

José Toro Profesor Asistente de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT y Sara Bustamante, Federico Delgado y Carlos Alberto Sarria estudiantes del Semillero de Derecho internacional económico y Derechos Humanos adscrito a la Universidad EAFIT, domiciliada en la Carrera 49 7 sur 50 050022, Medellín, Colombia. Respetuosamente presentamos ante la honorable Corte la ampliación del memorial contentivo de la opinión de los autores en la Opinión Consultiva CDH-OC-22/485 presentada por la República de Panamá, y relativa a la interpretación y alcance de los artículos 1.2, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de acuerdo con el requerimiento hecho por la honorable Corte en la audiencia pública celebrada en San José (Costa Rica) el pasado 25 de junio de 2015, con plazo máximo el 30 de julio del presente año.

I. Legitimación para presentar la opinión a la Honorable Corte

Los autores presentan esta opinión con fundamento en el Artículo 73.3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en atención a la invitación formulado por la Honorable Corte a la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT de Medellín, para que presente su concepto sobre la interpretación de las normas contenidas en los artículos referidos en el encabezado de la Convención Americana de Derechos Humanos.

II. Aclaración de términos

Es el concepto de los autores que persona jurídica es todo aquel titular de derechos y obligaciones. Por ello la persona humana es igualmente una persona jurídica. Por tanto se necesario distinguir entre las personas jurídicas individuales, esto es la persona humana, y las personas jurídicas estatutarias, esto es las sociedades comerciales y

los entes colectivos sin ánimos de lucro, e igualmente los entes de Derecho público.

III. Ampliación de la solicitud presentado por la República de Panamá a requerimiento de la Honorable Corte Interamericana

1. ¿Cuál debe ser el alcance de la opinión consultiva que profiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en especial cuál debe ser el alcance de su interpretación?

La consolidación de los tribunales internacionales es un fenómeno que tiene especial relevancia a partir de la segunda mitad del siglo XX. La constitución de la Corte Internacional de Justicia como el ente judicial del sistema de Naciones Unidas y su vinculación a la Carta de la Organización suponen un alto estándar de legitimidad en la labor de los entes judiciales internacionales. Tribunales que luego se constituirán tanto a nivel regional como especializado, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La naturaleza judicial de un tribunal significa que este tiene un estatus independiente de los Estados y de las organizaciones internacionales que participan en su creación. Por ello, este ente judicial internacional debe abordar el análisis de los asuntos sometidos a su conocimiento desde la perspectiva de las normas de Derecho internacional de las cuales es guardián y dentro del contexto socio-internacional dentro del que se encuadra su misión.

De allí que en desarrollo de su función consultiva los tribunales internacionales deben desarrollar una actividad que es propiamente interpretativa. orientada a identificar y construir los principios propios del campo jurídico sometido a su jurisdicción y competencia. Por el contrario dicha actividad no se reduce, simplemente, a declarar cual es el Derecho vigente y aplicable de manera general y abstracta. De tal forma lo plantea Mauro Cappelletti cuando evidencia la revuelta contra el formalismo en las sociedades modernas, en las cuales el papel del Estado (en especial el denominado Estado de bienestar), supone una gran actividad regulatoria, que requiere de la activa presencia del juez en la protección

al ciudadano. De allí que sea necesario que el juez desempeñe una gestión que le permita ir más allá de la mera interpretación literal de la norma. En palabras de Cappelletti el proceso judicial se caracteriza por "(i) su conexión con los casos y controversias, y por tanto con las partes; (ii) la imparcialidad del juez, y; (iii) el hecho que el proceso judicial no lo inicia el juez" (Cappelletti, 1981, 31).

Parafraseando a Cappelletti (1981, 40), el desarrollo de un lenguaje de derechos, lo cual es claramente aplicable al sistema interamericano de Derechos Humanos, supone que la interpretación judicial para garantizar estos derechos requiere de un nivel más alto de creatividad. Lo amplio, universal y diverso del contenido de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, y la diversidad contextual de su aplicación requieren de una actividad interpretativa que efectivamente garantice la real aplicación de los mismos, y su evolución frente a las sociedades en las cuales se llevará a cabo su cumplimiento.

En el análisis que Akande (1998) realiza en la Revista Europea de Derecho Internacional sobre la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia, considera que la función judicial comprende la "búsqueda de los principios generales, la identificación del significado de dichos principios y las circunstancias en las que ellos se aplican, así como el ajuste y el desarrollo de dichos principios a la luz de las circunstancias sociales" (465) en las que deben aplicarse. Por tanto continúa Akande el juez está legitimado para pronunciarse sobre la manera o forma en la que el derecho deba aplicarse (465).

De allí que es por tanto pertinente afirmar que la interpretación que el juez interamericano debe dar a las normas de sistemas, debe ser aquella que garantice la debida aplicación de los derechos consagrados en los instrumentos jurídico-internacionales de Derechos Humanos del continente. Además que, al mismo tiempo, los interprete y aplique con base en el contexto social de las diferentes sociedades que integran el sistema.

