dos formas de negociación no asistida, a través de las cuales se puede alcanzar una transacción del problema, estas pueden ser con absoluta libertad o con sujeción a un procedimiento predefinido al que se acogen las partes, que si bien puede ser administrado por un proveedor de servicios de solución en línea de conflictos, este no toma posición alguna en el y solamente provee una plataforma de discusión sobre la cual se va a desarrollar el mecanismo de solución entre las partes.
La negociación directa es la primera forma de solución de conflictos que utiliza, por ejemplo, el sistema de Square Trade, que irá migrando a formas asistidas según los requerimientos del conflicto y de las partes.

3.1.4. Negociación asistida y arbitraje en línea (assisted negotiation, online arbitration)

Anteriormente se ha descrito el concepto de negociación asistida, y se ha mostrado como este puede abarcar una gran variedad de formas de solución de conflictos. Sin embargo, en el sistema legal colombiano solo se utilizan la conciliación y la amigable composición.

El arbitraje si bien se puede clasificar como una forma de negociación asistida en su forma de proceso consultivo, lo más acertado es ubicarlo en una categoría aparte, como una forma privada de administración de justicia al que se someten voluntariamente las partes.

En ambas formas de SELC, tanto en la negociación asistida como en el arbitraje en línea, el sistema informático juega un papel preponderante en la administración del conflicto, si bien no funciona como una cuarta parte con una capacidad cuasi-decisoria, como en la negociación automatizada, se requiere que previamente haya sido configurado de tal modo que facilite el proceso de la manera mas eficiente y eficaz posible, para que el arbitro como tercero neutral, cuente con toda la información que podría tener a disposición en un arbitraje convencional, incluso aún más, y que le sirva para la toma de la decisión con la cual se va resolver la disputa.

El documento preparatorio del proyecto E-Arbitration-T del Departamento de Sistemas y Computación de la Universidad de Brunel, ha establecido una serie de principios que debe contener todo sistema de arbitraje en línea.

"En primer lugar la tecnología debe ser accesible, esto es, debe ser visible, abierta al control de las partes, fácil de seguir, oportuna, fácil de usar y asequible. En segundo lugar debe ser confiable y proveer formas de autenticación, seguridad y confidencialidad.

La mejor solución práctica es ubicarlo todo en la Web. Esto es, toda comunicación, notificación y archivo de documentos debe ser conducido en y a través de los servidores de E-Arbitration-T. La única ruta de acceso es a través de la Internet. Además adoptamos un sistema de aproximación positiva del manejo documental. El sitio Web debe existir un cartel de anuncios que muestre el estado del caso y las advertencias de vencimiento de términos. La notificación de todas las alertas debe realizarse vía e-mail"[29].

Este modelo de arbitraje en línea aboga por el uso conjunto de diferentes sistemas de interacción en línea de acuerdo con el estado del proceso, es así como puede iniciarse con una comunicación en texto y para las audiencias implementar un sistema de videoconferencia.

Al igual que en los procedimientos convencionales, el arbitraje en línea es la forma más compleja de solución de conflictos desde el punto de vista del

procedimiento, pues requiere de unos mayores niveles de confiabilidad, especialmente en el manejo de las pruebas, la confidencialidad de las discusiones y la identidad de las partes, los árbitros y los expertos. No obstante se pueden simplificar los procedimientos arbítrales en tres categorías:

Casos simples: En los cuales sólo existe un árbitro y dos partes sin más procedimientos específicos adicionales.

Casos complejos: Aquellos en que existen tres árbitros, varias personas como demandantes y/o demandados, en los cuales se requiere el auxilio de expertos y la confrontación de las partes.

Casos mixtos: Aquellos que combinan diferentes rangos de complejidad y diferentes escenarios.

Tanto en la negociación asistida como en el arbitraje en línea, la tecnología va a servir para facilitar el desarrollo del proceso, como una forma de control sobre los procedimientos y va a permitir un mayor conocimiento de las partes sobre el avance del mismo.

Estas formas de SELC se desarrollan sobre la Web, utilizando el navegador y el correo electrónico y, ocasionalmente otros componentes externos al sistema de solución en línea, como sistemas de mensajería instantánea que brinden capacidades de audio y video conferencia.

3.2 VENTAJAS Y DESVENTAJAS PRÁCTICAS DE LA SELC

"Es importante resaltar que la solución en línea de conflictos ofrece muchas de las ventajas de la solución de conflictos tradicional que se lleva a cabo cara-a-cara. Las soluciones pueden ser alcanzadas más rápidamente y a menor costo, los asuntos discutidos pueden permanecer confidenciales y los costos son muy inferiores. Futuras demandas son evitadas porque las relaciones son mantenidas y fortalecidas. Las personas en conflicto quedan más complacidas tanto con el desarrollo del procedimiento como de su resultado. Las soluciones son más creativas. La ejecución forzosa es menos desafiante, pues las partes en conflicto tienen el dominio sobre la solución del conflicto. Todos estos beneficios son ciertos tanto en la solución cara-a-cara de los conflictos como en la solución en línea"[30].

Además de los beneficios propios de la solución cara-a-cara de los conflictos, la solución en línea apareja múltiples nuevas ventajas. Si bien en la actualidad muchas personas, incluidos los mediadores y los árbitros, son escépticas acerca de la solución en línea de conflictos, pues consideran que este tipo de procedimientos son un contrasentido pues la resolución de los conflictos es por presencial por naturaleza, pueden encontrar que el avance de las plataformas de solución incluyen una serie de beneficios adicionales no previstos e imposibles de considerar bajo el sistema tradicional.

30 RULE Colin. Op. Cit., p.61

31 HANG, Lan Q. Online Dispute Resolution Systems: The Future of Cyberspace Law. Santa Clara: Santa Clara University School. 2001. p.43

Entre los beneficios que se derivan de la solución en línea de conflictos encontramos, mayor tiempo para las partes de pensar la situación sin sacrificar la agilidad del sistema, dificultad para el hostigamiento de las partes, mayor capacidad y tiempo de trabajar de manera individual con el tercero neutral, mayor capacidad de este de redireccionar el conflicto y verificar la cercanía de las partes a la solución, permite que las empresas puedan enfrentarse más rápidamente a los conflictos, mejorar los modelos de negocios y de atención al cliente, evadir demandas evitables y mejorar su reputación comercial demostrando un ánimo por hacer las cosas bien.

A continuación enunciamos las ventajas y desventajas que de forma preliminar se han detectado y que requieren mayores análisis.

Las ventajas de la SELC pueden concretarse de la siguiente manera: velocidad, comunicación asincrónica, cambia la dinámica de poder, capacidad de investigación y de reflexión, imparcialidad, ahorro de tiempo y recursos, acceso a terceros neutrales con mayor experiencia en la materia, evaluación permanente del consenso, tutoría invisible, reutilización de materiales.

Las desventajas podría ser: tratamiento impersonal, inconveniencia del archivo, preocupación acerca de la confidencialidad y la seguridad, facilidad de desistir, problemas informáticos.

Finalmente es importante tener en cuenta que "aquellos que son lo suficientemente sofisticados para embarcarse en el comercio electrónico son presumiblemente lo suficientemente sofisticados para comunicarse efectivamente en línea, especialmente porque realizar compras en línea requiere al menos una cuenta de correo electrónico y algunas habilidades en el manejo de la Internet"[31], es por ello que se ha afirmado que la solución en línea de conflictos es ideal para controversias cuya fuente es precisamente relaciones trabadas en línea, sin embargo nada se opone a que ella también sea usada para solucionar conflictos que surgen de relaciones fuera de línea.

4) La SELC y su enfrentamiento con el derecho.

32 Ibid, p.124

4.1 PRINCIPIO DE LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL

En 2002 el Congreso Nacional de la Republica Dominicana decide incorporar a la legislación nacional la Ley 126 de 2002, como respuesta a la inquietud que los documentos electrónicos generaban para la seguridad jurídica de las relaciones que se trababan en la Internet.

Esta ley acogió una solución tecnológica para solventar el problema de la maleabilidad del documento electrónico y garantizar lo que se ha denominado como principio de la equivalencia funcional del documento electrónico.

A través de este principio del equivalente funcional se "pretende atribuir el mismo valor jurídico y probatorio de los documentos escritos en soporte papel a los documentos electrónicos"[32].

La aplicación del principio de equivalencia funcional se encuentra supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 31 de la Ley 126 de 2002.

Adicionalmente la ley, al igual que el sistema colombiano, estableció la figura de la certificación recíproca, este proceso consiste en que una Entidad de Certificación del país reconozca un certificado emitido por una Entidad de Certificación extranjera, garantizando que cumple con las exigencias legales de la República Dominicana. El certificado extranjero será reconocido en otro certificado expedido por la Entidad nacional

Es importante señalar que el origen mediato de esta regulación se encuentra en La Ley de Firma Digital del estado de Utha de 1996 (Utah Digital Signature Act), la cual se creó con la intención de facilitar el comercio a través de mensajes electrónicos confiables, de minimizar el impacto de la falsificación de firmas electrónicas y el fraude en el comercio electrónico y para establecer, en coordinación con otros Estados de la Unión, reglas uniformes respecto de la autentificación y confiabilidad de los mensajes electrónicos.

Sin embargo, el senador del Estado de Utha, Lyle Hillyard anunció el 19 de diciembre de 2005 la introducción de un proyecto para derogar la ley de Firma Digital, el cual fue acogido unánimemente por el senado del estado de Utha y firmado por su gobernador el 10 de marzo del 2006.

Dicho proyecto se sustentó en el hecho de que desde hace varios años nadie se registra en la Oficina Estatal para las Empresas, la entidad de certificación establecida por la ley para expedir los certificados digitales que permiten firmar digitalmente los documentos, y que por lo tanto el consenso general era derogar la ley.

Esta falta de registro se atribuye a que el Estado de Utah comenzó a apoyarse en normas diversas, de carácter más general, que no contemplaban el cumplimiento de tales requisitos y que constituyen un marco normativo más flexible, tales como la Ley Federal de Firma Electrónica en el Comercio Global y Nacional (Electronic Signatures In Global And National Commerce Act) también conocida como E-sign y la ley de nivel estatal conocida como Ley de Transacciones Electrónicas (Uniform Electronic Transactions Act – UETA).

Los Estados Unidos acogieron un modelo más flexible de equivalencia funcional, bajo el concepto de firma electrónica la cual, a diferencia de la firma digital, consiste en cualquier forma de asentimiento en un medio electrónico, la firma digital es entonces una forma de firma electrónica pero de un nivel muy alto de seguridad, confiabilidad e identificación, debido a que utiliza un sistema de encriptación digital bajo estrictos controles de verificación de la identidad. Sin embargo, la práctica normal en el comercio electrónico es el uso de otros sistemas para la manifestación de voluntad más simples, como un simple click en el botón aceptar al final de un contrato o un acuerdo, la indicación del nombre al final de un documento, si bien leyes como la E-sign y la UETA, invitan al uso de sistemas de encriptación, esto no es obligatorio, con lo cual la firma electrónica no requiere cumplir con un determinado nivel de seguridad o confiabilidad preestablecido por el gobierno.

Esta mayor flexibilidad hizo que la Ley de Firma Digital de Utah deviniera en obsoleta, y por tanto

plantea una seria reflexión acerca de la eficacia que hasta el momento ha tenido la Ley 126 de 2002, que fue tomada de la Ley Modelo de la UNCITRAL, la cual fue tomada a su vez de la Ley de Utah.

Esta mayor flexibilidad del principio de la equivalencia funcional queda manifiesto en una enmienda hecha en 1994 al Código de Fraudes de los Estados Unidos, el cual señala:

"El texto tangible producido por un telex, maquina de fax, computadora o cualquier otro procesos hecho por medio de señales electrónicas transmitidas por teléfono o de cualquier manera, constituirá un escrito y cualquier símbolo realizado o adoptado por una de las partes con la expresa intención de autenticación de un escrito, constituye una firma (General Obligations Law section 5-701([b][4])".
Esta norma fue aplicada en el caso Rosenfeld vs. Zerneck[33] ante la Suprema Corte del Estado de Nueva York, quien en todo caso descartó una demanda con la que se pretendía otorgar validez contractual a un correo electrónico en el que se ofrecía la venta de un bien raíz, no porque el mismo no alcanzara carácter obligatorio para el suscriptor y prueba de su intención, sino porque el correo electrónico no cumplía los requisitos contractuales mínimos necesario para la compraventa de un inmueble en los Estados Unidos.

La Ley 126, no reguló realmente el comercio electrónico, el cual va mucho mas allá del valor probatorio de los documentos electrónicos, pero estableció unas estrictas condiciones técnicas para la protección jurídica semejantes a las planteada en la Ley de Firma Digital de Utah, adhiriéndose a una tecnología específica, la que ofrecía para el momento de su expedición el más alto nivel de seguridad, cual es el sistema de encriptación asimétrica o de clave pública, sin posibilitar otras alternativas de firma electrónica, pues no toda relación requiere el mismo nivel de confiabilidad. Reguló además la determinación del lugar y tiempo en que se entiende enviado y recibido un documento electrónico, tratando de resolver el problema que planteaba la oferta por correo electrónico (el servicio más popular de Internet antes de la aparición de la WWW).

En la actualidad, el comercio electrónico se realiza enteramente sobre la Web (usando navegadores de Internet como Internet Explorer o Firefox), pues el correo electrónico se ha visto desacreditado seriamente por fenómenos como el SPAM , el phishing, los gusanos de red y los virus, que lo han trivializado. Hoy en día, quienes están consientes de sus peligros, no se atreverían a aceptar una oferta de bienes o servicios por correo electrónico.

Es necesario resaltar que La Ley 126 no tuvo en cuenta la Web, y ha sido la tecnología de firma digital, la cual se ha adecuado a las necesidades del comercio electrónico, que hoy utiliza la certificación de servidor seguro para proteger la información que se suministra o suministran los usuarios, quienes en todo caso, quedan desprotegidos jurídicamente ante el cumplimiento defectuoso o incumplimiento total del vendedor o proveedor del servicio, pues los mensajes de confirmación de la transacción que envían los sistemas automatizados que, generalmente administran una tienda o servicio comercial virtual, nunca están firmados digitalmente, así como las demás constancias de las transacciones. Estos sistemas son así porque son diseñados en Estados Unidos o a partir de modelos norteamericanos, dónde opera un régimen legal más flexible como se ha expuesto anteriormente.

4.2 IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL ACTUAL MODELO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL PARA LOS MECANISMOS DE SELC EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.

Bajo el modelo de equivalencia funcional vigente en la República Dominicana y otros países de Latinoamérica, los ejemplos de sistemas de solución en línea de conflictos descritos en el capitulo anterior son jurídicamente inviables.

Estos se sustentan en una inscripción en un servicio Web con manifestación de los datos personales del demandante y demandado, aceptando unas condiciones a través de un click en el botón aceptar, ninguna de las partes firma digitalmente los mensajes, las pruebas se presentan de manera informal (como archivos gráficos JPG o de texto DOC, RTF o como una mezcla de ambos a través del formato PDF) dentro del procedimiento elegido sin

33 SENTENCIA No. 7600/04 ROSENFELD vs. ZERNECK. Nueva York: Corte Suprema del Estado de Nueva York, 2004.

mecanismos de encriptación que garanticen esos estrictos principios de la ley 126.

Otro aspecto relevante es el relativo a las audiencias, es importante determinar si el principio de la equivalencia funcional puede extenderse al concepto de audiencia con comparecencia personal.

La equivalencia funcional está consagrada de modo general en el artículo 5º de la Ley 126 de 2002.

Éste principio sólo abarca el factor documental, es incapaz de extenderse a formas procesales predeterminadas, la comparecencia electrónica no podría asimilarse a la comparecencia personal, el principio de equivalencia funcional como está enunciado sólo es aplicable a los documentos, no se extiende a los procedimientos. Por tanto, en aquellos casos en que la ley exija la comparecencia personal de las partes que han sometido su conflicto a cualquiera de los mecanismos de solución de controversias, la misma no podrá adelantarse por medios electrónicos, lo que constituye una dificultad que debe superarse en aras de la implementación de un sistema de Solución En Línea de Conflictos.

4.3 SELC INTERNACIONAL Y EL DERECHO

La solución en línea de conflictos surge como una necesidad de solucionar los conflictos que ocurren entre partes que se encuentran físicamente distantes, principalmente quienes se encuentran más allá de las fronteras nacionales, debido además, a la proliferación de las relaciones comerciales que surgen de la aplicación del comercio electrónico sobre la Internet, pues es en el ámbito internacional que realmente la SELC cobra verdadero sentido.
Debido a su naturaleza eminentemente trasnacional, los sistemas de solución en línea de conflictos comparten los mismos problemas que el uso internacional de los mecanismos fuera de línea y en general de la contratación internacional, cuyo tratamiento se encuentra en las normas del derecho internacional privado, con dificultades adicionales si se toman en cuenta los factores de ubicación de los recursos de red necesarios para prestar los servicios, los cuales se deberían ignorar, pues lo que debe prevalecer es la relación material, la ubicación de los extremos de la relación sustancial, sin importar donde se encuentran los recursos de red a través de los cuales se realiza la negociación. Omitir las consideraciones acerca de la ubicación territorial de los servidores, nodos y conexiones, y en esa misma línea aplicar el sistema tradicional de derecho internacional privado.

No obstante, a pesar de ubicar perfectamente los extremos de la relación sustancial, aún pueden persistir grandes dificultades en la determinación del derecho aplicable, especialmente en aquellas situaciones en las que la relación está compuesta por múltiples partes, por ejemplo: el solicitante se encuentra en la República Dominicana, el solicitado en China, el Centro de Conciliación y Arbitraje en línea en Estados Unidos y el Árbitro o el Conciliador en Alemania y el establecimiento que prestaba el servicio o vendía el bien en Argentina ¿Cuál debe ser entonces la legislación aplicable, y si es posible lograr su efectividad en el país donde debe tener efectos? A través del presente numeral se tratarán de absolver estas dudas.

4.3.1 ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LÍNEA

Respecto del Arbitraje Internacional existen normas nacionales que se refieren a este en la ley 489 de 2008, el cual va a aplicar el principio de equivalencia funcional, buscando que este pueda adelantarse sin obstáculos electrónicamente. Esta norma merece un adecuado estudio que determine su eficacia en el mundo real y el arbitraje comercial en particular.

5) Conclusiones.

Los mecanismos SELC surgen en un principio como una implementación en ambientes electrónicos de los MASC, pero con el tiempo sus posibilidades únicas los han posicionado como otra forma de resolución de conflictos.

La SELC surgen en Estados Unidos y Canadá, y se desarrollan con fuerza en el primero y con iniciativas importantes en Europa.

El surgimiento de la SELC lo explica la necesidad de una herramienta eficaz para solucionar los conflictos derivados del Comercio Electrónico.

La SELC hoy en día puede ser tan similar a los MASC, como lo permita la tecnología de videoconferencia, emulando de manera precisa la interacción cara-a-cara.

Los MASC no presuponen por definición la interacción cara-a-cara, esto es lo que permite que la SELC se desarrolle en ambientes de sólo texto.

La correcta elección y manejo de la plataforma tecnológica de SELC juega un papel definitivo en el éxito del proceso.

La actual difusión de las tecnologías de banda ancha va a permitir una mayor tendencia al uso de herramientas de solución en línea de conflictos. La tecnología juega un papel preponderante en los SELC, debido a que esta puede llegar a intervenir directamente en la solución del conflicto.

El estricto sistema de equivalencia funcional del derecho electrónico en la República Dominicana hace impráctico la implementación de una SELC.

El Arbitraje Internacional puede adelantarse exitosamente a través de SELC y lograr, con las dificultades propias de cualquier arbitraje internacional, su efectividad en la República Dominicana, aunque perdiendo algunas de sus ventajas como SELC al ser sometido al exequátur.

La implementación de un sistema de arbitraje en línea para la República Dominicana traería consigo mayores índices de desarrollo, ya que permitiría una mayor expansión del comercio electrónico y la realización del derecho de acceso a la justicia.

Son mayores las ventajas que las desventajas de la SELC, las cuales se pueden sortear en buena medida con una implementación correcta de la tecnología, pero en todo caso requieren un cierto nivel adecuado de conocimientos técnicos por parte de sus usuarios.

BIBLIOGRAFÍA

ABERNETHY, Steve. Building Large-Scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems. [en línea] Massachusetts: ODR.info, 2003 <http://www.odr.info/unece2003/pdf/Abernethy.pdf> [consulta: mar 25: 2005].

BENYEKHLEF, Karim y GELINAS, Fabien. Onlinde Dispute Resolution. [en línea] Printemps, Vol. 10, No. 2, (2003), Montreal: Lex Electronica, 2003. Semestral. <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/benyekhlef_gelinas.pdf> [Consulta: 20 mar: 2005]. ISSN 1480-1787

BERNARD, Frank. The Ombudsman revisited. International Bar Journal, citado por VENEGAS ALVAREZ, Sonia. Origen y Devenir del Ombudsman ¿Una institución encomiable? México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

CADAVID SIERRA, Natalia y LONDOÑO SEPÚLVEDA, Néstor. Aproximación Jurídica a La Internet en Colombia. Tesis de Grado. Medellín, 2003, 300p. Tesis (abogado) U.P.B. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la sobre Conciliación Comercial Internacional, con la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización, Nueva York: Naciones Unidas, 2004.

COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL DE DERECHOS DE AUTOR. Experiencia internacional en la solución de conflictos relativos al derecho de autor en el ámbito digital. París, Duodécima reunión del Comité de la Convención Universal revisada en 1971. 2001.

E-ARBITRATION-T. Online Arbitration: What Technology can do for Arbitral Institutions. [en línea] Londres: E-Arbitration-T, 2003. < http://e-arbitration-t.com/papersadr/ubrun_seminar_content.pdf> [consulta: nov 25: 2005]

FEDERAL TRADE COMMISSION. Alternative Dispute Resolution for Consumer Transactions In The Borderless Online Marketplace. Washington: U.S. Department of Commerce, 2000.

FRAGA PITTALUGA, Luis. El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos alternativos. En: IV Jornadas internacionales de derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. Caracas. (1998) p. 137-183.

GARCÍA DE LAS HERAS, Diego. La Persona Jurídica como Signatario de una Firma Electrónica. [en línea] Madrid: Delitosinformaticos.com, 2002, revision abril 15 de 2002. <www.delitosinformaticos.com/ecommerce/firmaelectronica.shtml> [Consulta: ago 25: 2005]

HANG, Lan Q. Online Dispute Resolution Systems: The Future of Cyberspace Law. Santa Clara: Santa Clara University School. 2001.

KASH, Ethan. Online Dispute Resolution: The Next Phase. [en línea] Printemps, Vol. 7, No. 2, (2002), Montreal: Lex Electronica, 2002. Semestral. <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/katsh.htm> [Consulta: 20 mar: 2005]. ISSN 1480-1787

KASH, Ethan. The Online Ombuds Office: Adapting Dispute Resolution to Cyberspace. [en línea] Massachusetts: Department of Legal Studies, University of Massachusetts, 1996, <http://www.umass.edu/dispute/ncair/katsh.htm> [Consulta: 14 mar: 2005]

LEROY MILLER, Roger y CROSS, Frank B. The Legal and E-Commerce Environment Today: Business in Its Ethical, Regulatory, and Internationational Setting. Maison: Thomson West Publisher, 2004.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Bogotá: Legis, 1998.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. Contratos Electrónicos. Madrid: Marcel Pons, 1999.

PARLADE, Claro V. A brief history of ODR. [en línea] Cyberspace Policy Center for Asia Pacific. 6 de abril de 2005, updated in 28 July 2005. < http://cpcap.org/v1/content/view/20/2/> [Consulta: 5 Abr: 2005]

PATLYEC, Susan. Dispute Resolution in Cyberspace. [en línea].

Montclair: Montclair State University, 2000, <http://www.chss.montclair.edu/leclair/LS/papers/cyberadr.html> [Consulta: mar 20: 2005]

PROYECTO I+CONFIANZA. Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España: Autorregulación y Sistemas Extrajudiciales Off-Line y On-Line de Solución de Conflictos para Entornos de Comercio Electrónico. Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la Industria. Madrid: AENOR, 2002.

PUBLIC LAW 104-320. Administrative Dispute Resolution Act, Washington: U.S. Congress, 1996.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. [en línea] 22. ed. Madrid: Real Academia de la Lengua, 2003. <http://www.rae.es> [Consulta: 25 may: 2005]

RENKEN, Daniel. The ABC's of ADR. A comprehensive guide to alternative dispute resolution. [en línea]. Oregon: Mediate.com, 2002, <http://www.mediate.com/articles/renkenD.cfm> [Consulta: 15 may: 2005]

RULE, Colin. Online Dispute Resolution for Business B2B: E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts. Cambridge: Jossey-Bass. 2002.

SENTENCIA 7600/04 ROSENFELD vs. ZERNECK. Nueva York: Corte Suprema del Estado de Nueva York, 2004.

SENTENCIA 99-3917EM, FAYE ANASTASOFF v. UNITED STATES OF AMERICA. Missouri: United States Court of Appeals for the eighth circuit, 2000.

SENTENCIA WL 1968774 HUBBERT v. DELL CORP. Madison: Corte de Apelaciones del Condado de Madison, 2005.

SHULTZ, Thomas y otros. Online Dispute Resolution: The state of the art and the issues. Suiza: Universidad de Ginebra, 2001.

TELFORD, Megan Elizabeth. Med-arb: a viable dispute resolution alternative. Queens: Queen's University, 2000.

Anexos

Nombre	Dirección WEB	País	Servicios
ADNDRC	http://www.adndrc.org/	China	Arbitraje sobre nombres de dominio
American Arbitration Association (AAA)	http://www.adr.org	EE.UU.	Mediación, Arbitraje
Better Business Bureau Online	http://www.bbbonline.org/	EE.UU.	Arbitraje sobre privacidad
Camera Arbitrale di Milano	http://www.camera-arbitrale.com/	Italia	Mediación, Arbitraje
Chartered Institute of Arbitrators	http://www.arbitrators.org	Inglaterra	Arbitraje
Cibertribunal peruano	http://www.cibertribunalperuano.org/	Perú	Arbitraje
Consensus Mediation	http://www.consensus.uk.com/	Islandia	Mediación
Consumers association of Iceland	http://www.ns.is/	Islandia	Arbitraje sobre protección al consumidor
CPR Institute for Dispute Resolution	http://www.cpradr.org/	EE.UU.	Negociación, mediación, arbitraje
Cybersettle	http://www.cybersettle.com/	EE.UU.	Negociación
Dispute Manager	http://www.disputemanager.com/	Singapur	Mediación, negociación, negociación asistida
Electronic Consumer Dispute Resolution (ECODIR)	http://www.ecodir.org/	Irlanda	Negociación, mediación comercio electrónico
ElectronicCourthouse.com	http://www.electroniccourthouse.com/	Canadá	Negociación, mediación, arbitraje, MedArb
FSM	http://www.fsm.de/	Alemania	Arbitraje, contenidos de Internet
GWMK	http://www.gwmk.org/	Alemania	Mediación
Hong Kong International Arbitration Centre	http://www.hkiac.org/	Hong Kong	Arbitraje sobre nombres de dominio
iCourthouse	http://www.icourthouse.com/	EE.UU.	Arbitraje
International Chamber of Commerce	http://www.iccwbo.org/	Internacional	Arbitraje
Intersettle	http://www.intersettle.co.uk/	Escocia	Negociacion
JAMS	http://www.jamsadr.com/	EE.UU.	Mediación, arbitraje
Mediaiton Now	http://www.mediationnow.com/	EE:UU.	Mediación
Mediation Arbitration Resolution Services (MARS)	http://www.resolvemydispute.com/	EE:UU.	Mediación, arbitraje
Resolution Canada	http://www.resolutioncanada.ca/	Canadá	Arbitraje sobre nombres de dominio
Resolution Forum Inc.	http://www.resolutionforum.org/	EE.UU.	MedArb
SettleOnline	http://www.settleonline.com/	EE.UU.	Negociación, mediación, arbitraje, MedArb
SettleTheCase	http://www.settlethecase.com/	EE.UU.	Mediación, arbitraje
SmartSettle	http://www.smartsettle.com/	EE.UU.	Mediación
SquareTrade	http://www.squaretrade.com/	EE.UU.	Negociación, mediación en Comercio Electrónico
The Claim Room	http://www.theclaimroom.com/	EE.UU.	Negociación, mediación, arbitraje
The Mediation Room	http://adr.themediationroom.com/	Inglaterra	Mediación, negociación
The Virtual Magistrate	http://www.vmag.org/	EE.UU.	Arbitraje sobre comunicaciones en línea
TRUSTe	http://www.truste.org/	EE.UU.	Arbitraje sobre privacidad
TrustEnforce	http://www.trustenforce.org/	Sur África	Arbitraje sobre privacidad
Webmediate.com	http://www.Webmediate.com/	EE.UU.	Mediación, arbitraje
World Intellectual Property Organization (WIPO)	http://www.arbiter.wipo.int/domains	Suiza	Mediación y arbitraje sobre nombres de dominio

J Q C K E O M T E G J H X U
T P W INSTITUTO V G T X Y F
L I V Q L T R X P K C OMG B
S C Z W P Z G P Y A D A B M F A I

Av. Abraham Lincoln 295

Edificio Caribalico, Piso 1

Santo Domingo, Rep. Dom. | C.P. 10106

T. (809) 533 8826

F. (809) 535 4556