Por ello según Dworkin (1985) se "debe interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer

progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral (159). Por lo tanto es pertinente afirmar que entendido el Derecho como un concepto interpretativo (Dworkin, 1986, 410), la opinión consultiva de la honorable Corte Interamericana debe tener en cuenta un concepto extensivo y garantista de interpretación de las normas del sistema interamericano sometidas a consideración en relación con las denominadas personas jurídicas.

Con base en la anterior concepción de interpretación se procede a responder la segunda cuestión solicitada por la honorable Corte.

2. ¿Cuáles son las modalidades de personas jurídicas sin ánimo de lucro?

En primer lugar es necesario efectuar una distinción en cuanto a persona jurídica y oenegé. El concepto de persona jurídica es una noción inherente a la titularidad de derechos en los ordenamientos jurídicos internos. En tal sentido es necesario distinguir dos tipos de personas jurídicas en primer lugar. Las personas jurídicas individuales y las personas jurídicas estatutarias. Por las primeras se entiende la persona humana, por la segunda la figura convencional, que en virtud de un ordenamiento jurídico, y previo cumplimiento de las formalidades establecidas, se le otorga titularidad de derechos y obligaciones a un ente que en virtud de ese derecho puede ejecutar derechos y obligaciones. En la doctrina de base romano germánica estas denominadas personas jurídicas estatutarias se estratifican en aquellas sin ánimo de lucro y aquellas con ánimo de lucro. Las primeras generalmente reguladas, dependiendo de las particularidades de cada orden jurídico, por el Derecho civil; las segundas por el Derecho mercantil o comercial.

El concepto generalizado en la doctrina (Valencia, 1994) considera que en la persona jurídica estatutaria sin ánimo de lucro el elemento caracterizador es la no distribución de beneficios entre sus constituyentes, miembros o corporados. Por su parte el componente que caracteriza a los entes con ánimo de lucro es precisamente la distribución de beneficios entre sus socios o accionistas. Esto no obsta para que las personas jurídicas no adelanten una actividad económica

organizada, solo que deberá tenerse en cuenta que su régimen es el del Código Civil.

Por ello creemos que para determinar si ciertas personas jurídicas pueden ser titulares de Derechos en el sistema interamericano, es necesario acercarse a un concepto que posibilita la aglutinación social de interés de dicho tipo, y con ello poder acceder al sistema interamericano. Este concepto es el de organización no gubernamental (o enegé u ONG). Para la debida construcción de una noción de ONG es necesario acudir a los diversos instrumentos internacionales que se han ocupado de buscar una noción de estos entes.

En 1986, en el artículo 1ro de la convención sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las ONG del Consejo de Europa, se mencionaron algunos elementos o condiciones que deben cump

*"This Convention shall apply to associations, foundations and other private institutions (hereinafter referred to as "NGOs") which satisfy the following conditions: have a non-profit-making aim of international utility; have been established by an instrument governed by the internal law of a Party; carry on their activities with effect in at least two States; and, have their statutory office in the territory of a Party and the central management and control in the territory of that Party or of another Party"*¹.

Por su parte, en la Resolución 1996/31, el Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC) estableció una serie de principios que se deben tener en cuenta a la hora de establecer relaciones consultivas entre ECOSOC y las organizaciones no gubernamentales. En estos se afirma:

*"consultative relationships may be established with international, regional, sub-regional, national non-governmental organizations, non-profit organizations, public sector or voluntary organizations"*².

¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/124.htm>

² <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1996/eres1996-31.htm>

Además se agrega como requisito que la existencia de las ONG haya sido oficialmente reconocida por un gobierno. Sin embargo, se dejó claro que las organizaciones creadas por acuerdos gubernamentales o intergubernamentales no se considerarán ONG. Finalmente, se destaca la importancia de que los objetivos de las ONG estén en conformidad con el espíritu, los propósitos y los principios de la carta de la ONU.

Finalmente, en 1999, en la Resolución CP/RES 759 (1217/99), la cual establece las guías para la participación de la sociedad civil en las distintas actividades de la OEA, se definen las organizaciones de la sociedad civil, como:

*"toda institución, organización o entidad nacional o internacional integrada por personas naturales o jurídicas de carácter no gubernamental"*³.

Ahora bien, considerando estas definiciones, es posible abstraer una noción de lo que significa ONG para el ámbito internacional. Se entenderá por ONG toda asociación, fundación u otra institución de carácter no gubernamental (o privado?) que esté oficialmente reconocida y establecida por lo menos en un Estado, que no tenga por objetivo el ánimo de lucro y que sus fines persigan intereses internacionales.

Teniendo en cuenta esta definición y reconociendo el hecho de que las ONG abogan por los intereses y derechos de una comunidad, consideramos que estas organizaciones deberían tener acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos de manera que estas logren realizar sus fines. La exclusión de las ONG del sistema desprotegería intereses que este mismo busca amparar. Sin embargo, el acceso al Sistema deberá restringirse a aquellas organizaciones que cumplan ciertos requisitos que la Corte deberá establecer. Es decir, debe permitirse caso por caso.

Consideramos que el test que debe desarrollar la Corte o los requisitos que deben establecerse por esta, deberán tener en cuenta: por un lado, la naturaleza de los derechos humanos afectados de las personas que la ONG representa, junto con su

³ <http://www.oas.org/consejo/sp/resoluciones/res759.asp>

nivel de vulneración; y por otro lado, la afectación de los fines u objetivos de la organización debido a la violación de estos derechos. En este sentido, a mayor transgresión de derechos y afectación de los fines, mayor deberán ser las oportunidades de acceso al sistema.

La posibilidad de acceder al sistema por parte de las ONG, con el cumplimiento de los requisitos que se establezcan, permitirán la participación efectiva de las mismas, en áreas de interés internacional. De acuerdo con esta posición, la participación directa o indirecta de las ONG en el sistema interamericano podrá proporcionar un incremento en la transparencia y en la eficiencia del mismo.

Finalmente se procede, de forma breve, a la respuesta de la última cuestión.

3. ¿Son las personas jurídicas titulares de Derechos Humanos en el sistema interamericano?

En el estado actual de cosas no es posible dar una respuesta en términos absolutos a esta pregunta. Por tanto, debe asumirse una metodología caso por casos. Para ello la Honorable Corte debe:

- En primer lugar declararse competente para conocer de la consulta y proferir una opinión consultiva a la solicitud de la ilustre República de Panamá.
- La opinión consultiva proferida no debe limitarse a una simple enunciación de las normas existentes, sino que debe proferir una interpretación amplia de la Convención Interamericana y de los instrumentos complementarios. En especial una lectura integradora en los términos del numeral primer *supra*.
- Para efectos de la interpretación es necesario distinguir a las personas jurídicas estatutarias con ánimo de lucro y sin ánimo de lucro.
- Las personas jurídicas con ánimo de lucro, esto es las sociedades comerciales, podrán ser titulares de Derechos, en una interpretación amplia del Artículo primero de la Convención.

- Esta titularidad está por una parte restringida a los derechos civiles, y no a los derechos sociales contemplados en el Protocolo de San Salvador y otros instrumentos.
- Sin embargo, no le son aplicable la totalidad de Derechos contemplados en la Convención. Solo aquellos que sean inherentes a su actividad propia de organización empresarial y en un sentido relativo.
- Como se dijo con anterioridad, la conceptualización y análisis de los términos propiedad y derechos humanos ha sido trabajado por diferentes áreas del conocimiento: positivismo jurídico, el cual agrega complejidad debido al respeto reducido del derecho internacional bajo la jurisprudencia positiva extrema. El derecho natural expuesto por Locke no se queda atrás y así da explicación a la propiedad como derecho de primera generación, claro que esta explicación jurídica no ha sido suficiente para entender lo complejo de su significado. El análisis de Bentham utilitarista es más práctico al afirmar que la propiedad debe ser entendido como un derecho, en la medida que es capaz de darle felicidad al ser humano. Son las creaciones del orden positivo las que dan a entenderse cuando son provechosas para el ser humano. La visión hegeliana establece que el derecho de propiedad es una condición para la existencia de los otros derechos. Kant establece que es la autonomía el derecho más importante y por su naturaleza debe surgir la propiedad y el resto para alindare el camino. Con esta breve presentación de esas corrientes del pensamiento, se demuestra la falta de cohesión teoría a la hora de establecer si la propiedad posee status de derecho humano y de allí el problema académico que se resume en muchas circunstancias en la práctica (Waincymer, 2009).
- Las personas jurídicas con ánimo de lucro, solo podrán agotar los recursos internos en representación de una persona individual en la medida que su composición no sea exclusiva de otras personas jurídicas.
- Finalmente, en cuanto a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, es pertinente referirse a su carácter de oenegé, para determinar su acceso al sistema. Acceso y titularidad que debe darse en la medida que se dé cumplimiento al test definido en el numeral segundo *supra*.

De esta forma presentamos la ampliación de la posición del Grupo de investigación en Derecho internacional económico y Derechos Humanos de la Universidad EAFIT de Medellín, Colombia, en el asunto sometido a la opinión consultiva de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature is stylized and appears to read 'Jose Toro'.

Jose Toro
Profesor Asistente
Universidad EAFIT
Medellín, Colombia

Medellín, Colombia 30 de julio de 2015

Referencias:

Akande, D. (1998). The Competence of International Organizations and the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice. En: *European Journal of International Law* 9. pp. 437 - 467.

Cappelletti, M. (1981). The Law-making Power of the Judge and its Limits: A Comparative Analysis. En: *Monash University Law Review* 8(1). pp. 15 - 67.

Dupuy, P. M. & Vierucci, L. (2008). *NGO's in International Law Efficiency in Flexibility?* Cheltenham: Edward Elgar.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.

Pasqualucci, J. M. (2013). *The Practice and Procedure of the Interamerican Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rodríguez C. (ed.) (1997). *El debate Hart – Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre.