



## **REIB 2011-II**

### **EDITORIAL**

**TRIBUNA ABIERTA:** por James Anaya

### **ARTÍCULOS:**

1. AZCONA PASTOR, Jose Manuel: “El conflicto militar en el proceso proceso de transición hacia la democracia en la argentina de raúl alfonsín (1983-1987)”

2. CUENCA GÓMEZ, Patricia: “Hacia la armonización de la legislación latinoamericana en materia de capacidad jurídica con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Reflexiones a luz de la Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”.

3. FERNÁNDEZ LIESA, Carlos: “Reflexiones sobre el exilio republicano en perspectiva internacional”

4. FERNANDO CONDESSO: “Servicio público de Radio y Televisión. Constitución portuguesa y comparación con Brasil y España”.

5. MARTÍNEZ PEÑAS, Leandro: “Las dispares fronteras septentrionales de la América hispana a finales del Siglo XVIII: el noroeste y las provincias internas”.

6. PIERONI, Agustin y PIERONI, Virginia: “El derecho a la Intimidad en Iberoamérica”.

### **RECENSIONES:**

1. CIENFUEGOS, SANAHUJA, *Una región en Construcción: UNASUR y la integración en América del Sur*. Por Carlos R. Fernández Liesa.

2. LOWENTHAL, Abraham F., PICCONE, Theodore J. y WHITEHEAD, Laurence (editors.), *The Obama Administration and the Americas. Agenda for a Change*, Brookings Institution Press, Washington, D.C. (Estados Unidos). Por Miguel M. Benito Lázaro.

3. BRUZZONE, Elsa, *Las guerras del agua: América del sur en la mira de las grandes potencias*. Por Silvia Angel Santano.



4. MARTÍN ARRIBAS, Juan José (Dir.): *UE y América Latina, entre la cooperación y la asociación*. Lex Nova, Valladolid (España). Por Pilar Trinidad Núñez.



## EDITORIAL:

### LA COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑOS

La creación formal de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) con ocasión de la III Cumbre de Presidentes de América Latina y el Caribe, celebrada en Caracas (Venezuela) en diciembre de 2011, supone *un intento más* por crear un espacio de cooperación e “integración” que agrupe a un conjunto muy significativo de Estados americanos. En realidad, esta nueva fórmula supone la exclusión tan sólo de Estados Unidos y Canadá, y enlaza históricamente con la creación de la *Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*, creada en 1959 y que, después, se convertiría en la *Asociación Latinoamericana de Integración* (ALADI) en 1980. Aunque también, habría que tener en cuenta las experiencias acumuladas por el *Grupo de Río* como Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política que viene funcionando desde 1986 y que, de alguna forma, supone un foro de impulso a la CELAC.

El devenir de este nuevo marco de concertación y cooperación en la región aún está por definir y los resultados que produzca para la integración seguro que se harán esperar. Los Estados que conforman la CELAC están inmersos en múltiples procesos de cooperación e integración y no resultará fácil hacer coincidir todos los intereses y en todos los momentos. Quedan por explicitar las consecuencias concretas de la creación de un marco institucional de este tipo, más allá de las declaraciones de fuerte contenido y alcance retóricos. Destaquemos, ahora, algunos aspectos que pueden suscitar mayor interés, aunque sea de una forma muy inicial:

Ante todo, la CELAC no se puede configurar como un foro de exclusión. Lo cierto, es que no se vislumbran criterios de pertenencia, más allá de que todos los Estados que la componen pertenecen al continente americano. Existe, por lo tanto, un



criterio geográfico limitado y no se dan, con intensidad, para todos, los criterios históricos-culturales. Las diferencias en las políticas exteriores del conjunto de Estados son muy significativas y, desde luego, la realidad latinoamericana no es equiparable, plenamente, a la realidad caribeña. Tampoco se puede decir que exista un sustrato ideológico común que necesariamente perdure y de consistencia a este nuevo marco de cooperación. Por lo demás, no queda claro que las relaciones económicas entre los 33 Estados que integran la CELAC propicien un marco estable que promueva la integración en este campo. Por todo ello, parece difícil que un foro de esta índole se asiente en un continente, como el americano, tan fragmentado, tanto en el plano político, como en el económico y social. Pero la experiencia nos demuestra, también, que la diversidad es, en ocasiones, el mejor aliado de la “integración”.

Por lo demás, el liderazgo de Brasil y México en la realidad latinoamericana (y quizá caribeña) va a quedar condicionado por su pertenencia a otros marcos de cooperación e integración y, cómo no, a los lineamientos de las políticas exteriores de estos Estados. No parece lógico que Brasil sacrifique el esfuerzo que representa *UNASUR* y que tiene indicios de avanzar en la buena dirección a cambio de potenciar el papel de la CELAC en el continente. Y, desde luego, la política de México se orienta, cada vez más, a sus relaciones con los Estados Unidos y Canadá a través del desarrollo que experimente el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* y los acuerdos entre México y Estados Unidos en otras materias. Todo parece apuntar que el impulso de la CELAC es un refuerzo de la posición prevalente de Brasil en América y de la voluntad de México de no perder su histórica vinculación con los Estados latinoamericanos. Pero, más allá, habría que preguntarse cuáles van a ser los campos en los que esta asociación produzca resultados efectivos.

Asimismo, quedan pendientes las relaciones entre la CELAC y la *Organización de Estados Americanos* (OEA). Algunos de los participantes en la reunión de Caracas, como el Presidente colombiano, han dejado claro que la primera no sustituye a la segunda y que, por lo tanto, serían realidades de cooperación complementarias. Lo que no debemos olvidar es que la OEA cumple una función relevante en campos que la



CELAC tardaría en poner en marcha, si quisiera asumirlos, como son los relativos al fortalecimiento de la democracia y los derechos humanos. “Reinventar” *el sistema interamericano* lleva su tiempo. Por lo demás, la lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada es, también, una función de la OEA, aunque nada impediría que se abordase por la CELAC, eso sí, quizá con menores resultados al no suponer la participación de los Estados Unidos. La OEA no cumple, *de facto*, funciones en el campo económico. Lo que sí puede suceder es que la CELAC disminuya el papel de las *Cumbres de las Américas*, iniciadas en Miami en 1994, si es que ya no se encuentran en franca decadencia.

Por último, la CELAC no debe suponer un obstáculo al continuo desarrollo de la *Comunidad Iberoamericana de Naciones*, a pesar de que ésta deberá hacer un esfuerzo para cambiar el formato y los lineamientos que se han utilizado durante los últimos veinte años. La configuración que ha adquirido la CELAC deja espacio para un foro como las Cumbres iberoamericanas y quizá la potencia, por lo menos en aquellos sectores que le son prioritarios a los iberoamericanos como es el caso de *la educación, la ciencia y tecnología y la cultura*. En este caso, España debe realizar una acción suplementaria destinada a dotar de más contenido, en permanente colaboración con el resto de los Estados de la América ibérica, para que éstos adquieran más protagonismo en las Cumbres y se decida “rentabilizar” la potencia cultural que representa la región iberoamericana.

Es pronto para saber el destino final de la CELAC, como marco de cooperación y diálogo que se acaba de crear formalmente pero, en todo caso, sería bueno que cumpliera las funciones que se le quieren atribuir, de manera complementaria con otros procesos de cooperación y de integración. El objetivo siempre debe ser el mismo: asegurar y garantizar el bienestar de los ciudadanos de esta región del planeta



## **TRIBUNA ABIERTA**

### **APORTACIONES Y AVANCES PARTICULARES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA A PARTIR DE LA DEFENSA DE SUS DERECHOS**

*S. James Anaya*

*Relator de Naciones Unidas para los derechos y las libertades fundamentales de  
los indígenas  
Universidad de Arizona*

Los pueblos indígenas de América se han mostrado especialmente activos en la defensa de sus derechos. Y han puesto de manifiesto como al ser capaces de aprovechar los mecanismos de protección de derechos humanos establecidos en un contexto interamericano o las instituciones especializadas iberoamericanas como el Fondo Indígena, no solo han fomentado una dinámica que ha traído consigo una mejor defensa de sus propios intereses, sino que también ha inducido cambios en el ordenamiento jurídico–institucional regional y en los ordenamientos internos. Cambios que han tenido una proyección general y que finalmente han favorecido al conjunto de las sociedades en las que se integran.

Es evidente que estos avances y dinámicas regionales deben ser analizados en el marco de los reconocimientos que han tenido lugar en el sistema internacional en un contexto general de evolución y modificación de la soberanía estatal, la consolidación del principio de libre determinación y del valor de la diversidad cultural representada por los pueblos indígenas. En efecto no hay que olvidar que actualmente contamos con una serie de normas concernientes específicamente a los pueblos indígenas y derivadas de los principios generales de derechos humanos, como se manifiesta claramente en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales o la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por las Naciones



Unidas. Además se han incorporado en la esfera internacional instituciones y programas dedicados específicamente a los pueblos indígenas, como por ejemplo el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, el Comité de Expertos o la Relatoría especial sobre “la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas”, que en la actualidad asume quien suscribe estas páginas. A su vez, diferentes mecanismos de control relacionados con los grandes tratados de derechos humanos, como el comité para la eliminación de la discriminación racial o el comité de derechos humanos, vienen reforzando con una interpretación favorable a los intereses de los pueblos indígenas de algunas de las principales normas recogidas en sus convenios de referencia, el nuevo estatuto de protección de los derechos de estos pueblos que se ha venido conformando en los últimos tiempos en un plano universal.

Pero lo cierto es que, particularmente los pueblos indígenas desde América, aunque entretejiendo siempre alianzas activas con los pueblos indígenas de otros continentes, han venido, desde su propia especificidad, a reforzar todo ese proceso desde un ámbito regional mostrándose capaces de realizar transformaciones de calado.

En primer lugar hay que resaltar como han sido capaces de incorporar los derechos colectivos en el sistema regional americano de protección de los derechos humanos. Es indudable que si a nivel internacional los derechos colectivos de los pueblos indígenas son una realidad en parte se debe al impulso que un contexto americano esa cuestión ha tenido gracias al empuje y la defensa inteligente y constructiva que de los mismos (los derechos de los pueblos indígenas) han realizado la mayoría de las organizaciones y representantes indígenas del continente. El efecto más sobresaliente de todo ello tiene que ver con el reconocimiento por parte de la Comisión interamericana, y más importante todavía, por parte de la Corte Interamericana a partir de 2001 y en diferentes sentencias más o menos consecutivas de los derechos colectivos, entre los que destacan derechos territoriales, derechos a los recursos naturales, derechos relacionados con la preservación de sus sistemas normativos propios, derechos de consulta, derechos relacionados con la organización y participación política autónoma o derechos colectivos destinados a la preservación



cultural. Todo ello a partir de una lectura e interpretación favorable y avanzada a favor de los pueblos indígenas de algunas de las disposiciones del Pacto de san José. A su vez, la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas que se viene discutiendo y negociando a partir de un texto consolidado en el marco de un grupo de trabajo en el que participan activamente representantes de los pueblos indígenas recoge todo un catálogo de derechos que atiende a la dimensión y necesidades específicas de carácter colectivo de los pueblos indígenas de América.

Por otro lado hemos de mencionar que la profundización de los procesos de democratización que se han vivido en la zona, especialmente en América Latina, no habría sido posible sin la participación activa, constructiva y responsable de los pueblos indígenas. Es evidente que muchos países han transitado airoso de regímenes dictatoriales y totalitarios a democracias asentadas y consolidadas. En este proceso los pueblos indígenas han tenido mucho que ver a partir de una actitud de participación general que sin renunciar nunca a sus reivindicaciones legítimas, les han llevado a adentrarse activamente en las esferas políticas, sociales y culturales de sus países de referencia. De esa manera, en la medida en que les ha sido posible, han contribuido a la defensa no solo de sus derechos, lo cual ha tenido repercusiones directas en los ordenamientos internos o la transformación en positivo de las instituciones indigenistas que antaño se ocuparon de sus asuntos desde planteamientos paternalistas hoy absolutamente desfasados y deslegitimados, sino que también han reforzado el proceso de democratización general vivido en sus países y han contribuido al bienestar y los avances globales allí acontecidos.

Basando sus demandas en principios generales vinculados a los derechos humanos, los pueblos indígenas han aprovechado las vías de acceso de las instituciones nacionales para articular una visión de ellos mismos distinta del estereotipo dominante, y han tenido una enorme influencia en la definición de las agendas nacionales y el diseño de las nuevas políticas públicas que en un contexto interno pretenden dar respuesta al desafío que conlleva la gestión de la diversidad cultural y el aseguramiento de sus derechos.



Ahora bien, esa participación a nivel interno se ha correspondido con una actitud también muy responsable en un plano regional. De esta manera los pueblos indígenas se han integrado en las instituciones interamericanas, aprovechando todas las oportunidades que el mismo les ofrecía. Reiteramos aquí la utilización inteligente que han realizado de los mecanismos de control vinculados al sistema interamericano de protección de derechos humanos o su participación activa en el proceso de negociación de la Declaración Americana. Los pueblos indígenas y sus organizaciones tienen acceso directo al Grupo de Trabajo que negocia la Declaración Americana, y comparecen ante el mismo en sus sesiones públicas para hacer intervenciones orales o escritas. Actualmente el presidente del Grupo de Trabajo es un representante gubernamental pero indígena.

A su vez, en respuesta específica a los esfuerzos de los pueblos indígenas se vienen por lo tanto poniendo en marcha nuevas instituciones y programas, abiertos a su participación, destinados al diseño de programas autónomos para favorecer su propio desarrollo. Al respecto en un plano iberoamericano destaca, como una vez superadas las reticencias iniciales, los pueblos indígenas se han integrado en los órganos de dirección del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, a partir de una estructura de participación paritaria, única en el panorama de las organizaciones internacionales que dota a los representantes indígenas del mismo poder de decisión y de la misma capacidad de incidencia que la que tienen los representantes de los Estados. Esto les concede a los pueblos indígenas un estatuto particular o *sui generis* entre los actores no estatales dentro del ámbito regional, en este caso, iberoamericano, un estatuto del que se deriva además un nivel reforzado de participación de los pueblos indígenas que son reconocidos como los herederos de los habitantes originarios, cuyas culturas y sociedades ancestrales existen desde antiguo, están bien enraizadas en la historia y cuentan con instituciones políticas y sociales bien diferenciadas. Todo ello, en alguna medida, al menos en la práctica de la organización mencionada, les sitúa en un plano de equiparación a los Estados en lo que a la toma de decisiones se refiere.

En definitiva aunque, tal como ya escribíamos en el pasado en otras colaboraciones en relación con los reconocimientos y logros generales, si bien es cierto



que esta transición no ha progresado lo suficiente como para satisfacer a todos los grupos indígenas americanos, a pesar de que la puesta en práctica de estos avances ha sido lenta, el cambio que se ha producido en el discurso colectivo e individual de los Estados en este caso americanos, y otros actores es claramente perceptible. Todo ello ha sido posible porque los pueblos indígenas americanos -siempre en colaboración con los pueblos de otras regiones del mundo- han sido capaces de articular con éxito, a partir de complejos procesos de organización y alianza, todo un catálogo de demandas, arraigadas en el discurso y la práctica de los derechos humanos y han sabido aprovechar las oportunidades que les ofrecían los mecanismos internos, regionales y universales a partir de una actitud de participación reivindicativa, constructiva e inteligente que los ha situado, en la actualidad, como uno de los actores no estatales con mayor capacidad de incidencia en las agendas internas de sus Estados de referencia. El camino todavía será largo, en ocasiones complicado y tortuoso, las respuestas de las instituciones públicas no siempre serán las adecuadas, pero lo cierto es que, con la perspectiva del tiempo, debemos concluir que los avances son incuestionables.



## **ARTÍCULOS**

### **EL CONFLICTO MILITAR EN EL PROCESO DE TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA EN LA ARGENTINA DE RAÚL ALFONSÍN (1983- 1987)<sup>1</sup>**

*MILITARY CONFLICT IN THE TRANSITION TO DEMOCRACY IN THE  
ARGENTINA OF RAÚL ALFONSÍN (1983-1987)*

DR. JOSÉ MANUEL AZCONA PASTOR\*

#### **RESUMEN**

El triunfo de Raúl Alfonsín, presidente de Unión Cívica Radical en las elecciones de 1983, tras ocho años de dictadura militar, contagió de optimismo a los argentinos que veían en este abogado bonaerense al adalid de los cambios y al estadista que conduciría a la nación por el camino de la democracia. Pronto las esperanzas del pueblo argentino se vieron truncadas por los múltiples obstáculos que se le presentaron a lo largo de su periodo de gobierno. El proceso judicial militar y posteriormente civil de los militares y policías represores, y en especial de la cúpula castrense, provocó el malestar entre las filas reaccionarias y la alegría y esperanza para la una gran mayoría del pueblo argentino. A pesar de algunas condenas significativas, el sentimiento generalizado de la población era que los verdugos no habían pagaron del todo por sus delitos. Todavía hoy día en Argentina se tiene la sensación de que los criminales causantes de miles de muertos y represaliados continúan impunes.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 1 de noviembre de 2011 y aceptado el 30 de noviembre de 2011.



## Palabras clave

Argentina, democracia, gobierno de Alfonsín, junta militar, desaparecidos, derechos humanos.

## SUMMARY

The triumph of Raúl Alfonsín, the Radical Civic Union president in elections in 1983, after eight years of military dictatorship, contagious optimism to the Argentines who saw in Buenos Aires this lawyer to champion change and the statesman who would lead the nation for the path of democracy. Soon the Argentine people's hopes were dashed by the many obstacles that were presented throughout his term in office. The military judicial process and later civilian police and military repressors, and especially the military leadership, caused unrest among the ranks reactionary and joy and hope for the vast majority of the Argentine people. Despite some significant sentences, the general feeling was that people had not paid executioners of all for his crimes. Still today in Argentina there is a sense that criminals causing thousands of deaths and retaliation remain unpunished.

## Keywords

Argentina, democracy, Alfonsín government, military directorate, missing, human rights.



**SUMARIO. 1. Elecciones y gobierno de esperanza y concordia 2. Las leyes de la discordia. 3. Uniformados intransigentes. 4. Impresiones populares.**

## **1. Elecciones y gobierno de esperanza y concordia**

Tras la funesta dictadura que azotó Argentina entre 1976 y 1983 tuvieron lugar las elecciones celebradas en este país, el 30 de octubre de 1983, y de las que salió victorioso el partido radical, que derrotó al resto de formaciones que se presentaron a los comicios. El triunfo de la Unión Cívica Radical llevó a Raúl Alfonsín a ocupar la presidencia de la República Argentina. Eran las primeras votaciones democráticas que tenían lugar en el país desde el golpe de Estado de los militares en 1976 que derrocaba al gobierno de María Estela Martínez, viuda del general Juan Domingo Perón, y que ponían fin al gobierno castrense que había gobernado desde 1976 a 1983.<sup>2</sup>

Entre todos los partidos que se presentaron a la pugna política, la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista (peronista)<sup>3</sup> disputarían el triunfo electoral. Partidos que no solamente contaban con el mayor número de seguidores, sino que además poseían amplia tradición histórica. No era la primera vez que se enfrentaban las dos formaciones, ya lo habían hecho anteriormente, de forma democrática, por obtener el gobierno de la república, y en líneas generales, los radicales siempre habían obtenido peores resultados frente a los peronistas. Estuvieron en el gobierno en dos ocasiones cada uno y fueron derribados del ejecutivo de la misma forma: mediante golpes militares. En el caso del Justicialismo, el ejército actuó para sacar a sus líderes de la Casa Rosada porque parecía inminente una guerra civil, en el caso de los radicales por simple ambición de dominio.

---

\* Profesor Titular de Historia Contemporánea de la Universidad Rey Juan Carlos/ Director de la Cátedra PRESDEIA-URJC.

<sup>2</sup> Gobiernos uniformados de Argentina 1976-1983: General Jorge Videla, marzo 1976 - marzo 1981; General Roberto Viola, marzo 1981 - diciembre 1981; General Leopoldo Galtieri, diciembre 1981 - junio 1982; General Reynaldo Bignone, junio 1982 - diciembre 1983.

<sup>3</sup> Por la izquierda independiente: Partido Intransigente, Partido Obrero y MAS-Movimiento al Socialismo. Por el centro-derecha: Democracia Cristiana, Desarrollismo y Alianza Social-Demócrata, Unión de Centro Democrático-Sector Ultraconservador, Alianza Federal.



El peronismo, movimiento político surgido en Argentina durante el primer mandato presidencial del general Juan Domingo Perón (1946-1955) se caracteriza por un profundo sentimiento nacionalista (de ahí la nacionalización de la banca, de los ferrocarriles,...) y de justicia (mejora de la seguridad social, protección a los trabajadores, etc.). Ricardo Martín de la Guardia y Guillermo Á. Pérez Sánchez puntualizan que : “si bien es verdad el crecimiento de la economía productiva entre 1946 y 1950, que facilitó la eliminación casi total del paro, la coyuntura favorable de la economía argentina, posterior a la Segunda Guerra Mundial, pronto se resquebrajó. El aumento de la inflación, la repercusión de la crisis subsiguiente en los grupos más humildes, entre otras causas, pusieron entre las cuerdas al peronismo”<sup>4</sup>. En 1955 Perón fue derrocado por un golpe militar siendo nuevamente elegido en 1973, pero apenas pudo desarrollar su segundo mandato presidencial, porque la muerte le sobrevino al año siguiente. Su mujer, que hasta entonces había ocupado la vicepresidencia de la República, pasó a ser la nueva presidenta de la nación.

En 1889, en Buenos Aires, un grupo de jóvenes, en su mayoría universitarios fundó la Unión Cívica Radical como oposición al gobierno conservador de Miguel Juárez Celmán y tomó el nombre de Unión Cívica en 1890, pasando al año siguiente a producirse una primera escisión. Se debió a que, tras la revolución del mes de julio, una parte de sus integrantes eran partidarios de no negociar con el gobierno. Los que no querían ceder ante las autoridades pasaron a denominarse Unión Cívica Radical, siendo su líder Leandro Nicéforo Alem. Desde las elecciones celebradas en 1916, este partido se convirtió en el partido más importante de la escena política argentina, hasta que, en 1945, entró en ella el Partido Justicialista. Esto fue causa de que empezasen a surgir disensiones y diferencias en el seno del radicalismo, que llevaron a una segunda ruptura, creándose así dos ramas. La minoritaria, fundada en 1957 por Ricardo Balbín y denominada Unión Cívica Radical del Pueblo; y la mayoritaria, que pasó a llamarse Unión Cívica Radical Intransigente dirigida por Arturo Frondizi, quien ganaría en las elecciones de 1958. Un lustro después los nuevos comicios dieron la victoria a la Unión

---

<sup>4</sup> Entrevista realizada a los profesores Ricardo Martín de la Guardia y Guillermo Á. Pérez Sánchez en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Valladolid, el 30 de mayo de 2008.



Cívica Radical del Pueblo, con Arturo Illía como presidente. Tras el triste paréntesis de la dictadura militar que gobernó el país desde 1976 a 1983, surgió una Unión Cívica Radical con un nuevo presidente elegido en julio de este último año, Raúl Alfonsín. Abogado y político argentino, nacido en Buenos Aires en 1927.

La campaña electoral de 1983 se caracterizó por los ataques e insultos entre los políticos y se dejó en un segundo plano el hecho de que los comicios suponían el fin de una dictadura y el comienzo de una democracia. El ambiente general que se respiraba era pesimista, de tristeza estructural, debido al proceso que se acababa de vivir de gran traumatismo en lo que concierne a la fuerte dictadura militar recientemente acontecida y de cuya magnitud de la tragedia humana aún no se tenía constancia de forma absoluta, aunque se sospechaba de manera seria.

La campaña electoral peronista se basó desde un principio en el intento de hacer ver al pueblo argentino que lo mejor para el país era mantener la continuidad con el último gobierno democrático previo al militar, que había estado en sus manos. Quisieron hacer creer a la población que el régimen dictatorial había sido un lapso en el tiempo, un lapso en el gobierno peronista destinado a conducir a la nación argentina hacia su completa felicidad. Para conseguirlo, a pesar de que lanzaron promesas de cara al futuro hicieron mucho más hincapié en el pasado, incluso hicieron públicas fotografías de Perón.

Sus contrincantes, los radicales, por el contrario, dirigieron una campaña electoral diferente. Fue mucho más personalizada, dirigida fundamentalmente por Raúl Alfonsín, de forma rupturista con el pasado. Hicieron hincapié sobre todo en el futuro, en la necesidad de llevar a cabo reformas sociales y políticas; reformas también necesarias a nivel moral sobre la vida pública; ofrecieron mayores garantías de futuro control sobre los militares, etc. En cualquier caso, las notables diferencias internas en las dos formaciones mayoritarias se dejaron ver de forma clara, tal y como venían siendo típicas desde la propia constitución de ambos partidos políticos. Y para hacerse una idea de cómo era el ambiente que se respiraba en la Argentina previa a los comicios de octubre de 1983, hemos de decir que el estado de sitio que venía imponiéndose en el



país desde 1975 se levantó el 28 de aquel mes, cuando se cerró oficialmente la campaña electoral.

Mientras duró la publicidad política, los militares argentinos mantuvieron un sospechoso silencio, pero en la víspera de los comicios (29 de octubre), Bignone se dirigió a la nación en un discurso en el cual insistió que los problemas nacionales no terminaban con la celebración de elecciones. El 30 de octubre, no obstante, los rotativos argentinos abrían sus ediciones con los siguientes titulares: *Época*, “El gobierno cierra el proceso”; *Crónica*, “Termina la pesadilla”; *Clarín*, “Llegamos” y *La Voz*, “Victoria del pueblo”. A su vez la prensa española reflejaba esta mutación y también hizo su propio resumen periodístico tal y como nosotros hemos podido constatar<sup>5</sup>.

El 30 de octubre de 1983 era el gran día y todas las estructuras políticas que se presentaban a las elecciones habían sellado su compromiso con la democracia en la llamada “Carta Democrática”, firmada poco tiempo antes. Aquella mañana, los colegios electorales abrieron a las ocho en punto, si bien dos horas antes de tal apertura se habían formado largas colas de ciudadanos que -deseosos de contribuir a un cambio definitivo de la política nacional- buscaban con ansiedad el trueque del curso de la historia argentina a través del voto. Es evidente que se palpaba el deseo de poner fin a una dictadura de siete años junto a la clara intención de iniciar un nuevo periodo pletórico de democracia. Claro que existía un sector de la sociedad austral, en cierto sentido nada desdeñable, que entraba en una seria crisis de ansiedad por haber colaborado con la dictadura militar. Y no hablo de aquellos asesinos que habían hecho de la muerte y de la violación de Derechos Humanos a gran escala su vida cotidiana. Me estoy refiriendo a toda una pléyade de oportunistas y colaboracionistas (por utilizar un término común de la Historia) que ahora veían terminar su reinado de poder en su sentido más estricto. Además, este estrato social conformado en términos generales por aquellas personas de mayor conservadurismo y radicalidad política temían que quienes obtuvieran el triunfo político ejercieran represión sobre ellos, por lo que se puede afirmar que existía en

---

<sup>5</sup> Tomemos tan sólo el ejemplo del Diario *El País* que, en su edición de 31 de octubre de 1983, se hizo eco de tales hechos y titulares, y lo mismo diremos de *El Correo Español-El Pueblo Vasco* y *El Diario Vasco*, entre otros periódicos.

aquellos tiempos una verdadera lucha traumática en el seno de la sociedad argentina entre los partidarios de un país de senderos democráticos y de aquellos otros que aspiraban al mantenimiento de gobiernos fuertes que “pusiesen orden” en la nación<sup>6</sup>. Para los militares los resultados no fueron los esperados, confiados en que los peronistas (Partido Justicialista) serían quienes obtendrían el triunfo. El resultado electoral quedó como sigue:

<b>PARTI DO POLÍTICO</b>	<b>VOTOS</b>	<b>PORCENT AJE</b>	<b>Nº DE ESCAÑOS</b>
Unión Cívica Radical	7.659.5 30	51,8	3 17
Partido Justicialista	5.936.5 56	40,2	2 59
Partido Intransigente	344.43 4	2,3	2
Otros	838.71 9	5,7	2 2
Total	14.779. 239	100,00	6 00

*Fuente: Diario Clarín*

<sup>6</sup> El 89% de los encuestados por nosotros en Argentina coincide en la existencia de esta línea divisoria de la sociedad argentina.



1. En otro orden de ideas muchos argentinos a siete años de aquellos comicios (en 1989) se preguntaban si en realidad se había dado un verdadero triunfo radical o se había asistido al castigo del peronismo que había gobernado el país con anterioridad a 1976.<sup>7</sup> La mayoría de los periódicos europeos y entre ellos los españoles<sup>8</sup> coincidieron en que estábamos asistiendo a una segunda “muerte” de Juan Domingo Perón, o a que, en otros términos, la sociedad argentina en su conjunto había derrotado al peronismo y deseaba un cambio drástico de rumbo político-social. Se abría así una nueva etapa de esperanza para los cerca de dos millones de expatriados que la dictadura había provocado. Para ayudarles, varios gobiernos europeos, entre ellos Francia, Holanda, Suiza, España, o la República Federal Alemana, tomaron contacto con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para refugiados (ACNUR) para, conjuntamente, llevar a cabo un programa que facilitase el retorno de los exiliados a su patria. Sin embargo, en un principio, muchos se manifestaron cautelosos y prefirieron esperar. Querían observar el desarrollo de los primeros momentos del nuevo gobierno democrático, qué medidas tomaba contra los militares autores de tantos crímenes y torturas. Incluso se tenía miedo de que, para facilitar el proceso de transición hacia la democracia, aquellas naciones que habían acogido a los perseguidos políticos ahora recogiesen a los autores de matanzas, torturas y otros hechos delictivos. La cautela se tornaba norma común. Por otra parte, Raúl Alfonsín anunció, una vez ganadas las elecciones, que asumiría la presidencia de la República Argentina el 10 de diciembre de 1983. Al llegar ese día se instaló en la Casa Rosada, de común acuerdo con las autoridades de uniforme, que ya habían disuelto al gobierno de la junta militar el día 6 del mismo mes de diciembre. A partir de entonces, el presidente puso en marcha el

---

<sup>7</sup> La mayoría de las personas a las que encuesté para el periodo reseñado coinciden en afirmar que el pueblo argentino castigó duramente al peronismo (92%) e incluso un 76% de los mismos afirmaba que hubo connivencia de los justicialistas con el ejército.

<sup>8</sup> Así sucedió en *El País*, *El Correo Español-El Pueblo Vasco* y *El Diario Vasco*, entre otros.



perfil último de su programa de gobierno, del cual destacó varios puntos el día que juró su cargo<sup>9</sup>. Así, insistió en:

-Derogar la llamada Ley de Pacificación Nacional, con la que los militares intentaban no asumir como hechos delictivos sus actos en la violación masiva de Derechos Humanos. El sustrato masivo de este cuerpo legislativo insistía en que el ejército argentino había actuado en legítima defensa para protegerse y proteger al país de lo que ellos llamaban guerra contra la subversión. Insistían, y así lo recogía la Ley de Pacificación Nacional, en que las fuerzas armadas habían realizado una guerra legítima contra los terroristas montoneros y otras guerrillas marxistas que querían hacer de la República Argentina un país de estructura comunista. Su argumentación se cerraba con la injerencia de Moscú que -en su opinión- era total en el país. Por estas razones, insistían, habían emprendido la lucha y la aniquilación del enemigo interior que también ejercía violencia. En muchos sentidos, los militares consideraban que habían hecho un bien a la nación “extirpando el mal de raíz”, tal y como llegué a escuchar en varias ocasiones en aquel invierno austral de 1989, en el primero de mis viajes a la República Argentina. Y también creían, como así lo constaté, que la sociedad argentina iba a reconocer estos logros y a premiar la acción de los militares. Tengo el absoluto convencimiento de que nunca se imaginaron el fuerte rechazo social que iba a venir después, tanto a nivel nacional como internacional, por todos los crímenes contra la humanidad que habían cometido. Sobre el carácter legal de su guerra o “cruzada” y sobre el sentir de que hicieron lo que debían, mantienen aún hoy tal convencimiento las fuerzas armadas argentinas<sup>10</sup> y siguen insistiendo en que nunca se habla con equidad de las acciones

---

<sup>9</sup> Véanse los siguientes trabajos: Morales Sola, J. *Asalto a la ilusión. Historia secreta de la Argentina desde 1983*, Buenos Aires, 1990; Novaro, A. *Historia de la Argentina contemporánea. De Perón a Kirchner*, Buenos Aires, 2006; Pucciarelli, A. (Coord.) *Los años de Alfonsín*, Buenos Aires, 2006; Sidicaro, R. *La crisis del Estado y los actores políticos y socioeconómicos en la Argentina (1989-2001)*, Buenos Aires, 2002; Suriano, J. (Dir.) *Dictadura y democracia (1976-2001)*, Nueva historia argentina, Buenos Aires, 2005; Yanuzzi, M.A. *La modernización conservadora. El peronismo de los 90*, Rosario, 1995.

<sup>10</sup> En efecto, el mes de marzo de 2005, en una visita del Presidente Néstor Kichner a la Jefatura del Estado Mayor del ejército nacional argentino, en Buenos Aires, pronunció un discurso en defensa de las víctimas, de la guerra sucia y sus derechos, que no fue aplaudido por ni uno solo de quienes estaban en la



terroristas y de lucha armada de los Montoneros. Es más, los voces de perdón han sido más a título particular que desde perspectivas colectivas castrenses de verdadera sinceridad, que como decimos no existe.

-Exigir responsabilidades a los dirigentes de la represión durante el periodo comprendido entre 1976-1983.

-Someter el poder militar al poder civil.

-Unir las distintas sensibilidades existentes dentro de la Unión Cívica Radical y mantener posiciones de acercamiento con el Partido Justicialista para emprender la acción de hacer de Argentina un país nuevo.

-Mejorar la situación económica y conseguir credibilidad a nivel internacional.

Con este catálogo de buenas intenciones se daba comienzo a uno de los periodos más complicados de la historia actual argentina, y que aparece también como el más duramente criticado en su gestión política, tal y como tendremos ocasión de ver más tarde. Pocas veces en la historia contemporánea de Argentina se habían puesto tantas esperanzas en la figura de un político como sucedió con Raúl Alfonsín tras alcanzar el triunfo electoral. La libertad de expresión, reunión y circulación aparecían ahora como valores fundamentales y ansiados por la ciudadanía, toda vez que los padres de los desaparecidos en su conjunto, y con la presión organizada de Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, esperaban con pasión que sus hijos y nietos aún estuvieran vivos o que - en su caso- se hiciese justicia contra verdugos, instigadores y ejecutores. Claro que las realidades sociales suelen ser inquebrantables. He aquí la visión del historiador David Rock a este respecto:

Alfonsín heredó un país cuyo estado económico, como todo el mundo lo reconocía, era deplorable y, en algunos aspectos, catastrófico. Un

---

sala, ante el asombro de los corresponsales extranjeros allí presentes y de muchos de los jóvenes periodistas argentinos.



manifiesto de la multipartidaria<sup>11</sup> de junio de 1982 criticaba “la recesión del aparato productivo, la desocupación laboral y la caída de los ingresos de los trabajadores... la caída de las reservas externas, la quiebra generalizada de la empresa privada, el gigantesco endeudamiento... y la crisis de todo el sistema financiero”. A la sazón, la deuda externa ascendía a 35.000 millones de dólares; al final del año, los intereses elevaron la deuda a 43.000 millones. En noviembre de 1982, préstamos de emergencia del Fondo Monetario Internacional evitaron por poco la suspensión de pagos. Los pagos por la deuda externa ahora se llevaban el 50 por 100 de las ganancias de las exportaciones, mientras continuaba la profunda recesión que empezó bajo Viola en 1981. Durante el primer cuarto de 1982 el producto interior bruto cayó un 5,6 por 100 y los beneficios de la industria un 55%. El paro aumentó más del 10 por 100, y la inflación total de 1982 fue del 209 por 100. Al seguir deteriorándose la situación, el verano de 1982-1983, observó un comentarista, “fue el peor que padeció Argentina desde la depresión de 1930”. En el resto de 1983 no hubo ninguna mejora, y en diciembre Argentina debía 20 millones de dólares atrasados por la deuda externa<sup>12</sup>.

Así las cosas, y pese a todo, Raúl Alfonsín fue investido en su cargo de Presidente de la República Argentina el 10 de diciembre de 1983, en una ceremonia que desbordaba ilusión y que le hizo entrar triunfante en la Casa Rosada (sede del poder ejecutivo nacional), mientras el general Alejandro Bignone salía por la puerta trasera.

La violación de los Derechos Humanos durante la etapa castrense anterior a su mandato sería el principal problema que se le planteaba al nuevo presidente democrático. Y es que, durante toda la campaña electoral, Alfonsín había atacado duramente al ejército nacional, mientras insistía en la supeditación de las fuerzas

---

<sup>11</sup> Agrupación de partidos democráticos que luchaba por la recuperación de la democracia plena.

<sup>12</sup> ROCK, David. *La Argentina Autoritaria*, Buenos Aires, 1993, p. 480.



armadas al poder civil<sup>13</sup>. Sin embargo, ordenó que los jefes de la junta y aquellos otros militares implicados en procesos de tortura y asesinatos fueran juzgados por tribunales militares, lo cual no gustó nada a un sector importante de la sociedad civil y, especialmente, a las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo. Y en un intento por mantener la imparcialidad, también decretó la acción penal imputable a los jefes de los Montoneros y el ERP (Ejército Revolucionario del Pueblo).

## 2. Las leyes de la discordia

La resolución de la cuestión de los miles de desaparecidos fue para Raúl Alfonsín un verdadero problema al hallarse entre dos frentes. Por un lado se encontró con la férrea oposición de los militares, y por otro con la de las Madres de la Plaza de Mayo que se habían conformado como grupo de protesta en abril de 1977, cuando un grupo de madres de jóvenes desaparecidos protestaron (de forma espontánea al principio), con pañuelos blancos en la cabeza, alrededor del monolito piramidal de la Plaza de Mayo.<sup>14</sup> Su acción se complementaba con las actividades de la Liga Argentina por los Derechos Humanos y la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos. Poco tiempo después nació el grupo de Abuelas de Plaza de Mayo, cuyo objetivo era recuperar a los hijos de los desaparecidos que, en numerosas ocasiones, habían sido robados por los mismos secuestradores habiéndoselos quedado en adopción. El procedimiento era así: las jóvenes presas y embarazadas eran encarceladas hasta dar a luz a sus descendientes para después de ser éstas torturadas y asesinadas quedarse con sus hijos. Lo cierto es que la recuperación de numerosos retoños se ha realizado con notable éxito. En la revista *Paz y Justicia*, de enero de 1983, algunas de las principales líderes fundadoras de Madres de Plaza de Mayo relatan cómo fueron los orígenes: “Éramos catorce madres. Volvimos a la semana siguiente. Volvíamos cada semana por novedades a reclamar. Hasta que un día la policía nos dijo que no podíamos estar

---

<sup>13</sup> Véase PRIVITELLIO, Luciano de. “A un paso del principio: la política argentina entre 1976 y 2008”, en SABORIDO, Jorge, *Historia reciente de la Argentina (1975-2007)*, en revista *Ayer*, nº 73, Madrid, 2009, pp. 47-72.

<sup>14</sup> Alfonsín, condicionado por la realidad social e institucional, tiene que tomar un conjunto de decisiones entre las cuales está no dejarse controlar por Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, aunque este político siempre estuvo cerca de la defensa de los Derechos Humanos y llegó a encarcelar a tres juntas militares. Claro que hubo de acotar un límite en el grado de la responsabilidad de la criminalidad militar.



reunidas, porque había estado de sitio, y que debíamos caminar. Ellos nos impulsaron a caminar. -Caminen de a dos... circulen...- nos gritaban los policías. Nos tomábamos del brazo y empezábamos a caminar. Llegábamos a la plaza y nos poníamos en marcha para que la policía no nos corriera”.

Por su parte, Hebe de Bonafini, presidenta de esta asociación, el 26 de junio de 1996 declaraba en *Página 12*:

La plaza es el lugar donde se produce el verdadero y único milagro de la resurrección [...] Los primeros pasos tienen mucha profundidad y cuando me pongo el pañuelo en la casa de las madres, antes de salir para la plaza, y me lo aprieto fuerte en la barbilla, es un abrazo, el abrazo de los treinta mil. La plaza es la lucha, la esperanza, los sueños, las ilusiones y la sangre de los tantos. Alfonsín comenzó aboliendo el 27 de diciembre de 1983 la llamada ley de Pacificación Nacional. Esta ley fue aprobada por los uniformados durante la dictadura, mediante la cual ellos mismos se autoamnestiaban de los delitos cometidos en su gobierno. Buscaban evitar ser juzgados por los civiles cuando les entregaran el poder. Pasó luego a realizar una reforma del código de justicia militar. Dicha reforma fue aprobada el 6 de enero de 1984, pero sólo contó con el apoyo de los radicales mientras que el Partido Intransigente, el Justicialista y la Democracia Cristiana votaron en contra. A partir de entonces los tribunales castrenses no podían juzgar a los civiles en tiempos de paz. Establecía también que los militares que habían participado en torturas, crímenes y otras violaciones de los Derechos Humanos durante la dictadura militar serían juzgados por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Éste distinguía tres niveles de juicios (quienes dieron las órdenes, quienes se limitaron a cumplirlas y quienes se excedieron en la represión), aunque sus veredictos podrían ser recurridos ante un tribunal federal. Según este proyecto los militares de baja graduación podrían declarar en su defensa, que siempre actuaron bajo las órdenes de sus superiores y que nunca por iniciativa personal. Como puede intuirse, esta última circunstancia atenuante



fue duramente criticada por amplios sectores de la sociedad argentina, y eso que el presidente se atrevió a reducir en un 40% el presupuesto de los cuarteles, mientras se asistía a la renovación de los altos mandos militares y a una cierta reorganización del ejército.

El abogado Nicolás Sisinni<sup>15</sup> sustenta que los ideales del gobierno de Alfonsín se inspiraban en los de la socialdemocracia alemana y sus objetivos eran generar igualdad, tolerancia, respeto por el orden institucional, fomento de los Derechos Humanos y vigencia del Estado de Derecho. Todos los sectores de la sociedad debían participar para lograr estos objetivos, mediante acuerdos razonables, fundados en una discusión abierta y participativa. Por ello existía una necesidad ética bajo su mandato de abordar la cuestión de los Derechos Humanos y del esclarecimiento de la política de represión que llevó a cabo la dictadura militar. Ese discurso caló en la sociedad, generó consenso. Pero luego, detrás de esa intención, había un conjunto de sectores que tenían intereses adicionales y que deslegitimaban el acuerdo original.

Sostiene este abogado que en el esclarecimiento de los hechos y búsqueda de las pruebas para formalizar la acusación se generaron situaciones desfavorables a los intereses del gobierno, del Estado Democrático e incluso de las propias víctimas. Hay que tener en cuenta que los actos de la Fiscalía, de la Subsecretaría de Derechos Humanos y de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas, debían ser impecables desde el punto de vista jurídico:

Ante esta última institución se formalizaban las denuncias, que luego fueron seleccionadas para formular la acusación. Quienes habían sufrido persecución o habían estado detenidos, a veces, se reunían para intercambiar información y eso producía circunstancias no queridas, puesto que algunas denuncias, en aras de ser más precisas, o completas de información, incluían datos producto de ese intercambio de información. Eso deslegitimaba la

---

<sup>15</sup> El abogado argentino Nicolas Sisinni trabajo en Presidencia de la Nación como colaborador de Carlos Nino (asesor presidencial) y en el ministerio del interior, en la subsecretaria de Derechos Humanos y en la Comisión Nacional de Desaparición de Personas y que colaboró con el fiscal Strassera y su adjunto Luis Moreno.



coherencia de la denuncia. Con esto se explica la actitud del Fiscal de la Cámara Criminal y Correccional de retirar, en el último momento, una serie de denuncias o testimonios inculpatorios porque había contradicciones. Estas circunstancias no eran ajenas a los abogados defensores de los militares que estaban pendientes de ellas para argumentar la manipulación de las pruebas. Todo ello, claro está, confundía y no contribuía al rigor técnico del proceso y la imparcialidad de las instituciones del Estado de Derecho encargadas de esclarecer los hechos. No obstante, este problema fue zanjado con creces, pues la selección de los casos que utilizó la Fiscalía fueron lo suficientemente coherentes y objetivos que no pudieron ser rebatidos por la defensa y bastaron para lograr la condena.<sup>16</sup>

Sin duda el gran éxito del gobierno de Raúl Alfonsín fue, precisamente, reformar esta circunstancia jurisdiccional para que los crímenes de los uniformados no quedaran impunes y pudieran ser juzgados en el ámbito de la justicia civil ordinaria. Cuando el presidente anunció la política de Derechos Humanos, causó una gran conmoción a nivel internacional, y se recibieron muchos apoyos de la ONU, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal de Estrasburgo, del Instituto de Cooperación Iberoamericana o de las universidades españolas, y del propio gobierno de Felipe González<sup>17</sup>.

Alfonsín en calidad de jefe supremo de las fuerzas armadas nombró el 15 de diciembre de 1983 una nueva cúpula militar, en la que suprimió el cargo de comandante en jefe de cada cuerpo e hizo los siguientes nombramientos, como jefes del estado mayor: general Jorge Arguindeguy (por el ejército de tierra); contralmirante Ramón Arossa (en la armada) y general Teodoro Waldner (en aviación). La designación de esta nueva cúpula militar fue acompañada de un comunicado hecho a la prensa por el ministro de defensa, Raúl Borrás, mientras que se continuaron las renovaciones de los cargos militares de mayor alto grado. El ministro creía que “Las fuerzas armadas fueron

---

<sup>16</sup> Entrevista a Nicolás Sisinni, Madrid, 22 de enero de 2008.

<sup>17</sup> Cfr. Misma fuente, 22 de enero de 2008.



creadas y organizadas para la defensa de la patria. Por muchos años un concepto equivocado impidió su necesaria subordinación al poder político del Estado y desnaturalizó su rol con consecuencias nocivas para la sociedad y ellos mismos [...].<sup>18</sup>

Paralelamente a estas modificaciones que afectaron al ejército, se desarrollaron los juicios contra los militares que habían participado en la represión. En ello podemos distinguir dos etapas, tal y como cuentan Josefina Fernández Suárez y María del Carmen Fernández Rodríguez<sup>19</sup>. Una primera, mientras son juzgados por los tribunales castrenses, sin intervenir en nada la justicia civil; y una segunda, en la cual los tribunales civiles se van a ir responsabilizando cada vez de más causas contra los militares. Para que estos procesamientos pudieran llevarse a cabo, el ministro de defensa, Raúl Borrás, instó en repetidas ocasiones a la población para que aportase datos y pruebas que probasen la culpabilidad de los acusados. Por otro lado, prohibió a los miembros uniformados que hicieran declaraciones públicas acerca de asuntos políticos y se les instó a que se remitieran únicamente a cuestiones propias de su ámbito profesional.

Un año antes de la desaparición de la junta militar ya existía un clamor nacional por la cuestión de los desaparecidos, y la sociedad local estaba ya “envalentonada” tras la derrota nacional en las Islas Malvinas. Se prohibieron tajantemente las noticias y debates sobre los desaparecidos en los medios de comunicación y el 2 de noviembre de aquel año el rotativo *Buenos Aires Herald* sacó a la luz el descubrimiento, en la ciudad de La Plata, de una fosa común con trescientos cadáveres, aproximadamente, a los que la autoridad militar tildó de pordioseros e indigentes, pese a haber recibido un tiro en la cabeza todas aquellas personas. Para noviembre, Bignone insistía en que los militares habían de quedar impunes de cualquier castigo, aunque hubiesen luchado en la guerra sucia o en la “guerra contra la subversión” como ellos la llamaban, mientras los uniformados insultaban a las Madres de la Plaza de Mayo con el epíteto de “progenitoras de terroristas”. En este contexto tuvo lugar una gran marcha por la paz en

---

<sup>18</sup> *El País*, 16 de diciembre de 1983.

<sup>19</sup> En *La Argentina Radical (1983-1989)*. Bilbao, Universidad de Deusto. Bajo la dirección de José Manuel Azcona, 1990. Original mecanografiado, p. 38 y ss.



Buenos Aires, liderada por Pérez Esquivel (Premio Nobel de la Paz), a la vez que el 16 de aquel mes de diciembre de 1982, la Confederación General de Trabajadores (CGT) convocaba la primera huelga general desde 1975. El nuevo año de 1983 comenzó con inusitada tensión:

Los periódicos publicaron partes de una entrevista reciente con el general Ramón J. Camps, que había sido jefe de policía en la provincia de Buenos Aires bajo la junta de Videla y, por ende, tenía en su jurisdicción la ciudad de La Plata, donde se habían descubierto las tumbas masivas. Camps confesó que no había “desaparecidos con vida”. “Orgulloso” de su papel en la lucha contra la subversión “en su centro de gravedad en Buenos Aires”, Camps elogió a las fuerzas armadas por haber aniquilado una revolución comunista. “Bajo las ordenes de la máxima conducción militar”, explicó, “no se decía la verdad para no comprometer las ayudas económicas internacionales”. Concluía con una advertencia y una amenaza: “La lucha no ha terminado, ni mi papel tampoco”. Casi diariamente, circulaban rumores de un golpe. La campaña por los “desaparecidos” se extendió cuando las Madres de la Plaza de Mayo llevaron su causa a España e Italia. Diplomáticos de varios países europeos presentaron al gobierno argentino los nombres de sus ciudadanos que estaban entre las víctimas de la represión. A fines de abril de 1983 el régimen publicó su *Documento Final* sobre la guerra contra las guerrillas. La junta afirmaba que sus acciones derivaban su autoridad legal de decretos promulgados por el gobierno constitucional de Isabel Perón. Los guerrilleros, continuaba la declaración, no eran miembros de la oposición política, sino revolucionarios armados decididos a tomar el poder. Hábiles en las técnicas de la “persuasión ideológica”, los guerrilleros se habían infiltrado en organizaciones inocentes y habían convertido a 25.000 personas a su causa. El *Documento Final* no explicaba cómo los militares habían determinado la inocencia y la culpa, pero afirmaba por implicación que las opiniones contrarias al gobierno constituían un crimen. La declaración también eludía la cuestión de por qué



los detenidos no fueron llevados a juicio. Justificando implícitamente la tortura y las ejecuciones masivas, el artículo era poco más que una apología del Estado terrorista<sup>20</sup>.

En mayo de 1983 el general Lucio Menéndez habló en nombre de los oficiales más veteranos, insistiendo en que las fuerzas armadas habían salvado a la nación ya que -decía- habían actuado en defensa de la sociedad, en cumplimiento de las obligaciones militares. Mientras tanto, los asesinatos continuaban, aunque el 20 de mayo unas treinta mil personas se manifestaron en Buenos Aires denunciando las desapariciones. Pero, a finales de septiembre de 1983, un mes antes de las elecciones, el gobierno militar decretó la amnistía, ampliamente proyectada y que tituló “Ley de Pacificación Nacional”, cuyo fin era la “reconstrucción nacional y la superación de pasadas tragedias”. Como puede suponerse, fuera del ámbito de apoyo al elemento castrense tal medida resultó un desafuero.

El general Ramón Camps, el ex-jefe de la policía de Buenos Aires, fue el primer militar argentino acusado. Los cargos contra él le hacían responsable de la desaparición de más de 5.000 personas durante la dictadura militar. Compareció el 2 de enero de 1984 ante la justicia y el 19 del mismo mes fue encarcelado. Otro de los juicios llamativos se desarrolló contra Rubén Chamorro, ex-director de la Escuela de Mecánica de la Armada Argentina (ESMA). Le llamaron a declarar el 18 de febrero de 1984, acusándole de participar en las torturas y desapariciones de, al menos, 4.000 personas. Sin embargo, los enjuiciamientos contra militares de baja graduación quedaron eclipsados por los procesamientos contra los integrantes de las tres últimas juntas militares. Todos estos juicios fueron desarrollándose de forma similar: primero se dictaban una serie de disposiciones que prohibían a ciertos militares salir de Argentina (el 7 de enero de 1984, por ejemplo, se prohibió a Videla abandonar el país), luego, dichos militares eran llamados a declarar ante un tribunal castrense, el cual si no les consideraba libres de culpa les mandaba ingresar en prisión preventiva. Sin embargo, estos encarcelamientos no se consolidaban, y los que en un principio habían sido

---

<sup>20</sup> Rock, David. Op. Cit., pp. 473-474.



acusados, pasaban poco después a gozar del estado de libertad ya que el tribunal no encontraba pruebas suficientes para su condena (Viola fue puesto en libertad tras ser acusado de la desaparición de un científico). El 29 de junio de 1984 los integrantes de la primera junta militar (Videla, Agosti y Massera) se encontraban en prisión preventiva por su participación en la represión. Concretamente Videla fue acusado del secuestro y desaparición del periodista Edgardo Sajón, sospechoso de actuar de nexo entre la organización terrorista Montoneros y la familia Graiver, poseedora de varios bancos en Argentina y en el exterior. Según afirmaba la junta militar esta familia aportaba dinero a los montoneros a través de Edgardo Sajón. Pero la actuación de los tribunales castrenses no iba más allá, se limitaba a ordenar prisiones preventivas, aunque no dictaba sentencias definitivas.<sup>21</sup>

No solamente los altos mandos del ejército fueron acusados de violación de los Derechos Humanos, sino también de cometer delitos de fraude, mientras estuvieron al frente del gobierno de la nación. El 25 de agosto de 1984 Videla, Agosti y Massera, fueron llamados a declarar ante una comisión del parlamento. Se les acusaba de irregularidades cometidas en el traspaso de la compañía de electricidad italo-argentina al Estado. Traspaso realizado cuando la empresa estaba a punto de quebrar, pese a lo cual, el Estado pagó diez veces más su valor. Para los juicios sobre trampas económicas cometidas por anteriores gobiernos los fiscales se apoyaron en los documentos confidenciales que aparecieron el 8 de septiembre de 1984 en Buenos Aires, en el bufete de abogados de Guillermo Klein, quien había sido secretario de coordinación y programación económica del gobierno militar. Estas pruebas sirvieron para esclarecer muchos puntos oscuros acerca de la gestión dineraria de los diferentes gobiernos habidos durante la dictadura militar.

Durante estos primeros meses de democracia sólo se oyó una voz que criticara a las juntas militares y procediera de la profesión castrense. Fue la de Carlos Alberto Rey, un general retirado, que el 29 de enero de 1984, salió al paso de las declaraciones

---

<sup>21</sup> DELAMATA, Gabriela. “Movilización colectiva y transformaciones de la ciudadanía en la Argentina reciente (1980-2007)”, en SABORIDO, Jorge, *Historia reciente de la Argentina (1975-2007)*, en revista *Ayer*, nº 73, Madrid, 2009.



hechas por el ala dura de las fuerzas armadas, pues insistió en la brutalidad represiva del ejército argentino. Fue la única proclama de este tipo hecha por un militar, todas las demás se hacían en defensa de los uniformados. Como ejemplo están los manifiestos de Videla y otros sesenta y siete altos oficiales, del 13 de abril de 1984, en los cuales defendían su actuación militar en Argentina y advertían que los juicios formaban parte de una serie de operaciones para desprestigiar al ejército nacional. Por detrás de estas declaraciones se desarrolló una campaña basada en amenazas de bomba dentro de una acción intimidadora llevada a cabo por grupos paramilitares de extrema derecha. Consideraban, y siempre insistían en esta idea, que en su país había tenido lugar una guerra entre el terrorismo marxista y el Estado, guerra que ellos habían ganado.

Nicolás Sisinni vivió la evolución de la actuación política acerca de los Derechos Humanos y recuerda algunos testimonios claves, como el del contralmirante Busico, quien fuera capitán del buque oceanográfico de la Armada nacional. Este militar se presentó un día en la Comisión, cuando Nicolás Sisinni estaba en la Secretaría de Asuntos Legales, y en su declaración este marino narró que cuando visitó la Escuela de Mecánica de la Armada, en un momento determinado, al abrirse la puerta de un ascensor, vio una persona encapuchada y encadenada frente a él y que sentía la obligación moral de contar este incidente. Su testimonio causó una gran sensación porque fue el primero de un marino de alta graduación que inculpaba a la ESMA también por primera vez. Otro testimonio que recuerda es el de Alberto Girando, a quien el gobierno argentino trajo desde París, primero a Uruguay y después a Buenos Aires y quien narró cómo algunos de los miembros de la cúpula de Montoneros habían “colaborado” con las jerarquías militares para facilitar a los “grupos de tareas” la captura de sus propios compañeros. Sisinni llegó a tener en sus manos (esto es surrealista) un certificado de cautiverio que se dio a un prisionero en un acuartelamiento de Formosa porque él mismo lo pidió.

Ante la pasividad de militares argentinos Raúl Alfonsín declaró públicamente el 14 de julio de 1984, ante el colegio de abogados, que si dentro de un plazo legal no se



resolvían los juicios por la vía castrense, éstos pasarían a los tribunales civiles.<sup>22</sup> El tiempo que Alfonsín había dado al consejo supremo de las fuerzas armadas fue aumentado en treinta días más, a la espera de un cambio de actitud en los tribunales castrenses. Como era de esperar el ansiado cambio no se produjo, sino que el 25 de septiembre de 1984, el máximo tribunal militar decidió desentenderse de los juicios contra las tres primeras juntas militares, alegando falta de pruebas para juzgar a los supuestamente culpables. Como consecuencia, la justicia civil asumió el 5 de octubre de 1984 el procesamiento de los miembros de las anteriores juntas militares, permaneciendo aún, en manos de la justicia militar, el resto de las causas. Esto supuso el inicio de una segunda etapa, en la cual, los tribunales civiles, tomaron cada vez más protagonismo en los juicios contra los participantes en la violación de Derechos Humanos. A partir de aquí los militares de más alto rango, que habían sido puestos en libertad por los tribunales castrenses fueron encarcelados progresivamente: Videla y Massera el 19 de octubre de 1984; Viola el 23 del mismo mes y año, y así sucesivamente. Esta circunstancia llevó a la dimisión en pleno del consejo de las fuerzas armadas, el 14 de noviembre de 1984. El máximo tribunal militar declaró que había sido puesta en marcha una campaña de desprestigio contra el ejército y pidió solución y remedio al ministro de defensa Raúl Borrás. Este respondió que la vía judicial estaba abierta para todo aquel que considerara manchado su honor, lo que aumentó las tensiones existentes entre el gobierno democrático y los militares. Y es que parecía como si las fuerzas armadas estuviesen continuamente intentado demostrar que actuaban permanentemente por encima del Estado de Derecho por naturaleza.

No obstante lo antedicho, el 8 de diciembre de 1984 fue detenido el capitán de fragata Alfredo Ignacio Astiz, conocido como el ángel rubio y el ángel de la muerte. Después siguieron las detenciones de los antaño nueve comandantes del ejército director: Videla, Massera, Viola, Agosti, Lambruschini, Graffigno, Galtieri, Anaya y Lami Dozo. El fiscal, Julio César Strassera, empezó las acusaciones el 22 de abril de

---

<sup>22</sup> Era esto precisamente lo que venían reclamando las organizaciones de los Derechos Humanos, y también lo que buscaban algunos militares, que no querían declarar en contra de sus compañeros de armas. Sabían muy bien que el traspaso de las causas a la justicia civil aumentaría las dilaciones y los enojos de ciertos grupos paramilitares que potenciarían aún más la campaña desestabilizadora del sistema democrático.



1985, con más de 2.200 testimonios frente a 135 de la defensa. Los cargos presentados abarcaban un amplio abanico desde la tortura hasta la de robo. Tal y como escribió Norberto Ceserole:

Hubo carencia por parte del gobierno de una política de defensa alternativa y discontinua respecto de la implementada por el antiguo régimen militar. Ello genera la inexistencia de las relaciones orgánicas entre el gobierno y las fuerzas, lo que impide que se manifieste cualquier forma de conducción militar por parte de los órganos competentes del estado de derecho. Con el tiempo tal situación fue generando una creciente pérdida de iniciativa política del gobierno respecto de las fuerzas. Dado la dinámica que se había generado en la relación gobierno-fuerzas armadas, el retroceso del primero fue creando un espacio político dentro del cual fue creciendo la capacidad de reacción de las fuerzas [...] El principal objetivo de las fuerzas, así reubicadas, comenzó a no ser el golpe de Estado ortodoxo, tradicional, sino una permanente acción orientada a influir sobre el funcionamiento de ese estado de derecho.<sup>23</sup>

Después de dos años de régimen democrático en Argentina, Jorge Rafael Videla fue juzgado y declarado culpable por el asesinato y la desaparición de miles de ciudadanos durante su gestión presidencial. Fue sentenciado a reclusión perpetua, inhabilitación absoluta indefinida y destitución del grado militar. La Cámara Federal de lo Criminal y Correccional lo halló penalmente responsable de numerosos homicidios, 504 privaciones ilegales de libertad, aplicación de tormentos, robos con alevosía, falsedad de documento público, usurpaciones, reducción humana a servidumbre, extorsión, secuestro, supresión de documentos, sustracción de menores y torturas seguidas de muerte. El fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1986. Videla cumplió sólo cinco años de prisión efectiva. En 1990, el entonces presidente Carlos Saúl Menem hizo uso de la facultad presidencial de indulto para dictar su excarcelación, junto con la de otros miembros de juntas militares y jefes

---

<sup>23</sup> CESEROLE, N. *Sobre transiciones y democracias*, Madrid, 1987, pp. 91-92.



de la policía de la provincia de Buenos Aires y del dirigente montonero Mario Eduardo Firmenich, por los decretos 274/90 y 2742/90. Menem argumentó la necesidad de “superar los conflictos pasados” para justificar su actitud. En 1998, Videla regresó a prisión, aunque brevemente, después de que un juez dictaminara que las causas por sustracción de menores durante la guerra sucia constituían un crimen de lesa humanidad y, por lo tanto, imprescriptible. Pasó treinta y ocho días en la prisión de Caseros hasta que se le concedió el derecho al arresto domiciliario en atención a su edad.

La nueva ley de defensa de 25 de octubre de 1986 prohibía al ejército intervenir en política y gobernación y de este modo quedaba anulada la llamada Doctrina de Seguridad Nacional, que permitía a las fuerzas armadas participar en el poder ejecutivo del país. Con esta instrucción se les vedaba el paso a los golpes de Estado, en adelante sólo podrían actuar ante las agresiones del exterior. Pero de entre todas las decisiones tomadas por el gobierno, hubo una que fue la más conocida y la que más polémica levantó: la Ley de Punto Final. Raúl Alfonsín desde hacía tiempo pensaba en una posible amnistía a los militares de rango intermedio y siempre que no se hubieran excedido en la represión. No afectaría a los altos mandos del ejército (concretamente a los nueve ex-comandantes que estaban siendo juzgados), ni tampoco a aquellos que hubieran tenido una destacada participación en la llamada guerra sucia. Estas cavilaciones quedaron consumadas en la llamada Ley de Punto Final, aprobada el 29 de noviembre de 1986. No se traducían en una amnistía, sino que se acompañaba de un reglamento. Durante sesenta días, empezados a contar el 22 diciembre de 1986, se presentarían las denuncias y acusaciones de individuos del ejército que hubieran violado los Derechos Humanos. Transcurrido ese plazo no podrían realizarse más inculpaciones y todos aquellos miembros uniformados que no estuvieran siendo juzgados ni hubieran sido llamados a declarar quedarían absueltos.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Dentro del cuerpo castrense había bastantes miembros adeptos a la doctrina contrarrevolucionaria y a los métodos de contrainsurgencia que los franceses elaboraron tras sus pérdidas coloniales a partir de 1954-1968. Estas enseñanzas habían llegado al ejército argentino por dos vías: mediante cursos realizados en París y, a través de la influencia de militares norteamericanos, sin olvidarnos de las macabras enseñanzas de los oficiales brasileños. Así “[...] El autoritarismo, la prepotencia, la irreflexión y una inculcable admiración por las ideologías de la extrema derecha caracterizan a las cabezas de la rebelión militar contra el gobierno de Alfonsín”. Esta impresión se transmitía en la prensa española, tal y como pudimos leer en *El Correo Español-El Pueblo Vasco* de 18 de abril de 1987.



Los juicios a los militares implicados en la guerra sucia continuaron desarrollándose como complemento a todas las disposiciones tomadas por el gobierno y para reducir el papel de las fuerzas armadas en la política interna del país. Los que más destacaron fueron los llevados a cabo contra los nueve ex-comandantes. El fiscal, Julio Cesar Strassera, pidió cinco cadenas perpetuas, pero sólo las consiguió para Videla y Massera, ratificadas luego por la Corte Suprema de Justicia argentina. Viola fue condenado a diecisiete años, Lambruschini a ocho, Agosti a cuatro y medio y los demás (Graffigno, Galtieri, Anaya y Lami Dozo) quedaron absueltos. En la resolución de estos juicios primaron más los intereses políticos que los jurídicos, decepcionando a la mayoría de los argentinos, entre ellos, a Esquivel, Ernesto Sábato, y a las Madres de la Plaza de Mayo. Éstas se habían venido reuniendo durante el transcurso de los procesos judiciales en el exterior del Palacio de Justicia portando carteles diferentes: “Ni olvido, ni perdón, castigo a los culpables”. He aquí una visión de primera mano:

Una preocupación principal en la política de Derechos Humanos del gobierno radical era que la Comisión Nacional de Desaparición de Personas fuese una institución con alta calidad moral y, por tanto, sus integrantes gente irreprochable desde el punto de vista personal, humano y profesional. Debía tratarse de una institución objetiva, imparcial, creíble, que trabajase con un alto grado de eficiencia y seriedad. Tanto el Poder Ejecutivo, como luego los integrantes de la Comisión, tuvieron la preocupación permanente de incorporar profesionales con sólida formación y compromiso moral. No obstante, al momento de comenzar la actividad de la Comisión se produjeron situaciones no queridas. En un principio, la Secretaría de Denuncias incorporó personas cercanas a las organizaciones de Derechos Humanos, con un marcado compromiso personal, pero a veces, ajenas a una sólida formación jurídica. Ello imposibilitó que las primeras denuncias reunieran el rigor técnico jurídico deseado, lo que las tornaba inútiles o deficientes desde el punto de vista incriminatorio. Hubo que incorporar profesionales con experiencia técnica y, en muchos casos, volver a rehacer algunas denuncias. Hay que tener en cuenta que la Fiscalía, liderada por



Julio Strassera, pretendía demostrar, y así lo hizo, que había habido un aparato de represión desde el Estado, que respondía a mandos perfectamente identificados, cuya responsabilidad mayor estaba en las más altas jerarquías, que había generado una política de exterminio, con múltiples actividades ilícitas, que sin control alguno actuaron contra la sociedad argentina.<sup>25</sup>

La sensación de general impunidad hacia el ejército nacional que se iba apoderando de la sociedad civil argentina de una manera tan lacerante generó el total desprestigio personal y político del presidente en aquellos días.<sup>26</sup> Al gobierno de Alfonsín le interesaba más que nada mantener la estabilidad del sistema democrático y esto fue tenido en cuenta a la hora de ejecutarse las sentencias. Se trataba de terminar cuanto antes con una dolorosa etapa de la historia del país. Otro juicio importante fue el llevado a cabo contra el citado general Camps, ex-jefe de la policía de Buenos Aires durante la dictadura en septiembre de 1986. El fiscal, Julio Cesar Strassera, pidió cadena perpetua para él, pero el veredicto fue de veinticinco años de prisión. Los procesamientos a los militares siguieron en manos de tribunales civiles, creciendo el enfrentamiento entre ellos y la justicia castrense. Esta, presionaba para que dejaran los juicios en sus manos, alegando que estaban fuera de la jurisdicción civil. Ante esto, la Corte Suprema de Justicia argentina ordenó a los jueces ordinarios que continuasen con los procedimientos a individuos castrenses participantes en la guerra sucia.<sup>27</sup>

En abril de 1987 empezó a proyectarse la llamada Ley de Obediencia Debida, que finalmente fue aprobada el 16 de mayo de 1987 por el parlamento nacional. Obtuvo 115 votos a favor, 59 en contra y una abstención<sup>28</sup>. En el Senado este nuevo cuerpo legislativo sufrió ciertas e importantes modificaciones. El decreto que salía de esta

---

<sup>25</sup> Del testimonio originario de Nicolás Sisinni. Entrevista citada, 22 de enero de 2008.

<sup>26</sup> De las doscientas noventa y dos personas de nacionalidad argentina que entrevisté para el periodo entre junio y octubre de 1989, la práctica totalidad tenían una imagen negativa o muy negativa sobre la actuación de Raúl Alfonsín en ese tiempo.

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ SUÁREZ, Josefina y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Carmen. *La Argentina radical (1983-1989)*, Bilbao, 1990, pp. 41-44 y 111-112.

<sup>28</sup> Tres diputados radicales negaron el voto al proceso legislativo de obediencia debida y la oposición peronista votó en contra en bloque.



cámara senatorial eximía, en lo que a responsabilidades de terrorismo de Estado se refiere, a todos los militares que poseían la graduación de generales de brigada o estaban por debajo de ella, siempre y cuando pudiesen demostrar ante el juez -de manera estricta- que actuaron en las etapas represivas obedeciendo órdenes. Por su parte, todos los miembros del ejército de grado superior al señalado que hubiesen incurrido en abusos deberían ser juzgados con severidad. Al igual que aquellos otros que, aún estando por debajo del grado de general de brigada, se hubiesen excedido en la represión, hubieran obtenido beneficios de ella o hubieran cometido delitos aberrantes. Estas modificaciones tuvieron gran contestación social pues se alejaban del borrador originario que ampliaba el grado de inculpación a las jerarquías militares. Con todo, la ley fue aprobada por el Senado el 29 de mayo de 1987, y nuevamente por la Cámara de Diputados (y ya definitivamente) el 5 de junio de 1987. Se preveía que con esta normativa iban a quedar exculpados unos cuatro mil militares. De entrada, el día de puesta en vigor del decreto, el 24 de junio de 1987, quedaron en libertad ciento cincuenta miembros del estamento castrense. Pese a todo, algunos uniformados no aceptaron la anulación de los procesos judiciales contra ellos por el sólo hecho de considerarse que habían procedido según las órdenes recibidas. Declararon que no fueron autómatas, que actuaron con plena responsabilidad. Un ejemplo de esta postura lo constituye Norberto Cozzani, condenado a cuatro años de prisión por secuestro y torturas. Presentó un escrito al Tribunal Supremo de Justicia para rechazar la absolución que la Ley de Obediencia Debida le concedía. Aseguró que quedar libre por considerarse simplemente que cumplía órdenes, sería una condena moral para él.<sup>29</sup> Por el contrario, las declaraciones de otros militares no fueron en esa dirección. Hubo quienes consideraron, (como José Dante Caridi, jefe del estado mayor del ejército de tierra), que el decreto debía haber avanzado mucho más en el nivel de los oficiales superiores de los tres cuerpos de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad.

Como era de esperar los sectores sociales progresistas, las organizaciones defensoras de los Derechos Humanos y las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo

---

<sup>29</sup> Este hecho, como puede imaginarse, encrespó aún más los ánimos de una buena parte de la población argentina que consideró insultantes tales propuestas.



protestaron de forma masiva contra este proyecto. Se insistía en que aceptar tal decreto era justificar la tortura, el secuestro y la extorsión. Desde la prensa se insistía en la idea según la cual Argentina asistía a un grave retroceso de la justicia social y que no se avanzaba en la reconciliación nacional, y se afirmaba que el decreto era amoral. Amnistía Internacional, en un informe hecho público el 17 de noviembre de 1987, denunció la Ley de Obediencia Debida. Afirmaba que dicho precepto sentaba un precedente peligroso y contravenía los tratados internacionales firmados por Argentina sobre Derechos Humanos. También la oposición peronista criticó duramente el nuevo reglamento y dijo que lo que había que hacer era trazar inmediatamente una nueva estrategia para evitar que las fuerzas armadas continuaran avanzando en el terreno del poder civil. Desde la mayoría de los partidos políticos se oyeron voces contrarias a la Ley de Obediencia Debida.

### **3.Uniformados intransigentes**

El gobierno de Raúl Alfonsín era consciente que las fuerzas armadas se estaban convirtiendo en una pesada carga difícil que minaba su popularidad. Aún no se había solucionado el problema de los juicios ni se había producido una integración pacífica del ejército en la sociedad argentina. Por otro lado continuaban las insurrecciones militares y Alfonsín veía como única salida la realización de pequeñas concesiones, pero esto tenía una contrapartida demasiado dura: cuanto más se doblegaba a las exigencias del ejército más crecía su impopularidad, hecho este que iba a cavar su propia fosa y se convertía en lapidación política contemporánea y futura. Las presiones castrenses no se hicieron esperar y en el tramo final de septiembre de 1987 se produjo el acuartelamiento del tercer regimiento de infantería mecanizada de La Tablada. El 17 de enero de 1988, el teniente-coronel, Aldo Rico, dirige una insurrección castrense en Monte Caseros que, de alguna forma, repetía los episodios protagonizados por este militar en abril de 1987, en plena Semana Santa. Sólo tras duros combates entre los amotinados y las fuerzas gubernamentales del ejército de tierra, dirigidos por su jefe supremo, José Dante Caridi, se terminó el conflicto que generó verdadero enfrentamiento armado y dialéctico. Aldo Rico fue detenido el 18 de enero de 1988 y ese mismo día fuerzas militares leales al gobierno aplastaron otro conato de sedición,



protagonizado por el XIX regimiento de infantería de Tucumán; y que estaba liderado por el coronel Ángel León, que secundaba así la anterior intentona golpista. Cuando se apagaron los fuegos de la rebeldía, el presidente Alfonsín salió en defensa de la democracia, afirmando de forma contundente que la casa estaba en orden.

Por desgracia este episodio no sería el último y a principios de diciembre de 1988, en la escuela de infantería de Campo de Mayo, el coronel Mohamed Alí Seineldin, un sirio convertido al catolicismo, atentó de nuevo contra el gobierno democrático, mientras pedía una ley de pacificación nacional y el final de los juicios a los oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas, sin excepción alguna, a la vez que reclamaba un tratamiento especial para el presupuesto del ejército. Finalmente fue derrotado una vez más. Por si fuera poco, José Dante Candi, jefe del ejército de tierra, amenazó al presidente con su dimisión si no mantenía como ministro de defensa a Horacio Jaunarena, ya que intentaba evitar el nombramiento de Leopoldo Morean para tal cargo y quien proponía una línea dura de actuación contra las fuerzas armadas. Mayores tensiones se forjaron entre las autoridades civiles y militares en el caso del teniente de navío Alfredo Astiz, quien había sido acusado del asesinato de una joven sueca y de dos religiosas francesas. Pese a todo ello, y amparándose en la ley de Obediencia Debida, quería ascender en su carrera militar. Alfonsín se opuso, y tras numerosas presiones castrenses aceptó que fuese ascendido a capitán de corbeta pero sin asignarle funciones en la marina de guerra.

Con el paso de los años el análisis que se me presenta ante tales acontecimientos narrados páginas atrás es, desde luego, notablemente más positivo de lo que en aquellos momentos de mi primera estancia en Argentina -verano austral de 1989- forjé en mi análisis particular. Si bien es cierto que en esta analítica hubo de influir la perspectiva masivamente negativa de aquellas personas a las que entrevistaba, como ya se ha dicho, no es menos cierto que la opinión general de la ciudadanía argentina deambulaba en esta dirección. Pero, ¿qué alternativa tenía el gobierno de Raúl Alfonsín? Fue este personaje castigado, azotado por la Historia, diría yo, atrapado por sus circunstancias políticas propias y por las del difícilísimo momento histórico que le tocó vivir. Para empezar, las filas de su partido y como viene siendo tradicional desde finales del siglo XIX,



empiezan la gobernación de Argentina divididas entre un sector minoritario, el autodenominado Unión Cívica Radical del Pueblo, fundado –como hemos citado anteriormente- en 1957 por Ricardo Balbín, y el otro mayoritario, titulado Unión Cívica Radical Intransigente y que estuvo dirigido por Arturo Frondizi quien, por cierto, había de triunfar en las elecciones de 1938. Si bien es cierto que ambas formaciones se unieron en 1983 bajo el epígrafe unitario de UCR (Unión Cívica Radical) las sensibilidades políticas configuradas siguieron existiendo, y aún perduran en el seno de esta formación ideológica. Esto por un lado, pero es de entender que el mayor problema del gobernante argentino había de venir de dos extremos profundamente antagónicos. Por una parte estaban los militares como corporación homogénea que no deseaba tolerar castigos a una etapa de gobierno que ellos mismos consideraban modélica, y menos aún iban a permitir que el gobierno civil salido de las urnas en 1983 arremetiese de forma directa contra la institución castrense, acostumbrada, como estaba, incluso por ley como hemos visto, a actuar e intervenir en asuntos de política y gobernación nacional. Al otro lado de la balanza hemos de situar a los desaparecidos, palabra que define muy bien la situación de los represaliados pues su muerte no se declaró efectiva de forma legal, con la problemática que ello conlleva desde la perspectiva legal de la vida cotidiana y el dolor añadido que provoca ante la angustia e incertidumbre acerca del destino real de los seres queridos que se han perdido. Solamente la aparición de fosas comunes y exhumaciones de cadáveres con identificaciones precisas aliviaban este dolor agudo, inhumano. Téngase en cuenta -no obstante- que estos procesos identificatorios son verdaderamente complejos y requieren de unos procedimientos y mecanismos lentos y caros, a veces extremadamente caros para las economías populares. Además, la presión de las Abuelas de Plaza de Mayo, que trataban de impedir a toda costa que los hijos de los desaparecidos quedasen bajo tutela y custodia de los asesinos era otra fuerza de empuje significativa y que atrapaba al presidente entre dos fuegos de una intensidad verdaderamente considerable. ¿Qué alternativa le quedaba realmente? ¿Cómo solucionaba Alfonsín este antagónico conflicto de intereses? Reveladores son las palabras de primera mano de Nicolás Sasinni al respecto:



Alfonsín, paulatinamente, se fue quedando solo, distintos sectores lo fueron abandonando, quitándole el apoyo, y a veces ejerciendo una oposición casi salvaje. He dicho que pregonaba el acuerdo y la participación a través de la discusión racional, pero ello es propio de sistemas estables, y Argentina no era así. El Presidente miraba mucho a España, se inspiraba en los Pactos de la Moncloa, insistiendo que debía haber un acuerdo de gobernabilidad, con pactos mínimos de estabilidad. Sin embargo, el resultado distó mucho de lo querido. Se vio muy patente la conflictividad, la vuelta al bloqueo institucional, al autoritarismo peronista y al egoísmo de los sectores del privilegio financiero. Paulatinamente lo fueron abandonando, le quitaron su apoyo, el peronismo y los sindicatos hicieron una oposición implacable. La confrontación sindical fue inclemente hasta bloquear la situación. Al intentar, desde el Ministerio de Economía, tomar medidas económicas urgentes, de corte intervencionista, el poder económico y financiero también se retrae, lo que desemboca en el caos y la hiperinflación [...] Tampoco los organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional dieron facilidades para la administración económica interna, por el contrario, dificultaron el grado de maniobra. Poco a poco, el gobierno fue quedándose solo, y el cúmulo de problemas hizo imposible la gobernabilidad.<sup>30</sup>

El nuevo gobierno del peronista Carlos Saúl Menem firmó en 1990 el indulto a presos condenados por participar en las juntas militares, a los jefes montoneros y a otros militares que se sublevaron en tiempos de Alfonsín. En julio de 2007, el Tribunal Supremo argentino anuló esta medida de gracia del presidente Menem a los jefes de la dictadura.

Los medios de comunicación peninsulares fueron prácticamente unánimes<sup>31</sup> a la hora de enjuiciar como negativa o insuficiente, si se prefiere, la legislación depuradora

---

<sup>30</sup> Entrevista a Nicolás Sisinni, 22 de enero de 2008.

<sup>31</sup> Al menos en los rotativos por nosotros consultados se trasluce esta idea: *El País*, *El Correo Español-El Pueblo Vasco*, *El Diario Vasco* y *La Gaceta del Norte*.



de responsabilidades de la etapa militar, y se hizo eco de las quejas de los familiares de los desaparecidos, quejas bien amargas, y del todo comprensibles, por otro lado. Pero, por si fueran pocas estas amarguras o problemas de alto calado del gobierno de Raúl Alfonsín, éste aún hubo de lidiar con la angostura de la situación económica que le tocó vivir. Pero antes, comentaremos cómo vio David Rock, el historiador contemporáneo de los hechos, este fenómeno sociológico y legislativo del orden nacional reconciliatorio:<sup>32</sup>

Los juicios a los jefes del Proceso -entre ellos, Videla, Viola, Massera y Galtieri- por secuestro, tortura y homicidio empezaron en abril de 1985 y duraron hasta el final del año. Mil testigos fueron interrogados, Se aprobaron sentencias de prisión a perpetuidad contra Videla, quien antes había proclamado que sólo podía ser “juzgado por la historia”, y el demagogo y notoriamente corrupto Massera. Viola, cuyo apoyo a una medida de liberalización política, en 1981, siguió a su anterior participación en la represión, recibió una condena de diecisiete años. Galtieri fue absuelto de las acusaciones relacionadas con la represión, pero permaneció bajo detención militar acusado de incompetencia en la Guerra de Las Malvinas. Durante el prelude de dieciséis meses a esos juicios, los militares permanecieron a la defensiva. Hasta los partidarios de la línea dura fueron incapaces de oponerse abiertamente al gobierno, cuando éste puso en práctica su promesa electoral de reducir los gastos militares. Cuarenta oficiales de alto rango fueron retirados y el número de generales se redujo de sesenta a veinticinco. En julio de 1984 Alfonsín actuó rápidamente para acallar los rumores de disensiones en el Ejército destituyendo y pasando a retiro a cuatro generales más, entre ellos el jefe del Estado Mayor del Ejército, Jorge H. Arguindegui. Cincuenta mil reclutas, aproximadamente las tres cuartas partes del número total de tropas, fueron dados de baja de servicio activo, se cerraron instalaciones de las fuerzas armadas y se alejaron muchas tropas del centro del poder político, Buenos Aires. Pero otras reducciones fueron difíciles de llevar a cabo,

---

<sup>32</sup> ROCK, David, *La Argentina autoritaria...*, p. 484 y ss.



y el gobierno hizo menos de lo que se esperaba hacer en un principio. Las relaciones del gobierno con los militares también se deterioraban constantemente. La oleada de retiros forzados después de las reducciones en los gastos militares, en 1984, provocaron algunas quejas, pero el problema clave era la conducción de los procesos militares. Cuando los jefes de la primera junta fueron llevados ante tribunales civiles en 1985, bandas clandestinas organizaron una campaña de colocación de bombas como protesta. Cuando los juicios continuaron y se aprobaron sentencias, FAMUS (Familias de los Muertos por la Subversión) realizó mítines mensuales en homenaje a las víctimas de los piquetes para el asesinato de los guerrilleros, y FAMUS continuó atacando a los grupos defensores de los Derechos Humanos tildándolos de fachada de los terroristas. En julio, los oradores de un mitin de oficiales, la mayoría de los cuales recientemente habían sido exonerados, atacaron al gobierno por el acuerdo del Beagle y su fracaso en las negociaciones sobre las Islas Malvinas. Los oradores censuraron el “pacifismo irreflexivo” del gobierno y el “delito de exponer a su país a la descomposición y desintegración... en favor de las ambiciones de un bando político”. Se elevaron quejas contra el “presupuesto miserable” del Ejército, a pesar de lo cual el Ejército seguía “listo a actuar en defensa de los valores fundamentales de la República”. El mitin tenía todo el espíritu y gran parte de la retórica de los ataques nacionalistas autoritarios contra la democracia liberal de los años 20. Un sacerdote que estaba presente atacó a Alfonsín y a todos los demócratas como “pseudohéroes que encarnan la Revolución Francesa en nuestra patria”. Impávidos ante esta oposición, los tribunales y los jueces siguieron adelante. En agosto de 1986, se levantaron contra Camps seiscientas acusaciones de homicidio, un tribunal civil lo declaró culpable y pronunció una sentencia de veinticinco años de cárcel. La campaña para hacer justicia tampoco fue unilateral. A mediados de 1984 Mario Firmenich, líder de los Montoneros, fue capturado en Brasil y posteriormente extraditado a Argentina. En 1986, José López Rega, buscado



por corrupción y conspiración terrorista a causa de su papel en la Triple A, fue objeto de extradición desde Miami.

Los sentimientos enfrentados llegaron a tal extremo que se corría tanto riesgo de quiebra moral y de conflicto civil. A comienzos de 1986, por una parte era muy común escuchar gritos como “muera Alfonsín” o “Camps es patria”<sup>33</sup> y por otra los anticastrenses que fueron capaces de convocar a treinta mil personas, el 15 de diciembre de aquel año, a realizar una marcha de protesta en Buenos Aires contra cualquier medida político-legislativa conciliadora con el pasado de la nación. En los inicios de 1987 numerosas denuncias de torturas y asesinatos inundaban los juzgados del país, mientras el azote de la crisis económica daba sus máximos zarpazos.

A continuación, me ha parecido interesante incluir algunas conclusiones extraídas de las encuestas realizadas a ambos lados del Atlántico y en las que procedo a realizar una comparación de tres parámetros (libertados civiles/situación económica/calidad de vida y ámbito cultural) entre el periodo dictatorial y la etapa democrática de Raúl Alfonsín.

#### 4. Impresiones populares

Hobbsbawn defiende la idea de que la historia oral o la que se configura desde la base social, tal y como sustenta, tiene alto interés para el historiador de la contemporaneidad.<sup>34</sup> Tiene, sin embargo, un gran inconveniente: la subjetividad, aunque permite la dimensión de la experiencia. Nosotros, en este trabajo, hemos realizado nuestras encuestas poco tiempo después de haber ocurrido los acontecimientos políticos

---

<sup>33</sup> Y eso que el sector que apoyaba de forma incondicional a los uniformados era pequeño en lo que se refiere a la sociedad civil, pero su cercanía ideológica y física al ejército argentino los transformaba en un poder de hecho, que nunca de derecho, en toda regla.

<sup>34</sup> Véase PALACIOS, Luis. “La encuesta y la entrevista en la historia oral, técnicas de investigación para su elaboración”, en *Seis escenarios de la historia*, Madrid, 2007. Tb. FRASER, Ronald *Recuérdalo tú y recuérdalo a otros. La historia oral de la guerra civil española*. Barcelona, 1979, *En busca de un pasado*, Valencia, 1987 y “La formación de un entrevistador” en *Historia y Fuente Oral*, núm. 3, 1990, pp. 129-150. POHTELLI, Alessandro, *Tite Deallt o/ Luigi Traslulli and olter Slorie. Form and Meaningin Oral Hislory*, N.York, 1991.

que estudiamos. Buscamos, mediante el sistema de muestreo significativo, una aplicación masiva que nos ayude a entender qué percepción tuvieron las sociedades argentina y española sobre la dictadura militar y el modelo democrático implantado por Raúl Alfonsín. En lo referente a la mejora de las libertades cívicas, bajo su gobierno, las respuestas quedan estructuradas de la siguiente forma:

<b>LIBERTADES CIVILES BAJO EL GOBIERNO DE RAÚL ALFONSÍN</b>		
<b>ÁMBITO COMPARATIVO CON LA DICTADURA MILITAR</b>		
	<b>Número</b>	<b>Porcentaje</b>
Recuperación total	161	55,13
Recuperación parcial	102	34,93
Igual	20	6,9
Empeoraron	9	3,04
<b>TOTAL</b>	<b>292</b>	<b>100,00</b>

*Fuente: Elaboración propia*

Sobre la mejora económica en general y de la calidad de vida en particular bajo el gobierno de Raúl Alfonsín los datos arrojan esta percepción:

## **SITUACIÓN ECONÓMICA/CALIDAD DE VIDA BAJO EL**

**GOBIERNO DE RAÚL ALFONSÍN**  
**ÁMBITO COMPARATIVO CON LA DICTADURA MILITAR**

	Número	Porcentaje
Mucho mejor	0	0
Mejor	16	5,47
Igual	68	23,98
Peor	113	38,69
Mucho peor	90	31,86
<b>TOTAL</b>	<b>292</b>	<b>100,00</b>

*Fuente: Elaboración propia*

La vida cultural se analiza de la manera que se indica:

**VIDA CULTURAL BAJO EL GOBIERNO DE RAÚL ALFONSÍN**  
**ÁMBITO COMPARATIVO CON LA DICTADURA MILITAR**

	Número	Porcentaje
Mucho mejor	202	69,17
Mejor	60	20,54

Igual	13	4,45
Peor	10	3,45
Mucho peor	7	2,39
<b>TOTAL</b>	<b>292</b>	<b>100,00</b>

*Fuente: Elaboración propia*

Estos resultados muestran que la percepción de las libertades civiles en tiempos de Alfonsín se mejoró totalmente, pues un 90,06% de los encuestados creen que hubo una recuperación total o parcial de las mismas, aunque la situación económica y la calidad de vida de los encuestados indica que no fue positiva con respecto a la etapa dictatorial. Por otro lado, la vida cultural de Argentina mejoró sustancialmente en tiempos democráticos, pues el 89,71% de los entrevistados así lo consideró. Los resultados de las encuestas en España ponen de manifiesto algunos aspectos que permiten el contraste con los cuadros que acabamos de configurar. Así, a la pregunta sobre el conocimiento de los crímenes y asesinatos cometidos en Argentina en tiempos de la dictadura militar, el balance es esclarecedor:

**CRÍMENES Y ASESINATOS EN LA DICTADURA ARGENTINA (1976-1983)**

**ENCUESTA EN ESPAÑA**

	<b>Número</b>	<b>Porcentaje</b>
Conocimiento de los crímenes	265	90,75

Desconocimiento de los crímenes	27	9,24
Repudia los asesinatos	236	80,82
Aprueba los asesinatos	5	1,73
NS/NC	51	17,46
<b>TOTAL</b>	<b>292</b>	<b>100,00</b>

*Fuente: Elaboración propia*

Si la política exterior de Raúl Alfonsín fue positiva, he aquí lo que resulta:

**POLÍTICA EXTERIOR DEL GOBIERNO DE RAÚL ALFONSÍN (1983-1989)**

**ENCUESTA EN ESPAÑA**

	<b>Número</b>	<b>Porcentaje</b>
Excelente	17	5,82
Muy buena	39	13,35
Buena	62	21,23
Regular	16	5,47

Mala	62	21,27
Muy mala	7	2,39
NS/NC	89	30,57
<b>TOTAL</b>	<b>292</b>	<b>100,00</b>

*Fuente: Elaboración propia*

La relación bilateral Argentina-España se percibe positivamente:

## RELACIONES BILATERALES ARGENTINA-ESPAÑA (1983-1989)

### ENCUESTA EN ESPAÑA

	<b>Número</b>	<b>Porcentaje</b>
Excelentes	121	41,43
Muy buenas	101	34,58
Buenas	49	16,78
Regulares	1	0,34
Malas	3	1,02
Muy malas	1	0,38

NS/NC	16	5,57
<b>TOTAL</b>	<b>292</b>	<b>100,00</b>

*Fuente: Elaboración propia*

Cuando se demanda sobre el castigo a los culpables por parte del presidente argentino Raúl Alfonsín, la percepción positiva de los interrogados en España es menor

**JUSTICIA SOCIAL FRENTE A LOS ASESINATOS DE LA  
DICTADURA MILITAR BAJO EL GOBIERNO DE RAÚL ALFONSÍN**

**ENCUESTA EN ESPAÑA**

	<b>Número</b>	<b>Porcentaje</b>
Justicia total	18	6,16
Justicia parcial	109	37,31
Impunidad de los asesinos	149	51,05
NS/NC	16	5,48
<b>TOTAL</b>	<b>292</b>	<b>100,00</b>

*Fuente: Elaboración propia*

Respecto a la gestión económica del gobierno de Alfonsín se traduce en el siguiente ámbito:

<b>GESTIÓN ECONÓMICA BAJO EL GOBIERNO DE RAÚL ALFONSÍN</b>		
<b>ENCUESTA EN ESPAÑA</b>		
	<b>Número</b>	<b>Porcentaje</b>
Excelente	0	0,00
Muy buena	1	0,34
Buena	1	0,34
Regular	2	0,68
Mala	96	32,87
Muy mala	114	39,06
NS/NC	78	26,71
<b>TOTAL</b>	<b>292</b>	<b>100,00</b>

*Fuente: Elaboración propia*

Las conclusiones de estas entrevistas no pueden ser más nítidas: el rechazo total de la ciudadanía a la locura dictatorial y sanguinaria de la dictadura en Argentina y la reafirmación de aquella sociedad en los valores puros de la democracia participativa. La



opinión que tiene el profesor Francescutti acerca del papel que jugó el gobierno de Raúl Alfonsín enlaza, desde luego, con la sintonía de la inmensa mayoría de los encuestados por quien estas páginas escribe. Creo que merece la pena escuchar su testimonio íntegro:

El triunfo de Alfonsín muestra un éxito democrático impresionante, pues es la década democrática más significativa, aunque los militares mantuvieron muchas riendas del poder fáctico. Pero, en 1983, los militares salieron en desbandada. Por primera vez el país se encontraba sin la espada de Damocles de los pretorianos, y ello no significaba que no hubiese elementos desestabilizadores como los famosos “carapintadas”, pero yo creo que la Guerra de Las Malvinas tuvo un efecto desintegrador total. Porque ellos consideraban que habían ganado la guerra contra la subversión, cuyos enemigos estaban muertos y bien muertos, pero, en cambio, perdieron con un enemigo nacional, Inglaterra, y fueron ellos, los militares de la dictadura, los que perdieron definitivamente Las Malvinas, echándose la culpa entre ellos, para variar, y la anarquía en el poder de esta estructura colegiada, con la Guerra de Las Malvinas explotó [...] Fueron incapaces de hacer autocrítica [...] Fueron incapaces de culpabilizar a nadie, nadie se responsabilizó del desastre. Yo creo que la Guerra de Las Malvinas quebró moralmente a los militares argentinos y no es casual que el único conato de resistencia venga de un héroe de Las Malvinas: Seineldin, que había hecho la guerra por su cuenta y se consideraba libre del desastre militar [...] Alfonsín intentó preservar la institución militar bajo una tendencia conservadora muy fuerte, tal como se vio y todas esas cuestiones fueron socavando aquel mágico verano de 1983 con un grado de libertad y de democracia especial en aquellas noches de verano y eso se malogró en parte, aunque creo que la herencia de 1983 pervive en Argentina y en el fortalecimiento de la sociedad civil, a pesar de la debilidad del Estado argentino, y pervive la crónica debilidad de las fuerzas armadas, pues desde entonces ya no pueden constituirse como custodios del poder [...] La



eliminación que hizo Alfonsín de la autoamnistía que se habían dado a sí mismos los militares, me parece genial [...] Además, empezaban a aparecer los cadáveres, nos enterábamos de los robos que habían hecho los militares, de la manipulación del dinero de la deuda externa, de todo el latrocinio que hubo en el país. La caída de ingresos de cadetes en las academias fue brutal, los militares ya no se atrevían a salir a la calle. El odio popular, el sentimiento antimilitar argentino en 1983-1984 estaba en el punto más álgido. Por eso, yo creo que el gobierno de Alfonsín fue muy conservador, siempre lo fueron los radicales, pese a lo que pudiera parecer [...] y se ha visto, posteriormente, cuando ha estado en la oposición y ha claudicado ante las políticas de Menem o en las componendas que ha tenido con éste [...] Creo que Alfonsín tenía posibilidades de haber castigado a los militares y lo que tenía que haber hecho, en mi opinión, es haber dejado que a los militares se les juzgase en los tribunales ordinarios de justicia, tal y como se está haciendo ahora. De hecho, cuando se sublevaron los “carapintadas” por primera vez en la historia, la población argentina salió pacíficamente a rodear los cuarteles y ello prueba el carácter, no sé si antimilitarista, pero sí antidictatorial. Si Alfonsín simplemente hubiera amenazado con sacar a la gente a la calle, los militares se hubieran exiliado de debilitados que estaban.<sup>35</sup>

Para Francescutti el papel de las fuerzas armadas en la sociedad argentina queda reflejado de modo rotundo en las siguientes palabras:

Yo no sé si hoy en día tienen algún papel pues el presupuesto militar argentino es bajísimo, casi indigente. Son unas fuerzas armadas que no salen del pozo de la dictadura militar, y no han asumido la maldad que hicieron. Todas las autocríticas que se hacen los militares son con la boca pequeña, son del jefe de turno que está presionado por las cuestiones de imagen [...] Es una institución fracasada históricamente y llena de rencor que ni ahora ni

---

<sup>35</sup> Entrevista a Pablo Francescutti, el 10 de octubre de 2007.



en el corto plazo puede jugar ningún papel [...] Es un poco triste el papel de los militares argentinos porque tuvieron un poder bastante fuerte como para modificar el país como ellos querían y no lo hicieron, se corrompieron, se enriquecieron, asesinaron y encima perdieron una guerra [...] En realidad, los militares no hicieron nada bueno, desindustrializaron el país desde el punto de vista agrario. No hicieron la revolución capitalista agraria.<sup>36</sup>

Con la perspectiva que dan los años creemos que al día de hoy aún están abiertas las heridas de aquel siniestro periodo de la historia argentina (1976-1983), pues encontramos difícil que los asesinos digan la verdad y pidan perdón. Bien es cierto que los postulados de las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo han sido asumidos por buena parte de la sociedad argentina, al igual que aquellos otros provenientes de los colectivos pro-Derechos Humanos. Sin embargo, la sensación de impunidad sobre los crímenes de los militares aún planea sobre la sociedad civil argentina, lo cual ha generado una sensación de frustración, de tristeza. También ha de ser importante -creemos- la cuantificación definitiva de víctimas, asesinos y sus delatores. Y que la justicia ordinaria, clave en cualquier Estado de Derecho, haga el resto.

## BIBLIOGRAFÍA

-CESEROLE, N. *Sobre transiciones y democracias*, Madrid, 1987.

-DELAMATA, Gabriela. “Movilización colectiva y transformaciones de la ciudadanía en la Argentina reciente (1980-2007)”, en SABORIDO, Jorge, *Historia reciente de la Argentina (1975-2007)*, en revista *Ayer*, nº 73, Madrid, 2009.

- FERNÁNDEZ SUÁREZ, Josefina y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Carmen. *La Argentina radical (1983-1989)*, Bilbao, 1990.

---

<sup>36</sup> Entrevista a Pablo Francescutti, el 10 de octubre de 2007.



- MORALES SOLA, J. *Asalto a la ilusión. Historia secreta de la Argentina desde 1983*, Buenos Aires, 1990.
- NOVARO, A. *Historia de la Argentina contemporánea. De Perón a Kirchner*, Buenos Aires, 2006.
- PUCCIARELLI, A. (Coord.) *Los años de Alfonsín*, Buenos Aires, 2006.
- ROCK, David. *La Argentina Autoritaria*, Buenos Aires, 1993.
- SIDICARIO, R. *La crisis del Estado y los actores políticos y socioeconómicos en la Argentina (1989-2001)*, Buenos Aires, 2002.
- SURIANO, J. (Dir.) *Dictadura y democracia (1976-2001), Nueva historia argentina*, Buenos Aires, 2005.
- YANUZZI, M.A. *La modernización conservadora. El peronismo de los 90*, Rosario, 1995.



**HACIA LA ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA CON LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. REFLEXIONES A LUZ DE LA OBSERVACIÓN GENERAL DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD<sup>37</sup>**

*Towards harmonization of Latin American Law on legal capacity with the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Reflections in light of the General Comment of the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities*

**Patricia Cuenca Gómez<sup>38</sup>**

**Resumen:** La legislación civil de los países latinoamericanos permite importantes restricciones en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que parecen enfrentarse con las exigencias contenidas en el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ahora bien, el alcance de este enfrentamiento depende de la posición que se asuma acerca de la interpretación de los elementos medulares de este precepto. Sobre esta cuestión se ha pronunciado

---

<sup>37</sup> Artículo recibido el 1 de octubre de 2011 y aceptado el 30 de noviembre de 2011.

<sup>38</sup> Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007 y del Proyecto “Historia de los Derechos Fundamentales en el siglo XX”, DER2008-0394.



recientemente el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad optando por una lectura del art. 12 que obliga a introducir modificaciones sustanciales en la regulación latinoamericana de la capacidad jurídica.

**Palabras clave:** Discapacidad, capacidad jurídica, sistemas jurídicos latinoamericanos, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

**Abstract:** Latin American Civil Law allows restrictions on legal capacity of persons with disabilities that seems confront with requirements contained in art. 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. However, the scope of this contradiction depends on the interpretation of the key elements of this provision. Lately the Committee for the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities has ruled on this issue and has opted for an interpretation of art. 12 that requires substantive changes in the latin american regulation of legal capacity.

**Key words:** Disability, Legal Capacity, latin american legal systems, Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El tratamiento de la capacidad jurídica en los sistemas jurídicos latinoamericanos 3. El tratamiento de la capacidad jurídica en el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: algunos problemas interpretativos 4. La interpretación del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la luz de la Observación del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

## 1. Introducción

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), aprobada en diciembre de 2006 y en vigor desde mayo de 2008, es el primer instrumento de carácter vinculante que, en el marco del sistema universal de protección de los Derechos Humanos, se refiere específicamente a las personas con discapacidad. El objeto de este Tratado, enunciado en su art. 1, consiste en “*promover, proteger y*



*asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.*

Es común afirmar que esta Convención implica un cambio de paradigma en el modo de contemplar y regular la discapacidad que suele sintetizarse en su consideración como una cuestión de derechos humanos<sup>39</sup> y entender que este nuevo enfoque está estrechamente relacionado con la superación del modelo médico de tratamiento de la discapacidad y la consolidación del modelo social<sup>40</sup>.

De manera genérica, cabe entender que la idea fuerza que define el modelo social que inspira la CIDPD consiste en la defensa de que la discapacidad está ocasionada no tanto por las limitaciones personales originadas por el padecimiento de una deficiencia – según sostiene el modelo médico – como por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente la situación de las personas con discapacidad. Por tanto, no son las personas las que tienen que rehabilitarse para poder ser integradas en la sociedad, sino que es la sociedad la que tiene que adaptarse para incluir a las personas con discapacidad. Así, en el marco del modelo social, las restricciones que las personas con discapacidad padecen para participar plenamente en la sociedad y gozar de sus derechos en condiciones de igualdad no se consideran naturales, ni inevitables, ni tolerables como sostiene el modelo médico. Se contemplan, por el contrario, como el producto de una construcción social que genera exclusión y discriminación. Asumiendo esta visión, el tratamiento de la discapacidad no se reduce al ámbito médico y asistencial, sino que ha de ser un tratamiento integral que debe consistir, centralmente, en políticas de derechos humanos<sup>41</sup> dirigidas a eliminar cualquier tipo de barrera en su ejercicio y disfrute. El

---

<sup>39</sup> Vid. por ejemplo, PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007 y MACKAY, D., “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 34, 2007, pp. 323-331, p. 328.

<sup>40</sup> Vid. PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

<sup>41</sup> ASÍS ROIG, R. de, BARIFFI, F. y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C., (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 83-113, p. 84.



modelo social defiende una serie de principios - vida independiente, accesibilidad, normalización, diálogo civil - que son traducción de los valores que presiden el discurso de los derechos humanos<sup>42</sup>. Entre ellos la autonomía, que reclama que las personas con discapacidad sean el centro de todas las decisiones que les afectan y puedan ejercer por sí mismas los derechos de los que son titulares reviste una importancia de primer orden<sup>43</sup>.

Desde estos parámetros, la CIDPD plantea importantes desafíos para las legislaciones nacionales- y también para los sistemas jurídicos de los Estados latinoamericanos - que todavía hoy – y a pesar de las importantes reformas emprendidas en los últimos años - continúan inspirándose – al menos en algunos ámbitos temáticos – en el modelo médico y que siguen contemplando la discapacidad desde una perspectiva en la que persisten tintes claramente asistencialistas.

El modelo social de discapacidad se plasma en todo el texto de la Convención, pero como se ha señalado en algunos trabajos<sup>44</sup>, lo hace con especial nitidez en la definición de persona con discapacidad de su art. 1<sup>45</sup>, que combina el elemento individual – las deficiencias – con el elemento social – las barreras; en la estrategia que adopta, que consiste no tanto en reconocer nuevos derechos específicos de las personas con discapacidad sino en adaptar los derechos humanos “generales” a la situación de este colectivo<sup>46</sup>; en los principios que proclama en su art. 3 que pueden resumirse en dos: la

---

<sup>42</sup> ASÍS ROIG, R. de, BARRIFFI, F. y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en DE LORENZO, R. y CAYO PÉREZ BUENO, L.C., (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, cit., pp. 83-113, p. 84.

<sup>43</sup> PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., pp. 164 y ss.

<sup>44</sup> ASÍS ROIG, R. de, BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español” en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11-33.

<sup>45</sup> La Convención entiende en su art. 1 que “*las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

<sup>46</sup> Adaptación que es resultado de la interacción del principio de igualdad con cada uno de los derechos, PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 270.



dignidad y la igualdad<sup>47</sup>; en la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad que se articula de un modo amplio abarcando cualquier tipo de discriminación<sup>48</sup>; en la importancia que concede a la accesibilidad universal como condición para el disfrute de todos los derechos<sup>49</sup>, y en el tratamiento que ofrece a la cuestión de la capacidad jurídica en su art. 12.

Este último precepto reviste una importancia central en el logro de la plena y efectiva igualdad de derechos de las personas con discapacidad<sup>50</sup>. Y ello porque, mientras que el reconocimiento de la condición de persona permite a los individuos acceder a la titularidad de los derechos, el reconocimiento de la capacidad jurídica es la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos<sup>51</sup>. El art. 12 constituye uno de los principales retos en el proceso de implementación de la Convención en los sistemas jurídicos nacionales y, desde luego también, en los sistemas latinoamericanos que,

---

<sup>47</sup> El art. 3 de la Convención establece: “Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

<sup>48</sup> La Convención define como discriminación por motivos de discapacidad “cualquier distinción, exclusión o restricción” “por motivo de discapacidad” que tenga “el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. Vid. sobre el alcance de esta definición QUINN, G., “**Disability Discrimination Law in the European Union**” en MEENAN, H. (ed.), *Equality Law for an Enlarged Europe: Towards a Greater Understanding of the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, 2007 y PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., pp. 325-330.

<sup>49</sup> La accesibilidad universal aparece contemplada como principio en el art. 3, y, además, a mi juicio, como derecho en el art. 9 de la Convención. Su Preámbulo reconoce “la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Ha insistido en la relevancia de la accesibilidad para el acceso a los derechos SAN JOSÉ GIL, A., “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, 2007, pp. 1-26, p. 12.

<sup>50</sup> PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 419.

<sup>51</sup> BARRIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU” en PÉREZ BUENO, L.C., (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353-390, p. 357.



como se comprobará en el primer apartado de este trabajo, restringen la capacidad jurídica de algunas personas con discapacidad.

En todo caso la determinación del significado y alcance del art. 12 se presenta como una cuestión altamente controvertida<sup>52</sup>. Según se verá en el segundo apartado del presente estudio, existen diferentes interpretaciones de este precepto que conducen a sustentar opiniones diversas en torno a la entidad de las reformas que es necesario emprender en los sistemas de incapacitación vigentes, también en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, para cumplir con sus exigencias.

En el actual debate acerca del sentido de las previsiones contenidas en el art. 12 y su impacto en los Derechos internos adquiere una importancia esencial la “Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” aprobada en la primera reunión extraordinaria de este órgano celebrada en mayo de 2011<sup>53</sup>. La interpretación del art. 12 de la CIDPD por la que se decanta esta Observación pone de relieve la necesidad de llevar a cabo una renovación profunda de la legislación latinoamericana en materia de capacidad jurídica que permitirá que las personas con discapacidad puedan convertirse en auténticos sujetos de derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos.

---

<sup>52</sup> Prueba de ello son las reservas y declaraciones interpretativas que, tras aprobación de la CIDPD, diversos países han formulado en relación con el art. 12 que, según algunos expertos, serían nulas al enfrentarse al espíritu de este tratado internacional (Vid. International Disability Alliance, “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD”, disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org>). Resulta revelador del carácter polémico y al mismo tiempo central de este precepto el hecho de que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano internacional de seguimiento de la CIDPD, dedicara en octubre de 2009 un día de debate general a discutir acerca del sentido y la aplicación del art. 12 (los materiales generados pueden consultarse en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD21102009.aspx>) y que vaya a volver sobre esta temática en la sesión prevista para octubre de 2011 en relación con la cual ha solicitado el envío de *papers* acerca de las medidas teóricas y prácticas que deben adoptarse para la implementación del art. 12.

<sup>53</sup> OEA/ Ser.L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1 4 y 5 de Mayo de 2011.



## 2. El tratamiento de la capacidad jurídica en los sistemas jurídicos latinoamericanos.

Al igual que sucede en la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales, también la legislación de los Estados latinoamericanos considera la capacidad jurídica como una cuestión técnica<sup>54</sup> cuyo tratamiento acomete, básicamente, desde una perspectiva iusprivatista<sup>55</sup>. Así, los aspectos generales de esta materia son regulados en la legislación civil – basada en el Derecho romano e inspirada en gran parte en el Código napoleónico – de acuerdo con los principios y necesidades propias del Derecho privado<sup>56</sup>. La capacidad jurídica es abordada, por tanto, en el espacio latinoamericano - enfoque común al adoptado en ordenamientos jurídicos de diferente tradición - como una cuestión de intervención en el tráfico jurídico y conforme con el fin básico de proteger la seguridad del mismo.

Como se adelantó, la legislación civil latinoamericana, si bien reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, permite, al igual que la normativa de la mayoría de los Estados parte de la Convención, la limitación o privación de la capacidad jurídica de algunas personas con discapacidad. Esta respuesta es expresión de la pervivencia del modelo médico en el tratamiento de esta cuestión<sup>57</sup>.

El modelo médico parte de la consideración de que las personas “normales” poseen ciertas capacidades cognitivas – sentir, razonar, comunicarse de determinados modos o maneras – que les convierten en agentes “capaces” para tomar decisiones sobre su vida y ejercer sus derechos de forma “correcta”, esto es, de manera libre, autónoma e independiente. Desde esta premisa, las personas con cierto tipo de discapacidades que

---

<sup>54</sup> QUINN, G., “An ideas paper on Legal Capacity”, *Disability, European Foundation Center*, Bruselas, 2009, <http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc>.

<sup>55</sup> BARIFFI, F., “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar”, cit., p. 356.

<sup>56</sup> En la Colección “Capacidad Jurídica y Discapacidad” se han publicado una serie de cuadernos que analizan el tratamiento de la capacidad de las personas con discapacidad en el Derecho Privado de diferentes países. Hasta el momento, y por lo que respecta al ámbito latinoamericano, se han publicado los cuadernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Méjico. Pueden consultarse en <http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad.html>

<sup>57</sup> Sobre la relación de los modelos de tratamiento de la discapacidad con la regulación de la capacidad jurídica, Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Derechos y Libertades*, nº 24, 2011, pp. 221- 257



no encajan en este patrón “estándar” son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. La solución que este modelo ofrece a las personas que – debido a sus deficiencias – tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los parámetros de “normalidad” consiste, de un lado, en negarles dicho derecho restringiendo e incluso anulando su capacidad jurídica. Y, de otro, en conferir dicho derecho a un tercero que sustituye a la persona con discapacidad en la adopción de las elecciones que no puede realizar por sí mismo y en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados. Así, el llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones se presenta como una pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica del enfoque médico. Este modelo no considera problemática la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que la acepta como una restricción natural y necesaria para su protección<sup>58</sup>.

Desde estos presupuestos, a través de la institución de la incapacitación, interdicción, o inhabilitación (recibe diferentes denominaciones, pero en esencia su naturaleza es similar en los diferentes sistemas jurídicos)<sup>59</sup>, la legislación civil de los países latinoamericanos, al igual que sucede en la práctica totalidad de los Estados parte de la Convención, considera la discapacidad como una condición personal que puede limitar o anular la capacidad jurídica de los individuos. La incapacitación se concibe como un mecanismo restrictivo de derechos y por esta razón su declaración requiere en todos los sistemas jurídicos de un pronunciamiento en sede judicial. La regulación del régimen de incapacitación y de las instituciones de guarda y protección, si bien difiere en algunos puntos en los diversos países de la región, es bastante coincidente en sus aspectos esenciales.

En efecto, la práctica totalidad de las legislaciones latinoamericanas arbitran un modelo de atribución de incapacidad por “estatus”<sup>60</sup> en virtud del cual, una vez que se

---

<sup>58</sup> PÉREZ BUENO, L.C., “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la convención.: una visión desde el movimiento asociativo español”, p. 9, disponible en [www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica\\_29112009.doc](http://www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica_29112009.doc)

<sup>59</sup> En todo caso, conviene aclarar que el término inhabilitación suele aplicarse en algunos sistemas (Argentina, Colombia, Perú), a la incapacitación parcial.

<sup>60</sup> DHANDA A, “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?” *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007, pp. 438-456, p.431. Vid. también BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, cit., p. 362.



establece que un individuo tiene una discapacidad, se presume su falta de capacidad jurídica. En el marco de este modelo, algunos sistemas jurídicos - como el argentino, el chileno o el uruguayo - establecen un sistema de atribución directa de incapacidad por razón de discapacidad que considera ciertas deficiencias como causas inmediatas de limitación o privación de la capacidad jurídica<sup>61</sup>. Otros ordenamientos - como los de Brasil, Costa Rica, Guatemala, México, Paraguay, Venezuela - sin abandonar el modelo basado en el estatus, recogen un sistema de atribución indirecta de incapacidad por razón de discapacidad que entiende que la deficiencia es causa de discapacidad únicamente cuando produce determinados efectos<sup>62</sup>. Este elemento adicional, si bien es descrito de modo diverso en las diferentes legislaciones, se refiere siempre a la imposibilidad de autodeterminación de la persona<sup>63</sup>. Aunque se afirma que el sistema de atribución indirecta no considera la discapacidad, por sí misma, como causa de incapacitación, siendo lo relevante su consecuencia, esto es, la imposibilidad de autogobierno<sup>64</sup>, en realidad tiene la intención y, desde luego, el efecto de incluir únicamente a las personas con discapacidad<sup>65</sup>.

En cuanto al “tipo” de discapacidades que justifican la limitación de la capacidad jurídica, todos los sistemas jurídicos latinoamericanos contemplan las discapacidades

---

<sup>61</sup> BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del Derecho comparado” en BARIFFI, F. y PALACIOS, A., (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, EDIAR, Buenos Aires, (en prensa).

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> Así, se permite la incapacitación de personas con deficiencias mentales o intelectuales cuando no tengan “*el necesario discernimiento para la práctica de sus actos*” (Brasil); cuando tales deficiencias “*les impiden atender*” o “*proveer*” sus propios intereses (Costa Rica y Venezuela); cuando “*les priva de discernimiento*” (Guatemala), cuando provocan que la persona “*no puedan autogobernarse*” (México), o que no tengan “*la aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes*” (Paraguay). Este sistema es asumido también en la legislación española que establece que “*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”.

<sup>64</sup> Vid. en relación con el sistema jurídico español PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La Capacidad Jurídica y la Capacidad de Obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el derecho privado español” en la obra BARIFFI, F. y PALACIOS A. (comps.) *Capacidad Jurídica y Discapacidad*, Cuaderno de Trabajo nº 7 ESPAÑA, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, 2009, <http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad.html>

<sup>65</sup> PALACIOS, A., “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008.



mentales o intelectuales, a las que suelen aludir con términos ofensivos (dementes, locos, imbéciles, enfermos mentales, retardados). Pero, además, algunos Códigos civiles permiten también la incapacitación de personas con discapacidades sensoriales (personas sordomudas, ciegas, ciegosordas o ciegomudas)<sup>66</sup>.

También en consonancia con los presupuestos del modelo médico, la normativa latinoamericana establece un sistema de sustitución en el que un tercero “capacitado” – un tutor o curador<sup>67</sup> – decide por la persona con discapacidad. En el caso de la incapacitación absoluta esta sustitución se proyecta sobre toda la esfera de actuación de la persona, tanto sobre los actos de carácter patrimonial, como de carácter personal. En gran parte de los sistemas jurídicos latinoamericanos –Argentina, Colombia, Perú, entre otros – se prevé la incapacitación parcial para los casos de discapacidades mentales o intelectuales leves que implica la prestación de asistencia exclusivamente para la realización de determinados actos. Sin embargo, esta figura se aplica con carácter excepcional y, además, la asistencia suele convertirse en la práctica en una sustitución de la persona en los actos afectados por esta medida.

La regulación del procedimiento de incapacitación en Latinoamericana muestra que la determinación de la concurrencia de las causas que justifican la restricción de la capacidad jurídica se basa en criterios netamente médicos sin que se tome en consideración la situación real y el entorno social de la persona. Así, se exige como única prueba imprescindible para determinar tanto la concurrencia y gravedad de la deficiencia, como de la imposibilidad de autodeterminación un dictamen médico. Además, el presunto “incapaz” es tratado como un mero objeto del proceso al que el juez no suele tener la obligación de escuchar y, en ocasiones, ni siquiera de “examinar”<sup>68</sup>. Y en la mayoría de los Códigos civiles no se prevé la obligación de

---

<sup>66</sup> En Argentina pueden ser incapacitados “los sordomudos que no saben leer ni escribir”, en Nicaragua “los sordomudos y ciegos que no tengan la necesaria inteligencia”, en Paraguay “los sordomudos que no saben darse a entender por escrito o por otros medios”, en Perú “los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable”.

<sup>67</sup> En algunos sistemas, como en México, el tutor es quien sustituye a la persona incapacitada en la toma de sus decisiones y el curador quien vigila la labor desempeñada por el tutor.

<sup>68</sup> Por ejemplo en el art. 633 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, se señala que “Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de



respetar, o al menos de tener en cuenta, la opinión de la persona y no se establece la obligación de revisar de oficio la declaración de incapacidad<sup>69</sup>.

Aunque la incapacidad puede afectar no sólo a la esfera económica, sino también a esferas personales, políticas y ciudadanas<sup>70</sup>, la práctica totalidad de los preceptos de los Códigos civiles de la región – al igual que sucede, de nuevo, en otras regiones – se centran en la protección de los aspectos patrimoniales y casi no contienen disposiciones relativas a intereses de índole personal<sup>71</sup>. La excepción la constituyen algunos derechos personalísimos en los que, cuando la sustitución se permite se regula específicamente y se reviste, en ocasiones, de algunas garantías especiales<sup>72</sup>. La sustitución, sin embargo, se considera imposible en relación con otros actos –matrimonio, adopción, filiación, sucesión, voto – lo que supone la exclusión total de las personas incapaces de estas esferas.

Finalmente, interesa señalar que todas las demás normas sobre capacidad jurídica de la legislación latinoamericana se remiten a la regulación civil, por lo que las restricciones en este ámbito irradian en todos demás campos (en el ámbito procesal, laboral, político etc.)

### **3. El tratamiento de la capacidad jurídica en el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: algunos problemas interpretativos.**

Bajo la rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley” el art. 12 de la CIDPD contiene las principales disposiciones de este instrumento internacional en

---

*internación*”, y en el art. 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se establece que “*El presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera*”.

<sup>69</sup> El art. 152 ter del Código civil argentino, a partir de la reforma introducida por la Ley 26657 de salud mental, establece que la declaración de incapacidad no puede extenderse más de tres años, lo que parece imponer su revisión obligatoria y de oficio.

<sup>70</sup> PÉREZ BUENO, L.C., “La capacidad jurídica y su revisión”, cit., p. 9.

<sup>71</sup> BARRIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, cit., p. 383.

<sup>72</sup> Es lo que suele suceder, en relación con los internamientos y tratamientos médicos involuntarios. En relación con los internamientos forzosos en ocasiones, pero no siempre, se exige autorización judicial (Perú), o, al menos, notificación a la autoridad judicial (México).



materia de capacidad jurídica. En todo caso, conviene tener presente que en esta materia y en la propia interpretación del art.12 adquieren también importancia otras disposiciones de este instrumento internacional, como algunas de las contenidas en su Preámbulo; el art. 1, que establece el propósito de este instrumento; el art. 2, que contiene la definición de personas con discapacidad el art. 3, que recoge los principios generales que deberán informar el resto del articulado o el art. 2 que se refiere a la noción de discriminación por motivos de discapacidad, entre otros. Y reviste relevancia también la filosofía propia del modelo social de discapacidad en el que se inspira la Convención.

Enfrentándose a la visión manejada por el modelo médico, el modelo social entiende que la capacidad jurídica es una construcción social que privilegia cierto tipo de capacidades y habilidades cognitivas<sup>73</sup> consideradas “normales” y determinadas formas de desarrollarlas excluyendo a aquellas personas que no las poseen plenamente, o que las realizan de otro modo. Y considera, además, que la idea de normalidad no es más que un mito en la medida en que la mayoría de las personas consideradas “capaces” adoptan sus decisiones condicionadas por el contexto social, con el consejo o apoyo de los demás, de manera interdependiente y no siempre de forma racional<sup>74</sup> y que las dificultades que las personas con discapacidad pueden encontrar para el ejercicio de su capacidad jurídica no tienen su origen exclusivamente en las deficiencias individuales, sino también en la manera en la que hemos diseñado nuestro entorno, no sólo físico, sino también comunicacional, intelectual etc<sup>75</sup>. Desde estas premisas, se defiende que no son las personas las que tienen que cambiar y superar sus “deficiencias” para merecer ser consideradas capaces. Es la construcción de la capacidad jurídica la que tiene que

---

<sup>73</sup> DHANDA, A., “Advocacy Note on Legal Capacity”, [http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/DGD21102009/WNUSP\\_Legal\\_Capacity.doc](http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/DGD21102009/WNUSP_Legal_Capacity.doc) y MINKOWITZ, T., “The paradigm of supported decision making”, presentación basada en los trabajos desarrollados en Grupo de Trabajo sobre la capacidad jurídica [http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909\\_Supported\\_Decision\\_Making.pdf](http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909_Supported_Decision_Making.pdf)

<sup>74</sup> Inclusion Europe, “Key elements of a system for supported decision making”, <http://www.inclusion-europe.org/documents/Position%20Supported%20Decision%20Making%20EN.pdf>

<sup>75</sup> ASÍS ROIG, R. de, “Sobre la capacidad” en BARRIFFI, F. y PALACIOS, A., (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, cit., en prensa.



adaptarse a la situación de las personas con discapacidad. Y a esa adaptación responde, precisamente, el contenido del art. 12 de la CIDPD.

Como antes se adelantó, existe en la actualidad una importante discusión en torno al sentido y las implicaciones de las previsiones contenidas en este precepto, especialmente, en lo que respecta al sentido y alcance de sus incisos 2, 3 y 4.

El primer inciso del art. 12 “reafirma” que las personas con discapacidad tienen “derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Se trata de una re-afirmación dado que se reconoce una situación jurídica preexistente con el objeto de reforzarla<sup>76</sup>. En efecto, previamente el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos había reconocido que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” El reconocimiento de la personalidad jurídica se erige en un requisito previo y en una precondition indispensable para la adquisición de derechos y deberes y su negación supondría tratar a las personas con discapacidad como objetos, por lo que podrían ser privadas de todos los derechos, incluido el derecho a la vida.

Por su parte, el segundo inciso del art. 12 “reconoce” que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Se trata, ahora sí, de una disposición sin precedentes en el Derecho Internacional en torno a cuyo significado se han suscitado importantes controversias.

Una primera discusión, que fue, además, el debate más relevante en el proceso de negociación de la Convención, versa en torno al sentido del término “capacidad jurídica”. El concepto de capacidad jurídica es una noción compleja que abarca dos dimensiones: una dimensión estática que alude a la idoneidad para ser titular de derechos y deberes (que en algunos sistemas jurídicos se denomina capacidad de goce, capacidad de derechos, o simplemente capacidad jurídica) y una dimensión dinámica que se identifica con la aptitud material y real de poder ejercer esos derechos y deberes por uno mismo (que en algunos sistemas se denomina capacidad de actuar, capacidad de ejercicio, o capacidad de obrar). Pues bien, algunos planteamientos, sostienen que el

---

<sup>76</sup> MEGRET, F., “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Humans Rights Quartely*, núm. 30, 2008, pp. 494-516, p. 503.



término capacidad jurídica contenido en el art. 12 se refiere exclusivamente al elemento estático de la capacidad jurídica, esto es, a la capacidad de goce o de derechos, lo que permitiría mantener las restricciones de la capacidad de obrar o de ejercicio que contemplan en la mayor parte de las legislaciones nacionales y, como antes se expuso, también en las legislaciones latinoamericanas en relación con las personas con discapacidad. Sin embargo, desde otras posiciones y a mi juicio con mejores argumentos – entre los que pueden mencionarse las discusiones que se mantuvieron durante el proceso de negociación de la Convención, el Informe que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó al Comité Especial en su Sexta Reunión denominado “Capacidad jurídica”<sup>77</sup>, los restantes incisos del art. 12<sup>78</sup> y la interpretación sistemática con otras disposiciones de la Convención – se defiende que el concepto de capacidad jurídica del art. 12 incluye tanto a la capacidad de goce como a la capacidad de ejercicio.

En cuanto al reconocimiento de la capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con los demás” existe cierto consenso en torno a la idea de que esta previsión implica que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se debe siempre presumir y que la discapacidad o las deficiencias, por sí mismas, nunca pueden ser una causa para restringir o limitar la capacidad jurídica, lo que supondría, además, además, una discriminación por motivo de discapacidad prohibida por el art. 5 de la Convención<sup>79</sup>. Es importante resaltar que esta consideración obligaría a reformar las legislaciones nacionales, también latinoamericanas, que asumiendo el modelo de atribución directa, automáticamente consideran “incapaces” a las personas que tienen determinadas deficiencias y a revisar las legislaciones que acogen un sistema de atribución indirecta

---

<sup>77</sup> Vid “Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Capacidad Jurídica” para la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad (<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc>).

<sup>78</sup> International Disability Alliance, “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD” de 21 de junio de 2008, disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org>. Ciertamente si el apartado 2 del art. 12 se refiriese únicamente a la capacidad de goce o de derecho resultaría redundante en relación con el apartado 1 y se quedaría sin sentido el apartado 3 que alude a los apoyos al ejercicio de la capacidad.

<sup>79</sup> PALACIOS, A., “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ya citado; International Disability Alliance, “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD”, disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org> y BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y la Capacidad de obrar”, cit., p. 380.



para determinar si los elementos adicionales que contemplan tienen el efecto de afectar exclusivamente o desproporcionadamente a las personas con discapacidad.

Ahora bien, la discusión surge a la hora de determinar si la presunción de capacidad jurídica se plantea como una especie de presunción *iuris et de iure*, lo que supondría el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad de un modo absoluto y sin excepciones o si, por el contrario, se trataría más bien de una presunción *iuris tantum*, esto es, de un principio general que permite excepciones justificadas<sup>80</sup>. En relación con lo anterior, se debate también si el art. 12.2 se aplica a todas las personas con discapacidad o si, por el contrario, podrían existir exclusiones por razón del tipo o del grado de discapacidad.

Cualquiera que sea el alcance que se otorgue a la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica, el inciso 3 del art. 12 obliga a los Estados parte de la Convención a adoptar “*todas las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”. Es común entender que este inciso supone la plasmación del llamado modelo de apoyo en la toma de decisiones, propio del enfoque social de la discapacidad. Este modelo supone también la intervención de un tercero en la esfera de toma de decisiones de la persona con discapacidad, pero esa intervención no supone sustitución, sino asistencia en la decisión, y por tanto, no limita la autonomía de las personas con discapacidad, sino que la promueve y potencia<sup>81</sup>.

Resulta evidente que la CIDPD obliga a los Estados a establecer un sistema de apoyo en la toma de decisiones. Pero a partir de aquí se suscitan numerosos interrogantes acerca de su alcance, su carácter, la manera de implementarlo etc. Y, además, se plantea la cuestión – estrechamente relacionada con la interpretación que se dé a la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica – de si el modelo de apoyo reemplaza absolutamente en la Convención al modelo de sustitución o si bien las medidas de apoyo deben operar como principio general, permitiéndose la intervención sustitutoria como excepción.

---

<sup>80</sup> Idem, p. 379.

<sup>81</sup> Tal y como se manejó en algunas versiones de esta disposición.



El inciso 4 del art. 12 establece la obligación de los Estados parte de asegurar *“que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”* especificando algunas de ellas (que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; que se apliquen en el plazo más corto posible que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas). Pues bien, estas salvaguardias se han interpretado como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, por lo que se defiende que podrían consistir en medidas sustitutivas. Por el contrario, desde otra lectura estas salvaguardias se consideran garantías que se proyectan sobre los mecanismos de apoyo orientándose a evitar los abusos en su funcionamiento.

Finalmente, el art. 12.5 alude a la obligación de asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder a una serie de ámbitos patrimoniales –propiedad, herencia, control de asuntos económicos, hipotecas, préstamos bancarios, y otras modalidades de crédito financiero– de los que tradicionalmente han sido excluidas y de garantizar que no sean privadas de sus bienes arbitrariamente. De nuevo, se plantea si el acceso a estos ámbitos debe garantizarse siempre a través de medidas de apoyo, o si cabe en este campo recurrir a los mecanismos de sustitución.

De lo expuesto se desprende que de la interpretación por la que opte en relación con las disposiciones del art. 12 depende el que puedan mantenerse con ciertas “mejoras” importantes – mejoras que consistirían, básicamente, en matizar el papel de las deficiencias en la atribución de incapacidad, en establecer junto con los actuales mecanismos de sustitución en la toma de decisiones mecanismos alternativos de apoyo y en garantizar las salvaguardias de su inciso 5 lo que exigiría, entre otras cosas, dar mayor participación a la persona e introducir controles periódicos – los sistemas de incapacitación vigentes en los países latinoamericanos y, conviene insistir, en la



mayoría de los Estados parte de la Convención o que éstos deban ser totalmente desmantelados.

#### **4. La interpretación del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la luz de la Observación del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.**

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad aprobada en 1999 y en vigor desde 2001, es el único instrumento convencional previo a la CIDPD de la ONU que se refiere a las personas con discapacidad. Aún reconociendo su carácter pionero, se ha señalado, con razón, que su contenido se ve claramente superado por la CIDPD<sup>82</sup>. Ciertamente, la Convención interamericana, a diferencia de la Convención de la ONU, se limita a señalar objetivos a alcanzar y a enumerar medidas genéricas a adoptar sin especificar obligaciones ni reconocer derechos<sup>83</sup>. Igualmente se sostiene que, en virtud de la aplicación del principio *lex posterior* y del principio *pro homine*, en caso de ratificación conjunta de ambos instrumentos, deberá aplicarse la Convención de la ONU como el mayor estándar de protección de los derechos de las personas con discapacidad, en caso de conflicto<sup>84</sup> salvo prueba de mejor protección regional para alguna hipótesis concreta.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> COURTIS, C., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Ante un Nuevo paradigma de protección?” en *Memorias del Seminario Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Por una cultura de la implementación*, México 2007, p. 76, disponible en <http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro11/III%20nuevo%20paradigma.pdf>.

<sup>83</sup> En este sentido, se ha señalado que la Convención Interamericana de 1999 es más un instrumento de “desarrollo social” que de “derechos humanos”, COURTIS, C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano” en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C., *Tratado sobre discapacidad*, cit., pp. 435- 466, pp. 456 y ss.

<sup>84</sup> BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, cit., p. 376 y PALACIOS, A., “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit.

<sup>85</sup> COURTIS, C., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, cit., p. 84.



El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Personas con Discapacidad<sup>86</sup> (CEDDIS) ha venido insistiendo en la necesidad de lograr la coordinación y complementariedad entre estos instrumentos y ha venido mostrando su preocupación por la discrepancia existente entre el art. 12 de la Convención de la ONU y el art. I.2 de la Convención Interamericana<sup>87</sup> que, tras definir el término “discriminación contra las personas con discapacidad”, entiende en el último inciso de su apartado b que *“en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”*.

En mayo de 2011 el CEDDIS adoptó una Observación General en la que pretende resolver esta discrepancia. En dicha Observación, el Comité parte de la consideración, en línea apuntada anteriormente, de que el art. 12 de la Convención de la ONU “reviste un carácter central en la estructura del tratado, por su valor instrumental para el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad” y de que a la hora de acometer las reformas necesarias para su implementación hay que tener en cuenta el “significado global” de la Convención “como *corpus iuris* del derecho internacional”. Igualmente insiste en la importancia que para la aplicación plena y efectiva de la Convención, y también de su art. 12, reviste la adopción del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

Pues bien, de manera rotunda sostiene el Comité que el inciso b in fine del art. I.2 de la Convención interamericana de 1999 “guarda una seria contradicción con lo establecido por el artículo 2 y 12 de la Convención de Naciones Unidas”. En todo caso, y debido a “las complejidades y trámites extensos” que comporta la reforma de la Convención Interamericana, el CEDDIS opta su reinterpretación “en el marco de la vigencia de la Convención de Naciones Unidas”. En esa reinterpretación el Comité se

---

<sup>86</sup> Este Comité, encargado del seguimiento de la Convención interamericana del 1999, celebró su primera reunión en 2007. Los documentos de estas reuniones pueden consultarse en [http://www.oas.org/dil/esp/personas\\_con\\_discapacidad\\_comite.htm](http://www.oas.org/dil/esp/personas_con_discapacidad_comite.htm).

<sup>87</sup> Ya en su segunda celebrada en 2008 el Comité resolvió “Tomar nota de la necesidad de profundizar en la discusión del artículo I 2. b) de la Convención Interamericana sobre la figura de la declaratoria de interdicción, teniendo en cuenta el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, a fin de tomar una decisión sobre ella en la Tercera reunión del Comité (Vid. Resolución CEDDIS/RES. 1/08).



basa en una lectura del art. 12 de la CIDPD que se pronuncia sobre la mayoría de las controversias interpretativas analizadas en el anterior apartado.

Así, en primer lugar, el CEDDIS se decanta por una interpretación amplia del término capacidad jurídica contenido en el art. 12.2, afirmando que este precepto reconoce a las personas con discapacidad capacidad jurídica, en sus dos sentidos, “como capacidad goce y como capacidad de ejercicio” o como “capacidad jurídica y de obrar”.

El Comité asume, además, el criterio que se mantiene en el “Estudio temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención” en el que se afirma que “Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo e indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en colisión con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del art.12”. Desde esta visión, la regulación de la interdicción o incapacitación que contienen la mayoría de los Códigos civiles latinoamericanos debe considerarse, como señala el Comité, contraria a la CIDPD.

Basándose en la definición de personas con discapacidad que se recoge en el art. 1 de la CIDPD y en la obligación de establecer apoyos contemplada en el art. 12.3 – el CEDDIS mantiene que “la redacción del art. 12.2 incluye a todas las personas con discapacidad”. En este sentido, se afirma que la definición de personas con discapacidad que maneja la CIDPD es una definición inclusiva que menciona a ciertos grupos – personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo – que son, precisamente, a los que se les niega capacidad jurídica. Y se señala también que la objeción de que el paradigma de la capacidad jurídica universal podría no resolver los problemas de las personas con discapacidades más severas planteada durante los trabajos preparatorios, se solventa con la previsión de proveer apoyos y salvaguardias que evita que las personas con mayor necesidad de asistencia puedan quedar excluidas del reconocimiento pleno de su personalidad y capacidad jurídica.

El CEDDIS sostiene que la Convención de la ONU “implica el cambio del paradigma de la sustitución de la voluntad (que caracteriza al modelo de protección de la mayoría de los Códigos Civiles de Latinoamérica) al nuevo paradigma basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas”. Según el Comité, el derecho humano a



la capacidad jurídica se enfrenta con el asistencialismo, que con el objetivo de proteger – “con las mejores intenciones” - permite que las personas con discapacidad sean sustituidas en la toma de sus decisiones por un tercero que asume que puede “decidir sobre sus deseos, elecciones y necesidades” sin consultarles ni hacerles partícipes. Para el CEDDIS el apoyo contemplado en la Convención como apropiado “se centra en las capacidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno para propiciar el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad”. Este apoyo adecuado, a diferencia de los sistemas de protección sustitutivos, que contemplan a las personas con discapacidad como un “objeto tutelar”, se encamina, según el Comité, “a la liberación de las personas en sus propias vidas, a la ampliación de su esfera de actuación en la que decidan por sí mismas lo que quieran hacer y al reconocimiento del valor de su aporte a la sociedad que integran como ciudadanos y “como parte de la diversidad y de la condición humanas”. El Comité insiste además en la importancia de las salvaguardias – que concibe como garantías orientadas a evitar los abusos en el funcionamiento del sistema apoyo y no como medidas sustitutivas– afirmando que la asistencia debe sustentarse en la confianza y proporcionarse con respeto y en ningún caso en contra de la voluntad de la persona con discapacidad. La regulación de la capacidad jurídica de conformidad CIDPD debe, por tanto, en opinión del Comité, defender “la autonomía de las mismas” reconocer “su plena capacidad jurídica y personalidad jurídica” y proponer “un modo de apoyos y salvaguardias, solo en los casos donde ello sea necesario”, es decir, debe “partir de las capacidades de las personas, de aquello que pueden hacer por sí mismas, para luego determinar aquellas circunstancias que requieren de apoyos con salvaguardias”.

Sobre la base de todo lo anterior, el Comité adopta un mandato de naturaleza jurídica y un mandato de naturaleza práctica. El primero consiste en “Instar a los Estados partes a que efectúen un estudio comparativo entre su legislación interna y el Derecho nacional de los demás Estados parte en la Convención Interamericana, en lo que respecta a las disposiciones sobre la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, a fin de asegurarse que efectivamente mantienen una regulación acorde con sus necesidades desde todos los estratos sociales, y con la realidad institucional del país, pero en el marco del artículo 12 de la Convención de la ONU”. El segundo solicita



“al Secretario General de la OEA disponer, a través de sus instancias jurídicas pertinentes, la revisión del artículo I.2 inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, con el objeto de armonizarlo con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad de las Naciones Unidas, recomendando lo más conveniente, sea su inaplicación práctica, o su derogación” e insta “a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo”. Este último mandato implica emprender, entre otras, las siguientes acciones “capacitar a la población en general, con especial énfasis en los operadores del sistema judicial, sobre el nuevo paradigma vigente de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluso aquellas con discapacidades severas, mediante el recurso a sistemas de apoyo para la toma de decisiones” y “tomar medidas urgentes, de orden normativo, para asegurar que el sistema judicial no permita la aprobación de nuevos casos de interdicción, y para impulsar el desarrollo gradual de los sistemas de apoyo para la toma de decisiones así como para la regulación e implementación de instituciones y mecanismos de salvaguarda para prevenir los abusos”.

Estos mandatos confirman que, en opinión del CEDDIS, el modelo de sustitución en la toma de decisiones es un modelo discriminatorio, que la presunción de capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad no admite excepciones y que el sistema de apoyo reemplaza completamente al sistema de sustitución.

A mi modo de ver, la Observación del CEDDIS resulta trascendental en el camino hacia la armonización de la legislación de los países latinoamericanos con la Convención de la ONU. En efecto, la interpretación del art. 12 que la misma realiza deberá ser tenida muy en cuenta por aquellos Estados que son parte de la Convención interamericana y, además, de la Convención de la ONU – que a los efectos que



interesan en este trabajo son la mayor parte de los Estados latinoamericanos - que difícilmente podrán justificar que reformas “tibias” y retoques “de detalle” de los sistemas de incapacitación vigentes – como en muchos procesos de revisión parece estar barajándose y no sólo en esta región – bastan para cumplir con la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica que sienta este precepto. Esta exigencia reclama, como bien señala el Comité, la derogación del procedimiento de incapacitación (y no solamente su maquillaje), el desmantelamiento del modelo de sustitución (de sus principios y de sus instituciones) y el establecimiento de un auténtico sistema de apoyo, que permita a las personas con discapacidad *tomar sus propias decisiones* y ejercer por sí mismas los derechos de las que son titulares.

## **Referencias bibliográficas:**

- .- ASÍS ROIG, R., “Sobre la capacidad” en F. BARRIFFI, y A. PALACIOS, (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*, EDIAR, Buenos Aires, en prensa.
- .- ASÍS ROIG, R. de, BARRIFFI, F. y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C., *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 83-113.
- .- ASÍS ROIG, R. de, BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P., PALACIOS, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español” en CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11-33.
- .- BARRIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU” en PÉREZ BUENO, L.C., (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353-390.



- “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del Derecho comparado” en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, EDIAR, Buenos Aires, en prensa.
  
- .- COURTIS, C, “Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano” en DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C., *Tratado sobre discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 435- 466
  
- “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Ante un Nuevo paradigma de protección?”, en *Memorias del Seminario Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Por una cultura de la implementación*, México 2007, p. 76, disponible en <http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro11/III%20nuevo%20paradigma.pdf>.
  
- CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Derechos y Libertades*, nº 24, 2011, pp. 221- 257.
  
- DHANDA A, “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?” *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007, pp. 438-456.
  
- “Advocacy Note on Legal Capacity”, disponible en [http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/DGD21102009/WNUSP\\_Legal\\_Capacity.doc](http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/DGD21102009/WNUSP_Legal_Capacity.doc)
  
- MACKAY, D., “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 34, 2007, pp. 323-331.
  
- MEGRET, F., “The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Humans Rights Quartely*, núm. 30, 2008, pp. 494-516.



MINKOWITZ, T., “The paradigm of supported decision making”, presentación basada en los trabajos desarrollados en Grupo de Trabajo sobre la capacidad jurídica [www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909\\_Supported\\_Decision\\_Making.pdf](http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909_Supported_Decision_Making.pdf).

PALACIOS, A., “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008.

- *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007.

PÉREZ BUENO, L.C., “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la convención.: una visión desde el movimiento asociativo español”, disponible en [http://www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica\\_29112009.doc](http://www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica_29112009.doc)

PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La Capacidad Jurídica y la Capacidad de Obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el derecho privado español” en la obra BARIFFI, F. y PALACIOS A. (comps.) *Capacidad Jurídica y Discapacidad*, Cuaderno de Trabajo nº 7 ESPAÑA, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Arosaba, Cáceres, 2009, disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad.html>



QUINN, G., “Disability Discrimination Law in the European Union”, en MEENAN, H. (ed.), *Equality Law for an Enlarged Europe: Towards a Greater Understanding of the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, 2007

- “An ideas paper on Legal Capacity”, *Disability, European Foundation Center*, Bruselas, 2009, disponible en: <http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc>.

SAN JOSÉ GIL, A., “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, 2007, pp. 1-26.

## Otros materiales:

- “Estudio temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención”, A/HRC/10/48, disponible en: [http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc)

- Inclusion Europe, “Key elements of a system for supported decision making”, disponible en: <http://www.inclusion-europe.org/documents/Position%20Supported%20Decision%20Making%20EN.pdf>

- Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Capacidad Jurídica” para la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc>

- International Disability Alliance “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD”, disponible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org>

- International Disability Alliance, “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD” de 21 de junio de 2008, disponible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org>



- “Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, OEA/ Ser.L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1 4 y 5 de Mayo de 2011.



## Reflexiones sobre el exilio en una perspectiva internacional<sup>88</sup>

*Reflections on exile in an International perspective*

Carlos R. Fernández Liesa<sup>89</sup>

**Resumen:** Este artículo analiza el significado que tuvo el exilio que se produce tras la guerra civil española. Una parte importante fue a Iberoamérica. El impacto que tuvo en los países de acogida fue profundo. Se analizan algunos elementos internacionales del exilio (refugiados, reconocimiento, extradición) y, en especial, la tesis del gobierno español en el exilio, ante otros Estados y en las Naciones Unidas, así como las negociaciones de la carta de Naciones Unidas. Finalmente los desarrollos normativos recientes del Derecho español.

**Palabras claves:** Exilio. Guerra civil. Derecho internacional.

**Abstract:** This article is an analyse on the meaning of the exile after the Spanish civil war. A great part was in latin american countries. The influence on the receiving countries was deep. We tackle some internacionales elements on exile (refugees, recognition, extradition) and, specially, the thesis that the spanish government in exile in front of other states and in the United Nations, and the way of the negotiations of the United nations charter. Finally, the normative developments in recent spanish law.

**Key words:** Exile. Civil war. International law

**SUMARIO:** El significado del exilio tras la guerra civil española. 2. Algunas elementos internacionales del exilio. 3. La tesis del gobierno español en el exilio. 4. El gobierno español en el exilio y las Naciones Unidas; 5. El gobierno español en el exilio después de la Segunda Guerra Mundial; 6. Recientes desarrollos del derecho español para la protección de los exiliados.

---

<sup>88</sup> Artículo recibido el día 1 de octubre de 2011 y aceptado el 30 de noviembre de 2011.

<sup>89</sup> -Director del Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria. Universidad Carlos III de Madrid. Catedrático de Derecho internacional público y relaciones internacionales. Director de la Revista electrónica Iberoamericana.



## 1. El significado del exilio tras la guerra civil española.

En 2007 el historiador Henry Kamen publicaba un libro sobre España y la huella del exilio<sup>90</sup>. En sus más de 500 páginas analiza los distintos exilios que se han ido produciendo en España en nuestra historia contemporánea. El autor rastrea la diáspora sefardí, la expulsión de los moriscos, de los miembros de minorías religiosas, de afrancesados, liberales etc.. El capítulo VII, en que analiza el exilio durante la guerra civil española se titula la diáspora de la élite (1936-1939). Hasta el arte sufriría el exilio, para protegerse de las consecuencias de la guerra civil<sup>91</sup>.

Gran parte de este exilio tuvo finalmente como horizonte a Iberoamérica, donde muchos países fueron generosos, muy especialmente México. El significado histórico del exilio de 1939 fue el de una sangría, páramo o empobrecimiento, como indica Abellán; fue un exilio de todas las clases sociales, que supuso un vivo contraste con la emigración laboral que se había producido hacia América Latina durante el siglo XIX. Fue muy relevante el exilio de minorías intelectuales altamente cualificadas lo que produjo un cambio de la imagen de España en América<sup>92</sup>.

El impacto que el exilio tuvo para el desarrollo intelectual de España no puede medirse mediante indicadores fiables. Algunos, como Kamen, entienden -en mi opinión de manera incorrecta- que el significado negativo de la diáspora de la élite fue mucho menor del que parece pues, entre otras cosas, casi todas las figuras literarias de importancia habrían regresado; sin embargo, para Abellán, que aporta más datos a esos efectos fue mucho mayor.

Y ello no solo porque muchos exiliados fueron grandes representantes de las Aulas universitarias, o científicos, literatos, juristas, científicos etc.., O porque surgirían

---

<sup>90</sup> -KAMEN, H., *Los desheredados. España y la huella del exilio*, Aguilar, 2007, 516 pp.

<sup>91</sup> -Vid. un reciente trabajo de COLORADO CASTELLARY, A., *Exodo y exilio del arte. La odisea del Museo del Prado durante la guerra civil*, Cátedra, primera edición, 2008, 393 pp.

<sup>92</sup> -ABELLAN, J.L., "El significado histórico del exilio de 1939", *Exilio*, VVAA, Fundación Pablo Iglesias (Comisario: Virgilio Zapatero), 2002, 290 pp.



varios premios Nobel (representantes culturales, científicos, literatos, juristas..). Sino también porque, como indicada Juan Marichal el exilio español permitió a personas como Américo Castro, Pedro Salinas o José Ferrater Mora, por citar a los que tuvieron relación con él, dedicarse a la creación intelectual.

Abellán desarrolla su tesis<sup>93</sup> analizando las ideologías de “imperio” y “pueblo” y su reflejo en la cultura, así como las características del exilio, sus consecuencias políticas y culturales y la relevancia que tuvo para el cambio de la visión de América. El exilio fue muy beneficioso para los países que generosamente les acogieron, entre los que brilla México<sup>94</sup>, junto a otros muchos países del espacio iberoamericano, singularmente solidarios en esos momentos. A pesar del gran número de intelectuales, científicos y artistas que corrieron el camino del exilio, muchos más eran trabajadores que por su lealtad a la República tuvieron que huir de su patria ante el temor a ser represaliados. Todos ellos, unos y otros, compartieron el duro destino del exiliado, del que debe vivir lejos de su patria y, en la mayor parte de las ocasiones, también de sus seres queridos.

Por lo demás, también muchos sufrieron un exilio interior acompañado de represión y, en muchos casos, de expedientes de depuración, que afectaron muy notoriamente al mundo de la enseñanza. Un trabajo de Jaume Claret Miranda<sup>95</sup> analizaba recientemente el alcance, métodos y resultados de la depuración de universitarios en las Universidades de Salamanca, Zaragoza, Valladolid, Oviedo, Barcelona, Sevilla, Madrid, Santiago de Compostela, Granada, Valencia y Murcia.

## 2. Algunas elementos internacionales del exilio.

Los análisis sobre el exilio han profundizado en múltiples dimensiones histórico-políticas, pero no existen estudios desde la perspectiva internacional del exilio, menos

---

<sup>93</sup> ABELLAN, J.L., *De la guerra civil al exilio republicano (1936-1977)*, Editorial Mezquita, Madrid, 1983, 225 pp.

<sup>94</sup> -Vid. OJEDA REVAH, M., *México y la guerra civil española*, Turner, 2004, 340 pp.

<sup>95</sup> -CLARET MIRANDA, J., *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo, 1936-1945*, Crítica, Barcelona, 2006, 517 pp.



aún en perspectiva jurídica. En esta breve contribución únicamente pretendemos acercarnos a su delimitación, sin llegar a profundizar en muchas cuestiones que exigirían desarrollos más profundos.

Un primer elemento que necesita mayores investigaciones es el relativo al *estatuto de los refugiados españoles, fundamentalmente en Francia, pero también en otros países, desde la perspectiva jurídico internacional*. Sobre esto poco se ha investigado, si bien en Francia su estatuto con el tiempo sería de protección, así como también en algunos países europeos e iberoamericanos, con diferentes características.

Para comprender la relevancia internacional del exilio cabe traer a colación los ciclos del exilio en la guerra civil. El exilio se inicia en noviembre de 1936. Francia creó entonces un Comité de acogida a los niños de España. Desde Barcelona muchas personas serían evacuadas desde los primeros meses en barcos franceses<sup>96</sup>. De igual modo aún con rechazo habría exilio hacia Portugal. La denominada guerra del norte provocaría poco después diversas oleadas de refugiados que se dirigieron hacia Francia. En algunos casos protegidos por la *Royal Navy* británica. La caída de Bilbao y Santander provocó un éxodo de más de 100.000 personas que salieron como pudieron en todo tipo de embarcaciones<sup>97</sup>. Especialmente doloroso sería la situación de los niños de la guerra, muchos de los cuales ya no volverían nunca.

Francia recibió esta primera oleada mucho más organizada que lo estaría posteriormente, al acabar la guerra, donde la atención a los refugiados sería muy criticada por falta de condiciones materiales mínimas y por la forma en que fueron tratados. Durante la guerra otras ofensivas militares como la contraofensiva sobre Teruel y Huesca provocaron otras oleadas de refugiados hacia Francia.

---

<sup>96</sup> -Para Hilari Ragner serían más de 6000. RAGUER, H., *La pólvora y el incienso. La Iglesia y la guerra civil española (1936-39)*, Península, 2001, 473 pp, p. 201, 203, 414.

<sup>97</sup> -Las fuentes aquí son muy dispares. Mientras algunos autores como Martín Casas y Carvajal (p. 61) se refieren a 160.000 refugiados, para Bennassar serían unos 120.000. Vid. sobre esto MARTIN CASAS, J., CARVAJAL URQUIJO, P., *El exilio español (1936-1978)*, Planeta, 2002, p. 39 ss; asimismo BENNASSAR, B., *El infierno fuimos nosotros*, Taurus, 2005, pp. 336 ss; DREYFUS-ARMAND, G., *L'exil des républicains espagnols en France. De la Guerra civile à la mort de Franco*, Albin Michel, París, 1999; VIÑAS, A., *Guerra, dinero, dictadura. Ayuda fascista y autarquía en la España de Franco*, Crítica, 334 pp.



Si en los primeros exilios la cuestión de los refugiados tenía sentido, al acabar la guerra el planteamiento tradicional se vería desbordado por la situación. El gran exilio se produce al acabar la guerra. Primero, a fines de enero-principios de febrero del 39, cuando el 9 de febrero las tropas de Franco llegan a la frontera francesa. En esos momentos se calcula que pasan a Francia una cifra que según el Ministerio del interior galo supera el medio millón de personas. Una misión internacional, designada por la Conferencia internacional de solidaridad con los refugiados españoles visita los campos de refugiados en mayo de 1939. En Francia calcula que habría al menos 275000 refugiados en los campos de Argeles-Sur-Mer (77.000), Saint Cyprien (90000), Barcares (23000), Arles (46000) etc.. A estos se añadirían los que habían salido al finalizar la guerra por los puertos de la costa levantina hacia Orán y cuyo destino también fue diverso.

De otro lado, otros elementos internacional del exilio son de carácter institucional, y tienen que ver con la existencia de gobiernos en el exilio, como veremos posteriormente. Desde el principio se planteaba la cuestión tanto del reconocimiento de gobiernos como de la relevancia de la existencia de relaciones diplomáticas y, al acabar la guerra progresivamente se instaló la tesis del gobierno republicano en el exilio, como vemos posteriormente.

El exilio de gobiernos empieza antes de la guerra civil. Como indica Thomas<sup>98</sup>, los vascos, después de ser derrotados se fueron a Barcelona, creando un gobierno en el exilio. La existencia de gobiernos autonómicos en el exilio crearía problemas al gobierno español en el exilio y daba una imagen de falta de unidad en el exterior. Al finalizar se empieza a plantear el *reconocimiento del gobierno republicano en el exilio*<sup>99</sup>. La tensión entre legalidad y legitimidad sería muy tensa, como veremos, y como suele suceder el Derecho y el Poder estarían con el tiempo y finalmente, en

---

<sup>98</sup> -THOMAS, vo. II, p. 833

<sup>99</sup> -Gobierno que tenía una “crisis de legitimidad” por la actuación de la Diputación de las Cortes. Vid. MIRALLES, R., *Juan Negrín. La República en guerra*, Temas de Hoy, Biografías, 2003, pp. 329 ss; GIRAL, F., SANTIDRIAN, P., *La República en el exilio*, Historia del Franquismo, ediciones 99, 1977, 172 pp; MARTINEZ, R., *Republicanos en el exilio*, Barcelona, 1976, 135 pp



auxilio del vencedor. En todo caso esta situación puso a prueba durante la segunda guerra mundial la doctrina de los gobiernos en el exilio.

En cuanto al *reconocimiento de gobiernos* se habían hecho algunos reconocimientos prematuros (El Salvador, Guatemala, Alemania, Italia y Portugal, que reconocieron en el 36 al gobierno de Franco), que suponían actos de intervención<sup>100</sup>. Al reconocer gobiernos se establecían relaciones diplomáticas, aspecto escasamente analizado desde la perspectiva del Derecho diplomático y consular

Muchos universitarios sostuvieron el esfuerzo diplomático republicano. La diplomacia de la República fue leal al gobierno republicano solo en un 10%, aproximadamente<sup>101</sup>. Hubo representantes diplomáticos de la República que eran catedráticos y profesionales como Fernando de los Ríos (Washington), Pablo de Azcárate (Londres), Manuel Pedroso (Varsovia), Mariano Ruiz Funes, Varsovia), Luis Jiménez de Asía (Praga), Fernando Ayala (Praga), Antonio Jaén (Manila), Angel Ossorio (Buenos Aires), Luis Araquistáin (París), Marcelino Pascua (Moscú), José María Semprún (La Haya), Cipriano Rivas Cheriff (Ginebra, Sociedad de Naciones), Félix Gordon Ordás (México), Joaquín Xiram (Viena), Manuel López Rey (Budapest) etc...Esto también planteó un elevado número de cuestiones diplomáticas, que exceden de este trabajo.

El exilio hacia tierras americanas se hizo gracias al SERE y al JARE. Como es sabido Negrín y Prieto, y en definitiva el exilio español, se dividió en una lucha fratricida que costaría mucho tiempo superar<sup>102</sup>. Se produjo, como ha indicado Moradiellos, un duelo de legitimidades con su corolario pragmático y más crucial del

---

<sup>100</sup> -En este sentido, por ejemplo: SMITH, H.A., "Some problems of the Spanish Civil war", *The British Year book of International Law*, 1937, pp. 15-31.

<sup>101</sup> -Vid. sobre esto: VIÑAS, A. (Dir), *Al servicio de la República: diplomáticos y guerra civil*, VVAA, Marcial Pons, 2010; PEREZ RUIZ, J.L., *Las depuraciones de la carrera diplomática española (1931-1980)*, Burgos, 2005 284 pp; CASANOVA, M., *La diplomacia española durante la guerra civil*, Biblioteca diplomática española Ministerio de Asuntos Exteriores, Estudios, nº 13, Madrid, 1996, 331 pp.

<sup>102</sup> -Vid. sobre esto, entre otros. MIRALLES, R., *Juan Negrín. La República en guerra*, Temas de Hoy, con prólogo de Paul Preston, 2003, 419 pp; MORADIELLOS, E., *Don Juan Negrín*, Ediciones Península, Barcelona, 2006, 649 pp.



control de los medios financieros para atender las necesidades del exilio y la supervivencia de las instituciones republicanas en el exterior<sup>103</sup>.

Desde la perspectiva jurídica hay muchas cuestiones que se podrían investigar. Por ejemplo, la relevancia, alcance y contenido del acuerdo que el 22 de agosto de 1940 el régimen de Vichy firmó con el gobierno mexicano<sup>104</sup>. Como es sabido México se mostró dispuesto a acoger a los refugiados españoles en Francia, mientras que Francia se comprometió a “velar por la vida y la libertad de las personas que han buscado asilo en su territorio, a excepción de aquellos que han cometido crímenes y delitos de derecho común”. En virtud de ese acuerdo hubo unas 7000 reemigraciones hasta 1942.

Sobre ese acuerdo España protestó porque la Legación de México ejerciese ese derecho de protección sobre los republicanos españoles. En diciembre de 1942 se rompieron las relaciones México-Vichy por lo que los refugiados españoles dejaron de recibir protección en Francia.

El gobierno de Franco intensificó las gestiones que venía haciendo, sobre todo a través de la comisión alemana de armisticio para la extradición de muchos refugiados - 3617 petición de extradición en 1949- y de personalidades republicanas como Azaña, Negrín o Prieto. Serían retenidas, y posteriormente algunas de ellas extraditadas a Largo Caballero, Rodolfo Llopis, Julián Zugazagoitia, Mendieta, José Moix Regas, Companys o Cruz Salido. Después de la ejecución de Companys, en octubre de 1940 –y de otros extraditados- el Ministerio de Asuntos exteriores de Vichy hizo saber a los países latinoamericanos que “su entrega a las autoridades españolas no es imputable, de ninguna manera, a la policía francesa que, a causa de la convención del armisticio, no ejerce su control normal en la región”, como ha señalado Dreyfus-Armand<sup>105</sup>. El gobierno español en el exilio realizó importantes gestiones para evitar las

---

<sup>103</sup> -MORADIELLOS, E., *Don Juan Negrín*, Ediciones Península, Barcelona, 2006, pp 464-465.

<sup>104</sup> -Vid. sobre esto DREYFUS-ARMAND, G., *El exilio de los republicanos españoles en Francia. De la guerra civil a la muerte de Franco*, Años de crítica 1976-2006, Editorial Crítica, Barcelona, 2000, 438 pp., pp. 139-143

<sup>105</sup> -DREYFUS-ARMAND, G., *El exilio de los republicanos españoles en Francia*, op.cit., p. 144.



extradiciones<sup>106</sup>. También hubo alguna gestión en septiembre de 1939 para ver si era posible la vuelta a España de la gran masa de exiliados si eran amnistiados, en un contexto de concordia entre los españoles<sup>107</sup>

### 3. La tesis del gobierno español en el exilio.

Cuando finaliza la guerra civil Negrín actuó en apoyo de la tesis del gobierno español en el exilio, tanto en Francia como en Londres y, posteriormente, en Estados Unidos y México. Un gobierno español en el exilio supondría el reconocimiento de que tenía ciertas capacidades jurídico internacionales como la de celebrar tratados o establecer relaciones diplomáticas con los Estados que lo reconocen. Esta situación por sí misma no supone otra cosa que un aval para la restauración de ese gobierno en el exilio como gobierno de España, una vez derribado el gobierno de Franco con el apoyo de los aliados, que era el objetivo final.

Los gobiernos en el exilio tendrían relevancia en la Segunda Guerra Mundial, fundamentalmente en Inglaterra, pues tenían un mínimo de subjetividad internacional, y por tanto la capacidad jurídica necesaria que le era reconocida a efectos de la celebración de determinados tratados y del establecimiento de relaciones diplomáticas. Esta práctica de la subjetividad de gobiernos en el exilio iría disminuyendo y sería sustituida, ya en los años de la descolonización, por la de los gobiernos de liberación

---

<sup>106</sup> -Lo que no está claro que estuviesen detrás a la no extradición del antiguo Jefe de Gobierno de la República Española. Vid. sobre estas gestiones con el Presidente Roosevelt, el Presidente Avila Camacho (México), los Embajadores en Londres de Colombia, Venezuela, Chile y Argentina, entre otras. AZCARATE, Pablo de., *En defensa de la República. Con Negrín en el exilio*, Crítica, Barcelona, 2010., pp. 166-167.

<sup>107</sup> -Así lo señala Moradiellos, en relación con una propuesta confidencial que hizo al Embajador franquista en París, José Félix de Lequerica, con objeto de llegar a un acuerdo formal con Franco para conseguir de éste su aceptación del “regreso de la masa de exiliados republicanos en condiciones de seguridad física y jurídica (mediante una amnistía) que hicieran posible “una concordia entre los españoles” y “la pacificación interior sin la cual no será posible ganar la paz”. A cambio de esa medida, que no suponía “pactos ni arreglos que se reflejen en posibles convivencias y substituciones” Negrín ofrecía su casi única baza disponible, los fondos económicos salvados del exilio: “transferir a su gobierno (de Franco) cuantos elementos le correspondieran en virtud de la extinción automática de instituciones que, desde nuestro punto de vista, conservan una virtualidad constitucional y jurídica”. MORADIELLOS, E., *Don Juan Negrín*, Península, 2006, pp. 498-500.



nacional. En todo caso suponía un cierto apoyo a la teoría del reconocimiento de la subjetividad de los entes no estatales<sup>108</sup>.

Durante la Segunda Guerra Mundial Londres se convierte en la sede de muchos gobiernos en el exilio de países ocupados por Hitler. Esta ficción jurídica de reconocer un gobierno en el exilio suponía dar el aval a un gobierno que normalmente había sido ilícitamente depuesto desde la perspectiva del derecho interno.

Negrín apostó pronto porque su futura base de actividad fuese, como indica Pablo de Azcárate<sup>109</sup>, la “ficción jurídica de sostener la continuidad legal de la república y la legitimidad de su gobierno en el exilio”. Tal ficción de continuación de la personalidad de la República, según explicaba Azcárate en un Memorándum de septiembre de 1942<sup>110</sup>, suponía reconocer la vigencia de la constitución de 9 de diciembre de 1931 y la legitimidad de la Presidencia, las Cortes y el Gobierno. Por lo tanto la tesis descansaba en la afirmación del principio de legitimidad democrática de las instituciones de la República y de su Constitución.

Esta tesis tenía diversos obstáculos. De un lado, la posición de países que, como el Reino Unido, llevaban una política de apaciguamiento por lo que no apoyaron esta pretensión intentando que Negrín saliese de su territorio<sup>111</sup>; otro problema era la fuerte división del exilio y la lucha de legitimidades, que debilitaban su posición. La dimisión de Azaña, la negativa de Martínez Barrio a sustituirle –en tanto que Presidente de las Cortes–, la enorme tensión Prieto-Negrín y otras situaciones debilitaron la unidad del exilio, lo que no dejaría de tener relevancia internacional. Realmente el partido que más apoyaría la tesis de la continuidad del gobierno de la República en el exilio sería el

---

<sup>108</sup> -Sobre las teorías en torno a la subjetividad internacional véase recientemente PORTMANN, R., *Legal personality in International law*, Cambridge University Press, 2010, 325 pp.

<sup>109</sup> AZCARATE, P.de., *En defensa de la Republica. Con Negrín en el exilio*, Editorial Crítica, Barcelona, 2010, 489 pp, p. 97.

<sup>110</sup> -AZCARATE, P.de., *En defensa de la República. Con Negrín en el exilio*, Editorial Crítica, Barcelona, 2010, p 100 ss.

<sup>111</sup> -AZCARATE, P. de., *En defensa de la República. Con Negrín en el exilio*, op.cit., pp. 216 ss.



partido comunista<sup>112</sup>, lo que no era el mejor aval frente al Reino Unido o Estados Unidos. El gobierno de Negrín en el exilio fue respetado pero tuvo que esperar a la evolución de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas para tener una oportunidad real de actuación en el plano jurídico internacional.

Tanto en Francia como en Inglaterra los máximos representantes de la República, Azaña –hasta su fallecimiento- y Negrín tuvieron dificultades. En Francia fueron perseguidos por Franco, que intentó su extradición. Si el Jefe del Estado falleció antes de ser atrapado, el Jefe de Gobierno salió de París hacia el sur de Francia, en junio de 1940, bajo protección diplomática mexicana para trasladarse al Reino Unido con objeto de evitar su detención por la Gestapo o por las nuevas autoridades francesas y su entrega a Franco<sup>113</sup>; por ello el 20 de junio parte Negrín en un buque de pabellón griego con pasaporte falso emitido por la legación de México a nombre de su canciller (Alfonso Castro Valle)<sup>114</sup>. La situación de Negrín, tanto en Francia como en Inglaterra sería la de perseguido/protegido, en tanto que refugiado en Francia y la de asilado en Inglaterra. Como señala Moradiellos nada más llegar a Inglaterra el *Foreign Office* le informó explícitamente el 3 de julio de 1940 de que su “derecho de asilo estaba condicionado a la estricta observancia de la prohibición de participar en cualquier actividad política, según había decidido el gabinete de guerra en reunión secreta”<sup>115</sup>. *La tesis del gobierno español en el exilio no podía sino verse limitada por esta situación de falta de reconocimiento en el país en que se encontraba, así como por la división del exilio.*

#### 4. El gobierno español en el exilio y las Naciones Unidas

La República española confiaba en la Sociedad de Naciones. Muestra de ello es el espíritu de apertura de la Constitución Republicana y la acción exterior republicana en el seno de dicha organización. España puso en práctica el Tratado Briand-Kellog de

---

<sup>112</sup> -Sobre esto AZCARATE, P. de., *En defensa de la República...*, op.cit., p. 493 ss.

<sup>113</sup> -MORADIELLOS, op.cit., pp. 510-502.

<sup>114</sup> -VID. MORADIELLOS, *Ibidem*, p. 505.

<sup>115</sup> -MORADIELLOS, op.cit., p. 506.



renuncia a la guerra como instrumento de la política internacional (art. 6), y declaró que respetaría las normas universales del Derecho internacional incorporándolas a su derecho positivo. Además, en los artículos 76 y 77 se indicaba que el Jefe del Estado no podría firmar ninguna declaración de guerra fuera de las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones.

La guerra civil llevó a la frustración estos ideales pacifistas. Para España la Resolución de XII de diciembre de 1936, del Consejo de la Sociedad de Naciones, suponía que la organización se lavaba las manos en la cuestión española, y aceptaba las consecuencias que pudiera traer el Pacto de la no intervención. Las consecuencias de la victoria de Franco en la vida internacional española serían de un calado enorme.

España se vio progresivamente aislada del nuevo orden internacional que se creó por los vencedores de la Segunda Guerra Mundial. Durante la segunda guerra España tuvo vaivenes en su acción exterior (neutralidad, apoyo al eje..). Pero al final todo el mundo identificaba al régimen como un régimen fascista. A pesar de que desde 1944 España empezó a reorientar su política, retirando la división azul, frenando la venta de wolframio a la Alemania nazi, y, en 1945, se promulga el fuero de los españoles y la ley de referéndum nacional.

Todo esto no impidió que durante las negociaciones de la Carta de las Naciones Unidas tuviese más presencia el exilio que el gobierno de Franco, que no fue invitado a participar. En este contexto Negrín profundizó en su idea de restauración del régimen republicano con ayuda de los aliados. Así desde enero de 1945 fue comunicando su plan a Francia, Reino Unido, Estados Unidos y URSS. Consiguió el apoyo explícito del primer ministro neozelandés, Peter Fraser –que se comprometió a secundarlo en la ONU<sup>116</sup>. Asimismo preparó su viaje a la Conferencia fundacional de la ONU para lo que se puso en contacto con líderes aliados –transmitiendo su enhorabuena por la victoria-. Eden no le recibió –por ser contrario a la política británica de no intervención-. Primero fue a Nueva York (15 de mayo de 1945), con el apoyo de la asociación *The friends of*

---

<sup>116</sup> -Vid. MORADIELLOS, op.cit., pp. 536, 537 ss.



*the Spanic Republic*. Llegó a San Francisco del 20 de mayo de 1945, donde estaba la delegación de la Junta española de liberación (Prieto, Gordón Ordás, Alvaro de Albornoz). Ambas delegaciones no se coordinaron, como ha analizado Moradiellos. Negrín se entrevistó –señala Moradiellos con gran parte de los delegados de las potencias aliadas como Paul-Boncour (Francia), Lord Halifax (Gran Bretaña), Soong (China nacionalista), Masaryk (Checoslovaquia), Manilsky (Ucrania), Peter Fraser (Nueva Zelanda), Evatt (Australia), Quintanilla (México). El delegado norteamericano rechazó la reunión. Aguirre le manifestó su cooperación.

En esa campaña de promoción de la causa republicana se fue fraguando, indica Moradiellos, la aprobación de la resolución Quintanilla de 19 de junio de 1945 (el veto al ingreso en la ONU de Estados cuyos regímenes fueron establecidos con la ayuda de las fuerzas militares de países que han luchado contra las Naciones unidas, mientras que estos regímenes permanezcan en el poder”). Al mismo tiempo que se realizaba esta política de aislamiento se abría una puerta a la restauración del gobierno republicano. España fue considerado un *Estado no amante de la paz por la ayuda a Franco por las potencias fascistas*, en el sentido del art. 4, 1 de la Carta de Naciones Unidas, que indica:

“Podrán ser miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta carta, y que, a juicio de la organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo”.

Como ha señalado la doctrina iusinternacionalista esta disposición solo se aplicó en relación con España, sin que ello suponga que dicha interpretación fuese rigurosa. Para Feuer<sup>117</sup> tanto esa condición –que “hacía sonreír”- y la resolución 32 (I) de la AGONU de 9 de febrero de 1946 tenían un carácter circunstancial, en 1945, que no puede ser interpretado como un precedente jurídico. Un conjunto de resoluciones de las Instituciones de Naciones Unidas aislarían internacional de España. La raíz de esto

---

<sup>117</sup> -FEUER, G., “L’article 4”, *La charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Cot, J.P., Pellet, A., Ed. Economica, 2 edition, 1991, p. 170



estaba en dos datos esenciales, como ha señalado González Campos<sup>118</sup>. El apoyo de Italia y Alemania al gobierno de Franco; y la actitud de España ante los beligerantes.

Cabe recordar que durante la segunda guerra mundial España había declarado inicialmente su neutralidad estricta el 4 de septiembre de 1939 y el 12 de mayo de 1940; el 12 de junio del mismo año declaró que, extendida la contienda al mediterráneo, se “acuerda la no beligerancia en el conflicto”. Este cambio de actitud se adoptó, como indica González Campos, dos días después de la declaración de guerra de Italia a Francia y al Reino Unido; y se debía a que el art. 4 del Tratado hispano-italiano de amistad y no agresión de 28 de noviembre de 1936 contemplaba que si uno de los Estados contratantes entraba en conflicto con una o más potencias distintas el otro “Estado se compromete a adoptar respecto del último una posición de benevolente neutralidad”... Estos cambios suponían una posición más cercana a las potencias del Eje que la anterior neutralidad y preludiaban su intervención en el conflicto mundial, como indicaba el Prof. Julio González Campos. Además, cuando se declaró la guerra entre Alemania y la URSS el 22 de junio de 1942 España superó los límites de la “no beligerancia”, hecho que Franco trataría de justificar con la teoría de las 2 guerras. Estas circunstancias, junto al apoyo de Hitler y Mussolini en la guerra civil, y a la presión de los exiliados llevarían al aislamiento español en las nuevas Naciones Unidas y en la Comunidad internacional.

## 5. El gobierno español en el exilio después de la Segunda Guerra Mundial

En el año 45 cambian las cosas, por la elección por las Cortes Republicanas en Méjico -y por la dimisión de Negrín- de un Nuevo gobierno en el exilio, presidido por Giral<sup>119</sup>. Este Nuevo gobierno sería reconocido por México, Venezuela, Colombia,

---

<sup>118</sup> -GONZALEZ CAMPOS, J., “La admisión de España como miembro de la ONU: unas páginas de historia”, Pons Rafols, X., (Coord), *España y la ONU. 50 aniversario*, Asociación para las Naciones Unidas en España, Icaria editorial, 2005, pp. 21-37, en especial, pp 22-25; vid. también en el mismo libro colectivo LLEONART AMSELEM, A.J., “La admisión de España a la luz de los documentos oficiales de las Naciones Unidas”, pp. 37-53.

<sup>119</sup> - En el que era Presidente José Giral y ministros Fernando de los Ríos (de Estado), Alvaro de Albornoz (Justicia), Juan Hernández Sarabia (Defensa), Augusto Barcia (Hacienda), Manuel Torres



Panamá, Yugoslavia, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumanía, Bulgaria y Albania. Existiría hasta la transición, si bien dejó de tener relevancia internacional desde los años 50/60. Esa práctica ha entrado en desuso, como es sabido, aunque Méjico no establecería relaciones diplomáticas con España hasta marzo de 1977, lo que se debe fundamentalmente a razones internas<sup>120</sup>.

Negrín había llegado a México a mediados de julio de 1945. El 16 de julio preside una reunión del Consejo de Ministros en el exilio a la que somete su plan de restauración institucional<sup>121</sup>, como también lo hizo con otras autoridades extranjeras (representante de Francia, México, el ex Presidente Cárdenas y el Presidente Avila Camacho). El presidente Avila Camacho se comprometió a conceder extraterritorialidad al espacio de reunión de las Cortes con el propósito de cumplir con el precepto constitucional de que fuera suelo español el que albergase la sesión<sup>122</sup>.

Analizado el Plan de restauración institucional los días 7 y 8 de agosto por partidos y organizaciones del exilio, las Cortes se reunieron en el Salón de Cabildos del Palacio de Gobierno, el 17 de agosto, con asistencia de 96 diputados (y otros 34 adheridos cablegráficamente)<sup>123</sup>, con la asistencia de representantes de China, Colombia, Venezuela, Bolivia, Francia, Checoslovaquia, Suecia, URSS y Grecia. Ante el Presidente de las Cortes (Martínez Barrio) Negrín dimitió. Esta reunión suponía el reconocimiento retrospectivo –como señala Moradiellos- de la ininterrumpida legitimidad como presidente del Consejo de Ministros de la República desde el inicio

---

Campañá (Industria y comercio), Trifón Gómez (emigración), Miguel Santaló, Angel Ossorio y Gallardo así como Luis Nicolau d' Olwer (sin cartera). El Presidente de la República en el exilio era Diego Martínez Barrio, y posteriormente lo serían Luis Jiménez de Asua y José Maldonado.

<sup>120</sup> -En este sentido los siete gobiernos mexicanos que mantuvieron esta política hacia España, hasta el gobierno democrático de Adolfo Suárez y, en Méjico de José López-Portillo (1976-1982), lo hicieron más como el mantenimiento de una herencia moral y política de Cárdenas (al igual que la nacionalización del petróleo) que serviría al PRM para legitimarse internamente ante la izquierda mexicana. Véase sobre esto: OJEDA REVAH, M., *México y la guerra civil española*, Turner, 2004 335 pp, p. 283.

<sup>121</sup> -Acuerdo previo entre partidos para convocar Cortes con garantía de extraterritorialidad; elección formal del Presidente de la República a Martínez Barrio; dimisión del gobierno ante el nuevo titular; formación de un nuevo gobierno de unidad Republicana. MORADIELLOS, op.cit., p. 548.

<sup>122</sup> -MORADIELLOS, op.cit., p. 549.

<sup>123</sup> -MORADIELLOS, op.cit., p. 553 ss



del exilio. Pero Negrín no sería propuesto para continuar en el cargo, lo que supuso una situación muy dolorosa. El nuevo gobierno estaría liderado por Giral y sería reconocido por México y otros gobiernos latinoamericanos<sup>124</sup>. En el exilio también estaba Don Juan de Borbón, que tenía buenos apoyos también en las potencias aliadas.

Al denominado *Gobierno de la esperanza* México le entregó la sede de la embajada española de la capital azteca, cerrada desde 1939<sup>125</sup>. Los diferentes gobiernos españoles en el exilio tendrían cada vez un papel de menor relevancia internacional, de mero reflejo institucional de la legitimidad de la causa republicana. Con el tiempo carecerían de capacidad jurídico internacional, con la normalización progresiva de la posición internacional de España que, como es sabido se consagraría a partir de finales de los años cuarenta, principios de los años cincuenta, en el contexto de la guerra fría, de la progresiva adhesión de España a los organismos universales y de la incorporación de Franco al bloque occidental, fundamentalmente desde los acuerdos con Estados Unidos y la instalación de las bases americanas en suelo español.

## **6. Recientes desarrollos del derecho español para la protección de los exiliados.**

Muchas dimensiones de investigación están todavía vírgenes desde el ángulo internacional, fundamentalmente del jurídico. Así se podría desarrollar mucho la investigación sobre el papel del exilio en la creación de Naciones Unidas, sobre la relevancia del gobierno español en el exilio desde 1945 –analizando sus actuaciones en el plano internacional-, o desde otras muchas dimensiones en un terreno prácticamente inexplorado.

Algunas recientes normas españolas referidas directa o indirectamente a los exiliados son destacables como avances en su reconocimiento, memoria y protección. La *ley 52/2007, de 26 de diciembre, de la memoria histórica*, reconoce y amplía derechos y establece medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia

---

<sup>124</sup> -Pero no, como indica Moradiellos, por las grandes potencias aliadas (op.cit., p. 559).

<sup>125</sup> --GIRAL, F., SANTIDRIAN, P., *La República en el exilio*, Historia del Franquismo, Ediciones 99 1977 171 pp, p. 115.



durante la guerra civil y la dictadura. Por lo que se refiere al exilio esta ley reconoce y declara la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la guerra civil y la dictadura (art. 2, 3). La disposición adicional séptima, sobre adquisición de la nacionalidad española, da un derecho de opción durante dos años a los hijos, así como también a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. En general, y como se señala en la exposición de motivos la ley pretende contribuir a cerrar heridas todavía abiertas en los españoles y a dar satisfacción a los ciudadanos que sufrieron, directamente o en la persona de sus familiares las consecuencias de la tragedia de la guerra civil o de la represión de la dictadura. En virtud de esta ley el Real Decreto 1791/2008, de 3 de noviembre regula el procedimiento para la obtención de la Declaración personal de reparación y reconocimiento general previsto en la ley, que pueden ejercer los perjudicados por sí mismos o por sus familiares o incluso por instituciones públicas en que hubieses desempeñado un cargo o actividad relevante. Mediante esta declaración la democracia española pretende honrar a aquellos ciudadanos que padecieron directamente la injusticia y los agravios derivados de la guerra civil y la dictadura.

De otro lado la *ley 3/2005, de 18 de marzo reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la guerra civil*, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional. Esta ley buscaba una mínima tutela de los “niños de la guerra”, para prestar atención a aquellos que tienen un mayor grado de necesidad

Finalmente, *ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior* también hace referencia a la situación de los exiliados. Su exposición de motivos se refiere a las diferentes oleadas de exiliados políticos de distintas orientaciones y signos que se han producido en los siglos XIX y XX. También se refiere al éxodo de refugiados políticos (y a la emigración económica) motivadas por las duras circunstancias de la posguerra en España. El exilio, reconoce, significó una pérdida para el desarrollo económico, cultural y social de España; y, en sentido inverso, los países de acogida se beneficiaron de la formación académica, científica y profesional de los exiliados. También pone de relieve esta ley las consecuencias



negativas del exilio desde la perspectiva del desarraigo social y cultural de España, las dificultades de inserción social y laboral y los problemas para en retorno a España. Una herencia, tanto de la emigración como del exilio es que más de 1, 5 millones de españoles y sus descendientes residen fuera del territorio español. Por ello el objeto de la ley, según indica su artículo primero es establecer el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar a la ciudadanía española en el exterior el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales en términos de igualdad con los españoles residentes en el territorio nacional, así como reforzar los vínculos sociales, culturales, económicos, y lingüísticos con España y con sus respectivas nacionalidades y comunidades de origen.



**SERVIÇO PÚBLICO DE RADIO E TELEVISÃO. CONSTITUIÇÃO  
PORTUGUESA E COMPARAÇÃO COM O CONCEITO NO BRASIL E  
ESPANHA**

**SERVICIO PÚBLICO DE RADIO Y TELEVISIÓN: CONSTITUCIÓN  
PORTUGUESA Y COMPARACIÓN CON EL CONCEPTO EN BRASIL Y  
ESPAÑA<sup>126</sup>**

*PUBLIC SERVICE BROADCASTING: PORTUGUESE CONSTITUTION AND  
COMPARISON WITH THE CONCEPT IN BRAZIL AND SPAIN*

Por: Professor Catedrático Doutor Fernando Condesso<sup>127</sup>

**Resumo:**

O conceito de serviço público da radiodifusão, pelas exigências especiais que implica, comporta uma grande dificuldade na sua definição, convivendo com discricionariedade legislativa, pelo que, em Portugal como na generalidade dos países, somos levados a considerar que não permite esperar uma posição de unanimidade doutrinal. A Constituição Portuguesa exige-o sem o define, ficando a sua densificação ao sabor das orientações ideológicas dominantes. Não há sobre ele uma ideologia de Estado, resistente a contingências governativas, designadamente neste período de uma economia mainstream, ultraliberal, na sua ânsia de Estado mínimo e satanização de todos os gastos orçamentais do Estado. Ele não implica a sua prossecução pelo Estado, mas

---

<sup>126</sup> Artículo recibido el 1 de octubre de 2011 y aceptado el 30 de noviembre de 2011.

<sup>127</sup> Investigador do CAPP Professor da UTL, Portugal. Catedrático de Direito e Ciência Política da Universidade Técnica de Lisboa, Regente de Ética e Direito da Comunicação Social da Licenciatura em Ciências da Comunicação e de Deontologia Comparada da Comunicação Social no Mestrado em Comunicação Social e Investigador Principal do CAPP-ISCSP; Professor de Direito da Arquitetura e do Urbanismo da Faculdade de Arquitetura de Lisboa e de Direito Administrativo da Licenciatura de Administração Pública e de Administração do Território do ISCSP de Lisboa, de Políticas Públicas do IUC-Universidade Complutense de Madrid, Doutor em Direito pela URJC de Madrid e pela UGF do Rio de Janeiro, Brasil, Doutor em Ordenamento do Território, Agregado em Ciências Jurídico-Políticas, Licenciado em Direito e em Filosofia, Coordenador das Cadeiras da Área Científica de Ciência Política da UTL. Fez estudos superiores em Portugal, Espanha, Bruxelas e Brasil. Foi Deputado Nacional e ao Parlamento Europeu.



exige que este garanta a sua existência, seja pela via institucional direta do Estado, seja por contrato de concessão de natureza especial. A efetivação da exigência constitucional não impede a privatização da empresa pública atualmente existente ou apenas um dos seus canais, desde que, num ou noutro caso, o Estado e uma vigilante supervisão por entidade administrativa, que seja independente do poder político e económico-comunicacional, assegure uma programação de grande qualidade, na linha do atual contrato de concessão a uma empresa do setor estatal.

**Palavras-chaves:** rádio, televisão, Constituição, serviço, público, privado

## **Resumen:**

El servicio público de radiodifusión, con los requisitos especiales que implica, contiene una gran dificultad en su definición, que vive en la discreción legislativa, de modo que, en Portugal como en la mayoría de los países, hay que concluir que no se puede esperar una posición unánime en la doctrina. La Constitución portuguesa lo requiere, pero no lo define, dejando su densificación a merced de las orientaciones ideológicas dominantes. En la actualidad, no existe una ideología de Estado sobre el tema, que no es resistente a las contingencias de la gobernación, especialmente en un periodo de la economía dominante, ultra-liberal, en su afán de un Estado mínimo y de demonización de todos los gastos del presupuesto estatal. El servicio público de radio y televisión no implica su continuación por parte del Estado, pero requiere que se asegure su existencia, ya sea a través de las instituciones del Estado directamente, ya sea a través de contrato de concesión de una naturaleza especial. La aplicación del requisito constitucional no impide a la privatización de las empresas públicas existentes en la actualidad o sólo de uno de sus canales, siempre que en ambos casos, el Estado y una supervisión vigilante de una unidad administrativa, independiente del poder político, económico y comunicacional garantice una programación de alta calidad.

**Palabras claves:** radio, televisión, Constitución, servicio, público, privado



## **Abstract:**

The concept of public service broadcasting, with the special requirements that implies, involves a great difficulty in defining, living with legislative discretion, so that, in Portugal as in most countries, we are led to conclude that it can be expected from a position unanimously doctrinal. The Portuguese Constitution requires it without sets, getting their densification at the mercy of the dominant ideological orientations. The Portuguese Constitution requires it without sets, getting their densification at the mercy of the dominant ideological orientations. There isn't currently a state ideology, resistant to contingencies governing, particularly in a period of mainstream economics, ultra-liberal, in their strong rejection of the role of the state and demonization of all state budget expenditures. It does not imply their continuation by the state, but requires that it ensures its existence, either through direct state institutions, whether in contract granting of a special nature. The implementation of the constitutional requirement does not prevent the privatization of public companies currently existing or only one of its channels, provided that in either case the State and a vigilant supervision by an administrative tribunal, independent of the political, economic and communicational ensure a high quality programming, in line with the current concession contract to a public company, in line with the current concession contract to a company in the industry estatal. prestação teleológica and systematic constitutional requirements for the sector.

**Keywords:** radio, television, Constitution, service, public, private

**Sumário de matérias: I - Introdução. Conceito doutrinário de serviço público.- II- Evolução do papel do conceito de serviço público em geral.- III- Debate sobre o serviço público de radio e televisão.-IV- Conceito constitucional português de serviço público.- Conclusão.- Bibliografia.**



“A comunicação livre dos pensamentos e das opiniões  
é um dos direitos mais preciosos do homem.”

Artigo 11.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadãos de 1789

## **I - INTRODUÇÃO. CONCEITO DOUTRINÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO**

1.1.A única unanimidade doutrinária quanto ao *conceito de serviço público* em geral é a da dificuldade em defini-lo com precisão. A Constituição Portuguesa fala nele no que se refere à Comunicação social, mas não o define, nem o densifica minimamente. Exige-o, mas deixa tudo ao legislador. Este tem ampla margem conformadora, desde que não o descaracterize, ou seja, não o dilua no contexto geral da “função pública” exercida em geral pela comunicação social em democracia.

Importa, assim, ao partir para uma reflexão sobre ele, levar em conta a existência de várias *normas constitucionais sobre a comunicação social*, umas que se lhe referem e outras não, independentemente da comunicação social, toda ela, desempenhar essa tal função pública de informação, papel de interesse geral sobretudo ligado à formação da opinião pública, essencial à vida e à possibilidade de alternâncias de poder, unicamente assentes na vontade esclarecida dos cidadãos, como é conatural à essência da democracia, aferimento de responsabilidades e defesa de valores ligados aos interesses dos cidadãos em geral<sup>128</sup>.

Neste sentido, desempenha uma “função de serviço ou interesse público”. Mas o *serviço público* como um conceito especial, mais estrito, para que a Constituição Portuguesa aponta, ao invocá-lo especificamente, sem abranger toda a comunicação social, vai, sem deixar de a valorar em geral como tal para além desse interesse público

---

<sup>128</sup> CONDESSO, F. –“Os meios informativos”. In *Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2001, p.645-686.



genérico, mesmo que este esteja também presente num apelo a melhor garantir esse plano da vida social, mas não deixando de visar ainda outros objetivos específicos, que, com tal expressa e intencional autonomização e especificação, se pretende abarcar e que importa densificar legalmente em termos minimamente correspondentes a esse objetivo mais amplo, sob pena de tornar inútil essa imposição constitucional apenas quanto a uma parte da emissão de rádio e de televisão, independentemente das restantes emissões serem da responsabilidade ou não do sector público; e, portanto, poder cair-se em inconstitucionalidade das soluções legislativas que não tomem em conta este aspeto<sup>129</sup>.

Mas o *tema da sua densificação* não é, como dizia, uma questão pacífica em geral e muito menos na comunicação social. Não o é teoricamente na doutrina constitucionalista e jusadministrativista e além disso constata-se que as posições sustentadas variam também significativamente, conforme as *diversas ideologias e ordenamentos jurídicos* aplicáveis em diferentes locais e momentos históricos<sup>130</sup>.

1.2. Eu creio que, no *núcleo do conceito* em geral, está o saber qual o *espaço a ser ocupado pelo Estado e qual a natureza das atividades a serem por ele exercidas*<sup>131</sup>.

E, no caso especial da comunicação social, materialmente, em *democracia, função pública e serviço público*, se é exercida pelo Estado, que significa esse exercício em especial, face a exercício por privados da mesma atividade e mesmo à possibilidade eventual do exercício organicamente pluralizado por um sector público mais amplo, nem todo integrante no conceito de efectivação do tal serviço público especialmente exigido pela Constituição Portuguesa? Ou seja, qual o regime muito especial da rádio e televisão, pretendido com este serviço comunicacional, a que se pretende ligar um especial interesse para os cidadãos (não diretamente ligado à dinâmica informacional estritamente virada ao esclarecimento político dos eleitores em democracia<sup>132</sup>), em geral

---

<sup>129</sup> CONDESSO, Fernando –“A missão do Serviço Público de Comunicação Social no quadro constitucional português”. In Seminário sobre *Serviço Público de Comunicação Social e Reestruturação da RTP - 6 de Dezembro* de 2011, Lisboa, ISCSP-UTL, 6 de dezembro de 2011.

<sup>130</sup> Em geral, v.g., ALBERT, P.; TERROU, F. –*Histoire de la Presse*. Paris: PUF, 1970; JEANNENE, Jean-Nöel –*Uma história da Comunicação Social*. Lisboa: Terramar, 1996; CONDESSO, F. –“Análise Diacrónica e Sincrónica do Direito da Comunicação Social”. In *Direito da Comunicação Social*. Coimbra: Almedina, p.112-117.

<sup>131</sup> AMARAL, D.F. –*Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2001; CONDESSO, F. –*Lições de Direito Administrativo*. Polic, ISCSP, 1992.

<sup>132</sup> CONDESSO, F. – “Democracia contra a Democracia”. *I Congresso Democracia Portuguesa*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 11 de Novembro de 2004.



já coberto por outros agentes comunicacionais? Em causa o interesse de cidadãos enquanto contribuintes para esse tal serviço público especificamente referido como tal, que, em si, não tem uma lógica lucrativa, em que estes pagam *taxas*, que, para o serem, não deveriam incorporar qualquer *lucro*, não podem ser um *preço*, ou seja, numa postura que não poderia enquadrar-se numa lógica de *mercado e concorrência*.

Portanto, essa discussão ganha especial relevância e dificuldade quando aplicada aos serviços de *telecomunicações* e de *radiodifusão*, não apenas estritamente em função do referido *papel central* que tais atividades desempenham para a consolidação da *democracia*, mas também em razão das peculiaridades na sua *regulamentação*, *desligada de um regime geral de concessões de serviços públicos*, e aliás eventualmente incoerente se se estabelecem diferenças substanciais entre os regimes aplicáveis aos serviços de telecomunicações e aos de radiodifusão e eventualmente *deficiente no que toca à proteção dos interesses da coletividade*.

Quais os *problemas de propriedade, organização de exploração e de regulamentação infraconstitucional* dos serviços de rádio e televisão, à luz da caracterização constitucional portuguesa de “serviços públicos”?

## II – EVOLUÇÃO DO PAPEL DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO EM GERAL

2.1. Este *conceito de serviço público*, outrora uma construção central no direito administrativo europeu de matriz francesa, nos chamados Estados de “regime administrativo”<sup>133</sup>, foi-se tornando, em teoria geral, relativamente imprestável, por várias razões que se devem à intervenção direta do Estado na economia e mesmo à assunção “delegada” crescente da função administrativa do Estado.

---

<sup>133</sup> CONDESSO, Fernando (dos Reis) - *Direito administrativo I: Noções fundamentais de direito administrativo geral. Fundamentos políticos e constitucionais de Administração pública e do direito administrativo. Constituição e controlo das funções política, legislativa, executiva e jurisdicional. Características, crise e evolução do direito administrativo. Direito público e privado. Ramos de direito e direito administrativo. Teoria geral das fontes de direito e direito administrativo. Noções fundamentais sobre a justiça administrativa*. Lições aos alunos de Ciência Política, Administração Pública do ISCSP, e FA da UTL. Polic., 2009.



Embora seja possível remeter a *gênese do serviço público* aos “serviços reais” do tipo de Estado anterior à revolução francesa<sup>134-135</sup>, hoje, com o *Estado Social* (impulsionado por fenómenos anteriores como a Revolução Industrial, liberalismo económico, direitos formais de igualdade e consequente desigualdade social, sucessivas crises económicas e guerras, que o *Estado passou a assumir a prestação de novas tarefas*, até então exercidas exclusivamente em regime privado, mediante invocação de interesse público e transferência de titularidade ao Estado (*publicatio*).

Esse novo posicionamento do Estado foi reforçado com a *constitucionalização dos direitos fundamentais*, que se iniciou através da Constituição mexicana de 1917, e, posteriormente, com a Constituição Alemã de 1919, fazendo com que o Estado passasse a ter responsabilidade direta sobre atividades assistencialistas e algumas atividades económicas associadas diretamente a *direitos sociais*. Mas a *noção de serviço público*, se não floresceu no contexto do surgimento de um *Estado interventor*, pois convive em certas áreas com o liberalismo, amplia-se após a segunda guerra, com o Estado Social de Direito e constituições que o traduziam, com o objetivo de proporcionar variadas finalidades de bem-estar em geral às populações<sup>136</sup>.

A *formulação mais tradicional do conceito de serviço público* vem já do século XIX. É a da escola francesa, capitaneada por nomes como Duguit ou Gèze<sup>137</sup>. E era mesmo, então, no direito francês, o pilar de todo o Direito Administrativo, substituindo o conceito de soberania ou poder Estatal como fundamento do Direito Público<sup>138</sup>. E, embora houvesse diferenças pontuais entre os diversos autores, é possível identificar alguns *elementos comuns à conceituação do serviço público para a Escola Francesa*:

---

<sup>134</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti -*Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. Apud Sundfeld, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Económico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 39-71.

<sup>135</sup> WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio Penna –“Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional”. In *Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación* www.eptic.com.br, vol. XI, n. 1, enero – abril / 2009.

<sup>136</sup> CONDESSO, Fernando - *La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las especialidades en materia de personal*. Cáceres: Biblioteca da Faculdade de Direito da UNEX, 1999, e Beja, 2000.

<sup>137</sup> CONDESSO, Fernando -*Regime Administrativo e Justiça Administrativa: Autonomia do Direito Administrativo e Jurisdição Administrativa. Princípio constitucional da tutela judicial efetiva e de interdição de indefesa. Noções fundamentais sobre direito judiciário e processual administrativo*. Lisboa, 2007.

<sup>138</sup> DI PIETRO e ZANELLA, Maria Sylvania -*Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.



a)-prestação direta pelo Estado; b)-função de satisfação de interesse geral e c)-submissão às normas de direito público, em detrimento das regras válidas para o direito privado<sup>139</sup>. Essa linha teórica clássica sofreu alguns abalos com a apropriação de empresas públicas industriais e *prestação de serviços públicos por particulares* mediante concessões ou *delegações* estatais, tendo no entanto reganhado alguma importância na segunda metade do século XX, com novos influxos da jurisprudência do Conselho de Estado francês<sup>140</sup>. Embora nunca mais se tenha recomposto da crise que sofrera anteriormente.

2.2.Diga-se que, nos *países anglo-saxónicos*, onde vigora o *regime de “common law”*, a caracterização jurídica da prestação pelo Estado ocorreu de forma completamente diversa daquela desenvolvida na escola francesa. No século XIX, salvo raríssimas exceções, sempre prevaleceu a visão de que as atividades econômicas seriam, em princípio, reservadas à órbita da iniciativa privada. As atividades com especial relevância para a coletividade eram definidas pelo direito anglo-saxónico como “*public utilities*”, sujeitas a algum grau de controlo de preços, qualidade e competitividade<sup>141</sup>. Assim, há uma fundamental diferença entre os serviços públicos de matiz europeia e latino-americana, cujo titular é o Estado, que eventualmente os delega a particulares sob *regulação e controle estatal*; e, nesta perspectiva, as “*public utilities*” anglo-saxónicas, atividades da iniciativa privada<sup>142</sup>.

2.3.Um *modelo híbrido* é, hoje, adotado na *União Europeia*, onde a tradicional noção de serviço público tem *perdido lugar para o conceito de serviços de interesse económico geral e serviços universais*, prestados, em regra, pela *iniciativa privada e submetidos à regulação setorial e às regras gerais da concorrência*. Em face da privatização e da liberalização dos serviços públicos na Europa, parte da doutrina tem sustentado a necessidade de *revisão dos sustentáculos tradicionais do conceito*,

---

<sup>139</sup> RIVERO, Jean -*Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1977.

<sup>140</sup> VEDEL, Georges -*Droit Administratif*. Paris: PUFrance, 1976.

<sup>141</sup> AGUILLAR, Fernando Herren -*Controle Social dos Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999

<sup>142</sup> ARAGÃO, A.S. -*Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



substituindo os “velhos serviços públicos” por um *sistema presidido pela liberdade de empresa, sem titularidade estatal ou reversão de bens*<sup>143</sup>.

2.4. Em conclusão, o *conceito de serviço público* tem sido vacilante. A doutrina jurídica tem recorrido a vários *critérios de identificação do serviço público*: desde aspetos orgânicos (serviço prestado por órgãos públicos), aspetos meramente legais (serviço definido como público por disposições constitucionais e/ou legais e sujeito a regime de direito público), aspetos materiais (todas as prestações sociais que, por si mesmas, pela sua simples natureza, devem caber ao Estado e não aos privados), até aspetos de heurística residual, não chocante com as conceções económico-liberais do século XIX (serviço correspondente a um relevante interesse da população e que não satisfeito ou satisfeito adequadamente pela iniciativa privada, que dele se não interessa) e aspetos meramente formais (necessidades não propiciadas por particulares, eventualmente por não serem lucrativos, sob identificação e atribuição concreta a dada organização administrativa pública, através da expressa enunciação legal, nela definidas como tarefas a prosseguir pelo Estado, independentemente das matérias).

Além disso, há *divergências quanto à amplitude do conceito*, variando desde aqueles que entendem ser serviço público “toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins” até aqueles que restringem o conceito à “atividade prestacional em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano”, excluindo-se as atividades-meio, a exemplo da arrecadação de tributos.

### III- DEBATE SOBRE O SERVIÇO PÚBLICO DE RADIO E TELEVISÃO

3.1.É muito distinto o tratamento dado ao *conceito de serviço público pelas legislações* em relação aos serviços de rádio e televisão. Ao longo das décadas, esse termo permeou textos jurídicos e debates acesos. Porém, no que toca às radiodifusões,

---

<sup>143</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”. IN: CASSAGNE, Carlos/ARIÑO ORTIZ, Gaspar - *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires: Abeleo Perrot, 2005.



nunca foi bem fundamentado, nem a ele foram associadas *características tradicional e legalmente associadas aos serviços públicos*<sup>144</sup>.

3.2. Em *Espanha*, o serviço público de rádio e televisão espanhola de titularidade do Estado é um serviço público essencial para a sociedade e funcionamento da democracia compreendendo a produção, edição e difusão por canais de rádio de televisão com programações diversas e equilibradas para todos os tipos de público, abarcando todos os géneros em ordem a ministrar informação, cultura, educação e entretenimento da sociedade espanhola; difundir a identidade e diversidade culturais; impulsar a sociedade da informação; promover o pluralismo, a participação e outros valores constitucionais, garantindo o acesso dos grupos sociais e políticos significativos<sup>145</sup>. A função de serviço público compreende a produção de conteúdos e a difusão de canais generalistas e temáticos, em aberto ou codificados, de âmbito nacional e internacional, assim como a oferta de serviços conexos ou interativos, orientados para os fins referidos. A titularidade estatal do serviço público não implica um regime de exclusividade ou de monopólio, sem que, pelo contrário, a gestão do serviço pode ser realizada em forma direta, pelo próprio Estado, e de uma maneira indireta, pelos particulares que obtenham a oportuna concessão administrativa<sup>146</sup>.

3.3. No *Brasil*, é dado um especial tratamento ao *conceito de serviço público pela legislação* com referência aos serviços de rádio e televisão. No que toca às radiodifusões, o conceito nunca foi bem fundamentado, pois nunca foram densificadas *características tradicionais e legalmente associadas aos serviços públicos*.

Também no Brasil falta clarificar o conceito de serviço público. Tal como noutros países, também aqui a doutrina usa, como critério de identificação do serviço público, umas vezes aspetos *orgânicos* (serviço prestado por órgãos públicos), ora aspetos *formais* (serviço definido como público por disposições constitucionais e/ou legais e sujeito a regime de direito público), ora aspetos *materiais* (serviço correspondente a um

---

<sup>144</sup> ROSSINELLI, Michel –La liberté de la Radio-Télévision en Droit Comparé. Poblisud, 1990.

<sup>145</sup> En geral, VILALVERDE MENÉNDEZ, Ignacio –Estado democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978, s/l, Junta General del Principado de Asturias, 1994.

<sup>146</sup> WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio Penna –“Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional”. In *Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación* www.eptic.com.br, vol. XI, n. 1, enero – abril / 2009.



relevante interesse da população não atendido adequadamente pela iniciativa privada)<sup>147</sup>. Ademais, há divergências quanto à amplitude do conceito, variando desde aqueles que entendem ser serviço público “toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins”<sup>148</sup>, até aqueles que restringem o conceito à “atividade prestacional em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano”, excluindo-se as atividades-meio, a exemplo da arrecadação de tributos<sup>149</sup>. O garantia constitucional de reconhecimento da radiodifusão como serviço público passa explicitamente pela prestação da radiodifusão como competência da União, embora sem que tal impeça a sua delegação a entidades privadas. O uso do *instrumento jurídico da concessão* (no caso da televisão e das emissoras de rádio em ondas médias e curtas), historicamente aplicado aos serviços públicos, corrobora essa natureza de serviço público.

Quanto às normas legais, a possibilidade do instrumento jurídico de *outorga* está ligada ao alcance específico das emissoras de radiodifusão. E ou não há *parâmetros legais* ou eles são imprecisos para aferir da aplicação de determinados princípios, como *eficiência e cortesia na prestação*, nem está institucional e legalmente garantida a *transparência e o controle social da prestação deste serviço*. As emissoras de televisão e de rádio nacionais (concessionárias) e as locais (autorizadas ou permissionárias) devem atender a regras semelhantes relativas à programação, que vão dos princípios constitucionais à *obrigatoriedade de transmissão de alguns programas*, como o *horário eleitoral gratuito*. E impôs-se uma fragmentação legal no setor de telecomunicações (no qual estava incluída a radiodifusão), a partir da promulgação da Lei Geral de Telecomunicações<sup>150</sup>, que acabou por criar três lógicas distintas para as outorgas do setor: a das telecomunicações, a da radiodifusão e a da TV por Assinatura (ainda sem legislação parlamentar).

---

<sup>147</sup> MEIRELLES, Hely Lopes -*Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004; AGUILLAR, Fernando Herren -*Controle Social dos Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

<sup>148</sup> MASAGÃO, Mário -*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 252.

<sup>149</sup> MEDAUAR, Odete -*Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 313.

<sup>150</sup> <http://rosaliasilvajornalista.blogspot.com/2011/04/lgt-e-privatizacao.html>.



O espectro global do serviço público de comunicação pode ser enquadrado em termos múltiplos. Uma explicação parte do reconhecimento da radiodifusão como serviço público na sua totalidade, tomando por base o texto constitucional, que necessita de uma regulamentação apropriada, densificadora do mesmo. Outra interpretação possível é a de que há *serviços de radiodifusão* que são públicos e outros não, mesmo que abarcados pelo artigo 21.º da Constituição Federal. Finalmente, uma terceira passa por considerar, como o faz uma certa doutrina brasileira, que a legislação se opõe tanto ao conceito de serviço público, que a lógica supostamente pretendida pelo texto constitucional foi impunemente torpedeada. Em todos os casos, importa concluir pela fragilidade do conceito de serviço público aplicado à radio e televisão.

#### IV – CONCEITO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS DE SERVIÇO PÚBLICO

4.1. Quanto às *normas constitucionais e sua interpretação, temos de partir do artigo 38.º da Constituição Portuguesa (Liberdade de imprensa e meios de comunicação social)*<sup>151</sup>.

Vejamos as várias normas. Os n.ºs 1, 2,3, segunda parte do n.º4 e n.º7, vêm garantir que o Estado tem de impor de liberdade de imprensa não se resume à liberdade de iniciativa organizacional do órgãos de Comunicação Social diferentes da rádio e televisão (ou seja, o direito de fundação de jornais e outras publicações,

---

<sup>151</sup> “1. É garantida a liberdade de imprensa. 2. A liberdade de imprensa implica: a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respetivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional; b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à proteção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redação; c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias. 3. A lei assegura, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social. 4. O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o *princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral*, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de *participações múltiplas ou cruzadas*. 5. O Estado assegura a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e de televisão. 6. A estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do sector público devem salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião. 7. As estações emissoras de radiodifusão e de radiotelevisão só podem funcionar mediante licença, a conferir por concurso público, nos termos da lei”.



independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias, apenas sujeito à obrigação de divulgação da sua titularidade e meios de financiamento e de os titulares respeitarem o *princípio da especialidade das empresas* titulares de órgãos de informação geral, impedindo a sua *concentração*<sup>152</sup>, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas; quanto a estações de emissão de Rádio e televisão ficam condicionadas a licenciamento, a conferir por concurso público, legalmente enquadrado), mas exige também quer a *liberdade de expressão*<sup>153</sup> e *criação dos jornalistas e colaboradores, quer a intervenção dos jornalistas na orientação editorial dos órgãos* de comunicação social em que atuam, desde que eles não tenham expressamente natureza doutrinária ou confessional. No n.º 4 impõe-se ao Estado que assegure em geral em relação a *todos os órgãos* de comunicação social, a sua *liberdade e independência* perante o *poder político*<sup>154</sup> e o *poder económico*<sup>155</sup>. E, no n.º 5 e 6, que o Estado assegure a *existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e de televisão e em geral quanto ao setor público* dos meios de comunicação social, a sua *estrutura e funcionamento*, estes devem quer salvaguardar a sua *independência perante o Governo, a Administração e outros poderes públicos* (o que é critério aplicável a qualquer comunicação social, apenas aqui discriminado enfaticamente em relação a quem pode ter esses órgãos debaixo de maior ligação funcional quotidiana), quer assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas *correntes de opinião*.

---

<sup>152</sup> UE, Comissão Europeia -*Pluralismo e Concentração dos Meios de Comunicação Social*. Livro Verde. Bruxelas:CE,1992; DITTRICH, N. -*Pressekonzentration und GG*. Munique, 1091.

<sup>153</sup> Em geral, BULLINGER, Martin -“Freedom of Expression and Information: na Essencial Elemento of Democracy. In Actes du Sixième Colloque international sur la Convention Européenne des Droits de l’Homme”. Conseil de l’ Europe, Univ. de Sevilha, 1985; CONDESSO, F. -“Direitos fundamentais e sua classificação: Componentes essenciais dos direitos fundamentais de expressão, da comunicação social e à informação”. In *Direito da Comunicação Social (Lições)*. Coimbra: Almedina, 2007, p.73-82; “Análise Diacrónica e Sincrónica do Direito da Comunicação Social, oc, p.112-117; “Garantia jusinternacionalista e constitucional da liberdade de expressão e comunicação social e suas limitações”, oc, p.120-123.

<sup>154</sup> Vide, v.g, GALBRAITH, David -“Officials Secrets, Security and Open Government: A right to Curiosity”. In *Freedom of Speech: Basis and Limits*. Steiner, Wiesbaden: Mahler, 1986; CONDESSO, F.; MORA ALISEDA, J.- “The access to the environmental information in the hands of portuguese and spanish public administration”.In *Observatorio Medioambiental*, Vol.9, Madrid: IUCA, Publicaciones de la Universidad Complurense de Madrid, 2006; ALGER, Dean E. -*The media and politics*. New Jersey: Prentice-hall, 1989: VVVV -Mass Media and Sistema Político. In PASQUINO, Gianfranco (org.). Milano: Franco Ageli, 1987.

<sup>155</sup> SCHWOEBEL, Jean - *La presse, le pouvoir et l’ argent*. Paris: Seuil, 1968; CONDESSO, F. -“Garantia da independência dos órgãos de comunicação social”, *o.c.*, p. 123; “Garantia da independencia e clausula de consciencia”, *o.c.*, p.212-213.



4.2. Resumindo e articulando os normativos, pode concluir-se o seguinte:

a)- O Estado deve assegurar a *liberdade e independência* em geral de todos os comunicação social perante o *poder político*, designadamente o governo e o *poder económico*, impondo o *princípio da especialidade das empresas* titulares de órgãos de informação geral, eu diria mesmo da exclusividade empresarial, tendencialmente propriedade nas mãos de jornalistas e não de empresas capitalistas com objetivos de lucratividade, pois informação geral é notícia e princípio da verdade ou pelo menos honestidade informativa enquanto a lucratividade depende de concorrência e conquistas de mercado de compra de informação e de publicidade<sup>156</sup>, que afasta situações corruptoras do sentido do direito a informar em sociedade democrática, ligadas a lógicas de exploração capitalista, com naturais tendências sensacionalistas, sacrifícios à investigação da verdade e ligações a pessoas de poder económico, com outros interesses económicos, cuja posse de um comunicação social favorece, ajudando a promover e, em situações críticas, a defender (como se constata na história das últimas décadas do jornalismo, desde logo mesmo com escândalos à escala mundial, como nos casos do tabaco e bananas de empresas americanas e rejeição ou perseguição de jornalistas de orientação não neoliberal).

b)-A *estrutura e funcionamento dos órgãos de comunicação social do sector público* devem salvaguardar especialmente a sua independência face aos governos e garantir o confronto das diversas correntes de opinião; mas quanto ao sector público eventualmente existente, há princípios norteadores, independentemente de se tratar de rádio, televisão, imprensa escrita ou outro meio informativo: princípio da independência e do pluralismo.

c)-As *estações de Radio e Televisão do sector privado* só podem funcionar mediante licença face a apuramento em concurso público. Portanto acesso a bem público que é a difusão um tipo de informação por um meio cuja importância ultrapassa a da comunicação social em geral, constatando-se um interesse público especial não só

---

<sup>156</sup> Sobre el tema, *vide*, LOUREIRO, J.M. –“Direito de marketing e de publicidade”. In *Seminário de comunicação social*, Lisboa. 1985; CONDESSO, F. –*o.c.*, p.409-423, especialmente 418 e ss.



quanto à existência mas também no seu funcionamento, independentemente de realizarem ou não o conceito estrito de serviço público

d)-O Estado deve assegurar a *existência e funcionamento* de um serviço público de Rádio e Televisão; e portanto os comunicação social ou sector público da comunicação social, realizando embora uma função de interesse público ligado ao direito dos cidadãos a serem informados, nem todos têm de pautar-se por lógicas do serviço público em sentido estrito, constitucionalmente imposto mas não definido, embora no mínimo justificando-se como tal ao distanciar-se do funcionamento dos outros órgãos de radio e televisão, favorecendo especialmente frequente informação geral, de nível nacional e internacional e local de especial relevo para a vida da Comunidade e dos cidadãos em geral, programas culturais de qualidade (desde logo, de criação nacional, diversão, filmes, teatro, literatura, artes, ciência, etc.) e impedindo o recurso a publicidade, neste caso sendo pago com recursos públicos acordados de modo a não haver subserviências em relação aos Governos.

Quanto aos *conteúdos específicos do serviço público comunicacional* resultante da Constituição portuguesa, importa destacar para além do reforço das *exigências gerais* em termos de rigor, imparcialidade informativa, independência face aos poderes políticos e económicos e do pluralismo, em relação à generalidade dos *media* ou mesmo do eventual restante sector público comunicacional, há ainda outras mais singulares, relacionadas com serviços específicos aos anteriores não exigível, designadamente elevados padrões de qualidade, imparcialidade, maior rigor e acolhimento e divulgação de uma ampla diversidade social, artística, cultural e científica, dos elementos património histórico e linguístico, dos interesses sociais atendíveis tendo presente os diferentes públicos mesmo que minoritários e prossecução geral de valores informativos, educacionais, formativos e mesmo recreativos, ampla abrangência territorial (nacional, regional, internacional) e interdição de filosofia não concorrencial, tudo devendo assentar na densificação de conteúdos segundo o critério concretizador de uma programação regular de referência, agregadora, difusora da realidade nacional com cobertura noticiosas dos principais (quanto aos períodos de informação geral, assentes apenas na ideia de relevância e não de sensacionalismo) acontecimentos nacionais e estrangeiros, acessível a toda a população e estratos sociais, fomentadora da coesão



nacional, inovadora, estimuladora da formação e valorização cultural, e naturalmente, divulgação de mensagens institucionais, do Presidente da República, Presidente da Assembleia da República e Primeiro-Ministro nos períodos de maior audiência, exercício do direito de antena dos partidos e outras organizações (espaço de programação próprio, com apoio técnico e designadamente período eleitoral) e direito de réplica política dos partidos da oposição às declarações dos governos que os atinjam, manter e atualizar os arquivos sonoros e musicais e fazer funcionar o museu da radiodifusão, cooperação com operadores radiofónicos de Países de Língua Oficial Portuguesa e relação de intercâmbio com organização internacional ligadas atividade radiofónica, sujeição a fiscalização e verificação institucional do cumprimento de contrato pelo governo e mesmo maior incidência do papel da Entidade Reguladora da Comunicação<sup>157</sup>, a recompor a composição e a reformar as funções, exclusão ou pelo menos claras limitações temporais da publicidade, direito a taxas, pagamento publicidade na parte residual por financiamento do governo a negociar.

4.3. Quanto aos dois princípios fundamentais referentes aos *media*, importa clarificá-los, desde já, pois embora não se apliquem só ao que é exigível em serviço público e nem mesmo só ao sector público comunicacional, de facto, neste devem ter uma aplicação irrepreensível, permanentemente aferida e mesmo sancionável no quotidiano pela Entidade Reguladora da Comunicação e na ponderação global sobre o desempenho e manutenção do concessionário, pelo próprio governo:

a)-O *princípio da independência dos órgãos* de comunicação social do poder político e económico, é, quanto ao sector público, expresso na especial preocupação com quem tem a tutela dele, a administração estatal, e quaisquer poderes públicos, designadamente entidades proprietárias, garantido desde logo por lei (estatuto de autonomia administrativa e financeira e regime específico dos gestores e responsáveis sobre o poder de livre nomeação e exoneração pelo governo e pela ERC<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> Vide, v.g., ROBILLARD, Serge –*Television in Europe: Regulatory Bodies*. London: John Libbey, 1995; Condesso, F. –*o.c.*, p.423-448; 674-702; “Manutenção de uma entidade administrativa independente para o sector e aspectos essenciais da sua intervenção futura”, *o.c.*, p.123-127.

<sup>158</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.<sup>a</sup> ed.,Coimbra Editora, 1993p.228



b)-O *princípio do pluralismo ideológico* que, quanto ao serviço público, tem de ser mais exigente (no que concerne à propriedade, publicidade, que não só à garantia de um pluralismo mínimo), e, aliás, neste aspeto, aplicável a todo o sector público comunicacional. Em democracia, aponta-se naturalmente para um modelo de pluralismo interno, dentro de cada órgão de comunicação social (conteúdos, programação ideologicamente representativa das diferentes correntes de opinião), e não meramente externo, ou seja, apenas constatável no conjunto dos órgãos de comunicação social, porque o pluralismo do conjunto com monolitismo ou sectarismo dos diferentes órgãos não só formava os cidadãos conforme o órgão que lessem sem contraditório ou diversidade de pontos de vista, como aliás importaria vários órgãos no sector público, ao ser impossível só com uma empresa, como hoje acontece na rádio e televisão estatal. Ele deve ser garantido pela Entidade Reguladora da Comunicação e pelas estruturas internas de orientação-programação dos órgãos, impedindo “cadeias de comando unidimensionais e não participadas”, ou seja, que a composição da própria Entidade Reguladora da Comunicação seja ideologicamente plural e constituída por personalidades alheias ao mundo dos *media*. Em causa, pelo menos, um *pluralismo essencial ao desenvolvimento democrático*, com expressão de correntes de opinião político-ideológica, teorias económico-financeiras e em geral cultural, e interdições várias, desde a não permitir rádios e televisões privadas, de silenciamento de opiniões relevantes para a coletividade e de não atribuição a cada corrente de opinião de um tempo mínimo adequado à sua expressão, da ofensa o princípio da desproporcionalidade absoluta e relativa, de atribuição de expressão a ideologias não democráticas, ditatoriais, especialmente fascistas, de funcionamento como serviço de propaganda<sup>159</sup> ou de publicidade oficial<sup>160</sup>, de os jornalistas intervirem na orientação ideológica dos órgãos de comunicação que cumprem o serviço público<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> PIEMME, Jean-Marie –La propaganda inavoué. Col. 10/18, Paris:Uge, 1975; LASSWELL, Harold D. –Propagande Technique in the World War. New York, 1938; MAMOU, Yves –Essai sur la fabrication de l’information. Paris: Payot, 1991.

<sup>160</sup> RAMONET, Ignatio -*Propagandas Silenciosas: Massas, televisão, cinema*. Porto: Campo das Letras, 2001.

<sup>161</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes -*o.c.*, p.233-235



4.4. Portanto, a *obrigação constitucional do Serviço Público* da comunicação social encontra-se restringida à radio e televisão, embora nada impeça que abarque outro tipo de comunicação social.

Tal obrigação tem, pois, um alcance múltiplo e merece *distinções entre serviço público e sector público*, porquanto a Constituição Portuguesa não fala na existência obrigatória de um sector público nem de um sector público que realize um serviço público, antes fala num e noutro em normas autónomas. Vejamos:

a)- previsão, não obrigação expressa da existência de um sector público (não garantia institucional direta, expressa, de um sector público da comunicação social), mas garantia de existência funcionamento de um regime especial de serviço público da rádio e televisão (com princípios mais exigentes `para além dos de interesse informativo que todos devem garantir), o que parecendo apontar para a possibilidade de um serviço público sentido estrito, nas mãos de entidades de propriedade não pública, desde que sujeitas a esses princípios, no entanto, face á natureza dos princípios, se não constituídos pelo menos *de iure constituendo*, estariam em causa com tal exigência e garantia específica não parece ser coadunável, pelo menos, com propriedade capitalista, visando o lucro em sistema concorrencial com outros canais privados não sujeitos a tal regime.

Quanto à *questão da estrutura institucional*, podemos ter uma empresa de direito público ou privado de capitais exclusivamente públicos ou não (Estado só com outras entidades públicas ou privadas, em situação de empresa mista de serviço Público, com capital privado mesmo que minoritário, comprometendo-se com objetivos e limitações orientados pela ideia e princípios estritos de serviço público, sem intervenção na escolha de responsáveis e sem qualquer papel na determinação dos conteúdos, o que, neste caso, só seria compreensível se houver publicidade, o que em serviço público como tal sempre será polémico, que pague ou co-pague os encargos e propicie lucros mínimos para o capital privado, pois não se vê legitimidade de o Estado atribuírem dinheiro dos contribuintes para abarcar o pagamento não só dos custos do serviço público mas também com o erário público propiciar lucros aos privados);



b)- Exige o estatuto especial para os do setor público da comunicação social. Com órgãos sujeitos a regime diferente dos órgãos comunicacionais propriedade ou co-propriedade de entidades privadas, a menos que de serviço público;

c)- existência de emissores de setor privado de rádio e televisão, sem especial previsão sobre estrutura institucional, dimensão e composição (lei) ou seja, apenas exigências mínimas capazes de realizar os objetivos constitucionais de serviço público, a densificar por lei (contrato de concessão)

d)- regime constitucional de serviço público de rádio e televisão significa: juridicamente, um serviço de comunicação social prestado por entidade não particular; organizacionalmente, um modelo caracterizado por autonomia e independência perante o poder do Governo e da Administração Pública; no que concerne aos conteúdos, um setor público em geral, serviço público ou não, programação integrante das varias opiniões e interesses políticos, económicos, sociais, (“expressão e confronto das diversas correntes de opinião: princípio da pluralismo interno<sup>162</sup>, mesmo que haja vários órgãos públicos, portanto não independentemente de pluralismo externo);

e)-*garantia de independência e autonomia* em geral e, no setor público, exigência estrita de *garantia de pluralismo*, a refletir na *estrutura e funcionamento* semelhante de entidade pública independente (no caso, existe a Entidade Reguladora da Comunicação, sem governo – e capital privado, a existir em minoria ou sem poder de intervenção- (ver se ainda lei empresas públicas Estado admite capital privado sem perder qualificação.... ) ter um estatuto com qualquer privilégio na orientação ou utilização do comunicação social do sector público em geral.

g)-Compromissos públicos de financiamento, mas inultrapassável, total ou parcialmente, conforme regime de publicidade como fonte de rendimento.

## V- CONCLUSÃO

5.1.Dito isto, que pensar, quanto à ideia de privatização em Portugal de um canal da empresa pública e de dois canais em serviço público de rádio (embora a questão da privatização total da empresa estadual de Rádio e Televisão Portuguesa seja diferente da

---

<sup>162</sup> Idem.



mera autonomia e privatização de parte das emissões de rádio e de televisão desta entidade, mantendo um ou mais canais no sector público e em serviço público em sentido estrito)?

5.2.No plano das questões jusconstitucionais, a leitura literal do artigo 38.º da Constituição Portuguesa não parece implicar nem a existência de um setor público dos *media*, nem que, no que concerne à rádio e televisão, sendo várias as do setor público eventualmente existente, tenham que estar implicadas no previsto “serviço público” de rádio e televisão, por este serviço público não ter que ser prosseguido por uma entidade do setor público. O que exige é que o Estado garanta a existência de um serviço público nestes tipos de meios comunicacionais, o que tanto pode conseguir-se pela via institucional direta do estado como através de concessionária, empresa pública do Estado ou não. Ou seja, por contrato de concessão com entidade personalizada pertencente ao Estado ou a outra entidade, pública e privada, desde que com tal contrato se concretize a efetivação dessa exigência constitucional. O que, em tese, tanto admite a privatização da empresa (RTP) como tal, como apenas uma parte da mesma, desde que, num ou noutro caso, o Estado, por si e sob a supervisão de uma entidade administrativa independente do poder político e económico-comunicacional, assegure um serviço público de rádio e de televisão, com um conteúdo de programação que minimamente garanta a especificidade em vários aspetos, desde logo em termos de maior qualidade, na linha do atual contrato de concessão, que segue uma interpretação teleológica e sistemática das exigências constitucionais para o setor. Não há, pois, sobre ele uma ideologia de Estado, resistente a contingências governativas, designadamente neste período de uma economia *mainstream*, ultraliberal, na sua ânsia de Estado mínimo e satanização de todos os gastos orçamentais do Estado. Ele não implica a sua prossecução pelo Estado, mas exige que este garanta a sua existência, seja pela via institucional direta do Estado, seja por contrato de concessão de natureza especial. A efetivação da exigência constitucional não impede a privatização da empresa pública atualmente existente ou apenas um dos seus canais, desde que, num ou noutro caso, o Estado e uma quotidianamente vigilante entidade autónoma, que seja independente de todos os poderes, assegure esse serviço especial tal como a atual empresa, do setor estatal, cujos males e questionamento não existiriam com base nos argumentos



financeiros ora invocados se não caísse nos excessos de gastos, decorrentes da tendências, em certos domínios dispendiosas, para resvalar para desnecessárias concorrências com outros canais privados, por razões de captação de audiências, motivada pelo facto de também acumular a possibilidade de emissão de publicidade, o que aliás não tem servido para aliviar o peso do endividamento e financiamento dos Estado.

5.3. No plano do mérito da privatização de empresas de rádio e televisão, incumbidas de serviço público em sentido estrito da comunicação social, o Governo reafirmou a sua intenção de privatizar *parte do serviço público de rádio e televisão*. A justificação é a *contenção de custos*. Prevê-se assim que em 2012 a *RTP1 desapareça dos ecrãs e dê lugar a mais um canal privado*. É necessário *reduzir drasticamente os custos da televisão pública*. Está à vista de todos que a RTP gasta claramente acima das possibilidades do país. Descontadas as *especificidades do serviço público*, as televisões privadas fazem muitas vezes melhor, com menos recursos. A RTP avança com *projetos desligados da sua missão de serviço público contratado com o Estado*, mas à custa do estado, ou seja, dos contribuintes. Privatizar tudo ou privatizar só um dos canais?

A privatização de um só dos canais de TV não traz uma *poupança mínima* que não compensa um serviço público mais deteriorado ou mesmo extinguível a prazo, que inexoravelmente ocorrerá se a questão subjacente à privatização é a do financiamento, mesmo que passasse a ter publicidade, que, embora contra-natura (mesmo com as taxas de serviço público), pela fraca audiência, nada significaria. O Governo pediu à RTP a apresentação de um plano de reestruturação face a uma decisão de alienação do principal canal generalista (RTP1), sem antes repensar um escalonamento temporal acordado pelo erário nacional do pagamento do passivo acumulado, e, nessa linha, começar por analisar a maneira de reduzir despesas atuais da RTP e reconduzindo as taxas e financiamento estadual às obrigações do serviço público, impedindo tendências de gastos com lógicas concorrenciais. A privatização não deixa de implicar o saneamento imediato ou seja, o pagamento prévio e em pacote global desse passivo concentrado e já no próximo e difícil ano de forte recessão económico e diminuição de receitas fiscais?



Um serviço público de televisão realiza o objetivo constitucional, sem o canal da RTP1, mas com um único canal, a tentação tradicional de ultrapassagem da lógica contratada de serviço público é atirada para o que resta em estação nacional, a RTP2 (novelas, concursos, *talkshows* a toda a hora, futebol, *mudanças de horários* com total desrespeito pelos telespectadores, com seus programas tardios para aumentar espaços de publicidade útil, artistas portugueses a perder espaço a perder espaço de intervenção, etc.), onde hoje o verdadeiro espírito de serviço público se cumpre, com grande qualidade e sem publicidade, mas com fraca audiência (e que mesmo que levasse a admitir aí (como hoje no canal a privatizar) emitir publicidade, nunca deixaria (a menos que se pretenda pôr em causa a referida qualidade e a prazo criar argumentos para a eliminar e ao serviço público constitucionalizado), muito mais financiamento do Estado, pois as taxas são inelásticas e a publicidade reduzida, o que a tornaria pouco apetecida por não rentável por parte dos agentes económicos que se manteriam no Canal Um após a privatização.

A pressão para aumentar o share do canal ocorrerá, a manter-se algum espaço de publicidade, com que os portugueses fiquem sem um espaço único na televisão portuguesa. Mesmo sem a RTP1, os custos não irão baixar e até podem aumentar.

## BIBLIOGRAFIA

- AGUILLAR, Fernando Herren - *Controle Social dos Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999
- ALBERT, P.; Terrou, F. - *Histoire de la Presse*. Paris: PUF, 1970.
- AMARAL, D.F. - *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2001
- ARAGÃO, A.S. - *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- Ariño Ortiz, Gaspar. "La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia". In Cassagne, Carlos/Ariño Ortiz, Gaspar - *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Buenos Aires: Abeleto Perrot, 2005.
- CAETANO, Marcelo - *Direito Constitucional*. XXX
- CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 1993p.228
- CONDESSO, Fernando; MORA ALISEDA, J.- "The access to the environmental information in the hands of portuguese and spanish public administration". In *Observatorio Medioambiental*, Vol.9, Madrid: IUCA, Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- CONDESSO, Fernando (dos Reis) - "A missão do Serviço Público de Comunicação Social no quadro constitucional português". In Seminário sobre *Serviço Público de Comunicação Social e Reestruturação da RTP*. Lisboa, ISCSP-UTL, 6 de dezembro de 2011; - *Direito da Comunicação Social (Lições)*. Coimbra: Almedina, 2007; - *La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las especialidades en materia de personal*. Cáceres: Biblioteca da Faculdade de Direito da UNEX, 1999, e Beja, 2000; - *Lições de Direito Administrativo*. Polic, ISCSP, 1992; - *Direito administrativo I: Noções fundamentais de direito administrativo geral. Fundamentos políticos e constitucionais de Administração pública e do direito administrativo. Constituição e controlo das funções política, legislativa, executiva e*



*jurisdiccional. Características, crise e evolução do direito administrativo. Direito público e privado. Ramos de direito e direito administrativo. Teoria geral das fontes de direito e direito administrativo. Noções fundamentais sobre a justiça administrativa. Lições aos alunos de Ciência Política, Administração Pública do ISCSP, e FA da UTL. Polic., 2009; -Regime Administrativo e Justiça Administrativa: Autonomia do Direito Administrativo e Jurisdição Administrativa. Princípio constitucional da tutela judicial efetiva e de interdição de indefesa. Noções fundamentais sobre direito judiciário e processual administrativo. Lisboa, 2007.*

DI PIETRO; ZANELLA, Maria Sylvia -*Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

GALBRAITH, David –“Officials Secrets, Security and Open Government: A right to Curiosity”. In *Freedom of Speech: Basis and Limits*. Steiner, Wiesbaden: Mahler, 1986

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti -*Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. Apud Sundfeld, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

JEANNENEY, Jean-Nôel –*Uma história da Comunicação Social*. Lisboa: Terramar, 1996; Condesso, F. –“Análise Diacrónica e Sincrónica do Direito da Comunicação Social”. In *Direito da Comunicação Social*. Coimbra: Almedina, p.112-117.

LOUREIRO, J.M. –“Direito de marketing e de publicidade”. In *Seminário decomunicação social*, Lisboa. 1985.

MASAGÃO, Mário -*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MEDAUAR, Odete -*Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes -*Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.

PIEMME, Jean-Marie –La propaganda inavoué. Col. 10/18, Paris:Uge, 1975.

LASSWELL, Harold D. –Propagande Technique in the World War. New York, 1938; Mamou, Yves – Essai sur la fabrication de l’information. Paris: Payot, 1991.

PIERANTI, Octavio Penna -*Políticas Públicas para Radiodifusão e Imprensa*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

RIVERO, Jean -*Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1977.

ROBILLARD, Serge –*Television in Europe: Regulatory Bodies*. London: John Libbey, 1995.

SCHWOEBEL, Jean –*La presse, le pouvoir et l’argent*. Paris: Seuil, 1968

SILVA, José Afonso -*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

VEDEL, Georges -*Droit Administratif*. Paris: PUF, 1976.

WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio Penna –“Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional”. In *Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación* www.eptic.com.br, vol. XI, n. 1, enero – abril / 2009.



**LAS DISPARES FRONTERAS SEPTENTRIONALES DE LA  
AMÉRICA HISPANA A FINALES DEL SIGLO XVIII:  
EL NOROESTE Y LAS PROVINCIAS INTERNAS<sup>163</sup>**

**THE NORTHERN AND DIFFERENTS FRONTIERS OF SPANISH AMERICA  
AT THE END OF THE XVIIIth CENTURY: THE NORTHWEST AND THE  
"PROVINCIAS INTERNAS"**

**Leandro Martínez Peñas<sup>164</sup>**  
**Universidad Rey Juan Carlos**

**Resumen:** En las últimas décadas del siglo XVIII, los límites septentrionales del virreinato de Nueva España constituían los territorios más al Norte de la América Hispana. Se trataba de dos ámbitos completamente diferenciados; de una parte, las heladas aguas y las frías costas del Pacífico Noroeste; de otra, las mesetas y los desiertos de las Provincias Internas, un territorio amenazado constantemente por naciones indias hostiles, como los apaches.

**Palabras clave:** Nueva España; Pacífico Noroeste; Provincias Internas; Apaches; Nootka.

**Abstract:** The last decades of the XVIIIth Century, the Northern limits of the New Spain were the most northerly areas of Hispanic America. There were two different areas: on the one hand, the icy waters and the cold shores of the Pacific Northwest; otherwise, plateaus and deserts of the "Provincias Interiores", a territory constantly threatened by hostile india nations, as the Apaches.

---

<sup>163</sup> Artículo recibido el 1 de octubre y aceptado el 30 de noviembre de 2011.

<sup>164</sup> Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; miembro del Instituto de Historia de la Intolerancia; Secretario de la *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*; Secretario de la *Revista Aequitas. Estudios de Historia, Derecho e Instituciones*. Mail de contacto: leandro.martinez@urjc.es.



**Key Words:** Nueva España; Pacífico Northwest; Provincias Internas; Apaches; Nootka.

**Sumario:** I.- Introducción; II.- Los desiertos y mesetas de las Provincias Internas; III.- La aguas del Noroeste; III.1. La búsqueda de una leyenda y el surgimiento de un imperio; III.2.- La presencia española en el Pacífico Noroeste y la crisis de Nootka; IV.- Los límites septentrionales de la América Hispana: del hielo perpetuo al sol abrasador; V.- Bibliografía.

## I.- INTRODUCCIÓN

El 16 de octubre de 1789 se convertía en virrey de Nueva España don Juan Vicente de Güemes, segundo conde de Revilla Gigedo. Asumía, pues, el gobierno de un territorio inmenso, con una extensión de varios millones de kilómetros cuadrados y con unos recursos para su administración y protección que nunca eran suficientes para satisfacer holgadamente las necesidades que la custodia del territorio suscitaba. Esta preocupación -la de los insuficientes recursos, humanos y económicos- fue una de las preocupaciones más recurrentes entre los virreyes de Nueva España a lo largo de las últimas décadas de administración española.

A lo largo de la última década del siglo XVIII, fueron los límites septentrionales del virreinato las que requirieron una mayor atención, donde surgieron problemas nuevos o se acentuaron los ya existentes. Además, pocas veces en la historia ha existido una frontera en la que hayan coexistido, para un mismo gobernador, dos ámbitos tan dispares e incluso contradictorios, como los que concurrieron en las áreas administradas por los virreyes novohispánicos de finales del siglo XVIII: los desiertos, montañas y praderas de lo que hoy en día es el Norte de Méjico y Suroeste de los Estados Unidos, agrupados en aquel entonces bajo la denominación administrativa de "Provincias Internas", y los mares helados y barridos por el viento glacial de la costa Noroeste de América, donde los exploradores españoles navegaron hasta lo que hoy en día es Alaska, en lo que en ocasiones la administración denominó "California del Norte".

En ambos territorios, los dos bajo jurisdicción del virrey situado en México, los problemas eran múltiples para la Monarquía hispánica, e incluían la naturaleza hostil del



terreno, las duras condiciones climáticas, la inmensidad de los espacios, la insuficiencia de recursos y la presencia de potencias hostiles de muy diversa naturaleza que hicieron que el comportamiento de la Monarquía, sus diplomáticos, su Ejército y Armada fuera, si bien a veces ofensivo en lo táctico, defensivo en lo estratégico. Es decir, tanto en el Pacífico Noroeste como las Provincias Internas, España trató de mantener lo que ya tenía, y cuando emprendió acciones expansivas o agresivas, lo hizo con el fin último de garantizar la salvaguarda de las posesiones existentes, más que de aumentarlas.

## II.- LOS DESIERTOS Y MESETAS DE LAS PROVINCIAS INTERNAS

Desafortunadamente, hoy en día, la imagen de los apaches viene ligada en la mente colectiva española a los westerns de John Ford o Robert Aldrich, y resultaría fácil encontrar a personas que hayan hablado hablar de Cochise o de Gerónimo<sup>165</sup>, al tiempo que lo ignoran absolutamente todo del largo, sangriento y cruel conflicto que enfrentó a España contras las diversas naciones apaches a lo largo y ancho de sus territorios novohispánicos. La memoria de estos conflictos, por el contrario, sí pervive en la historiografía y la historia de México, cuyos historiadores han sido los que más y mejor, con el permiso del insigne profesor Luis Navarro, han estudiado los conflictos entre las tropas y la administración española y las naciones apaches.

Sin embargo, durante las últimas décadas del siglo XVIII, las guerras indias fueron una amenaza cierta y real que trajo en jaque a las tropas españolas.

En 1770, el visitador José de Gálvez, tras su inspección y recorrido por la región, propuso la creación de una nueva capitanía general, que llevaría el nombre de Provincias Internas y que reuniría en un solo mando los inmensos territorios del Norte del México hispánico. La sugerencia del visitador, si bien aceptada de inmediato, aún tardó seis años más en ser llevada a cabo, de forma que no fue hasta el año 1776 en que las Provincias Internas se crearon como capitanía general, bajo el mando de un comandante general y de un capitán general dependientes directamente del rey de

---

<sup>165</sup> Sobre los conflictos de esta nación india con los Estados Unidos, ver CONWAY, J. *Las guerras apaches*. Barcelona, 1966; y ROBERTS, D., *Las guerras apaches. Cochise, Gerónimo y los últimos indios libres*. Barcelona, 2005.



España<sup>166</sup>. Así, los poderes del primer comandante general, Teodoro de Croix, eran equiparables, en muchos aspectos a los de un virrey, aunque su rango fuera teóricamente menor. El territorio que gobernaba este comandante general era inmenso: California, Sonora, Sinaloa, Chihuahua, Nueva Vizcaya, Nuevo México, Coahuila, Texas y la colonia de Nuevo Santander.

Merece la pena incluir parte de las instrucciones dadas a Teodoro de Croix por el rey para el gobierno de las Provincias Internas, ya que explica con meridiana claridad las causas de su creación como unidad administrativa:

*"El rey a Don Teodoro de Croix, caballero de Croix del Orden Teutónico, brigadier de mis ejércitos, segundo teniente de la compañía flamenca de mis reales guardias de corps, gobernador y comandante general en jefe de las provincias de Sonora, Sinaloa, Californias y Nueva Vizcaya:*

*Por cuanto con atención a los grandes encargos, cuidados y obligaciones que tiene mi virrey de México, y a la considerable extensión de las vastas provincias que comprende aquel imperio de la Nueva España, se trató y propuso desde el año 1752 escindir la comandancia y capitanía general de las mencionadas Provincias por no ser fácil aplicar desde la metrópoli de México las providencias eficaces y oportunas que exige la suma importancia de ellas; con estos motivos y otros muy urgentes que tuve en consideración por el virrey marqués de Croix y el visitador general don José de Gálvez en el año de 1768 (...) os las he conferido por la completa satisfacción con que me hallo de vuestra capacidad, celo y amor a mi real persona".*

La creación de las Provincias Internas era solo el principio de una historia institucional repleta de cambios y ajustes. La independencia respecto de Ciudad de México duró tan solo diez años, ya que en 1786 se procedió a colocar la comandancia

---

<sup>166</sup> Los asuntos de justicia de las Provincias Internas, sin embargo, quedaban sometidos a los dictámenes de la Real Audiencia de Guadalajara, bajo cuya jurisdicción judicial quedó la capitanía general.



general de las Provincias Internas bajo la autoridad del virrey de Nueva España, a fin de mejorar su funcionamiento administrativo y simplificar el proceso de toma de decisiones, que, estando vinculadas directamente al rey, sufría inevitables demoras en materias que, en ocasiones, no debieran de admitirlas. Los cambios no solo fueron respecto a la vinculación al virrey, sino que también se realizó una división del territorio de las Provincias Internas, algo completamente lógico ante la extensión de los territorios que las formaban. Así, las provincias dejaron de ser una única comandancia general para quedar divididas en tres unidades administrativas: la comandancia de Poniente, que administraba Sonora, Sinaloa y Alta y Baja California, y la comandancia de Oriente, donde se incluían los territorios de Texas, Coahuila, Nuevo León y Nuevo Santander. Además, una tercera comandancia, llamada comandancia del Centro, que agrupaba Nueva Vizcaya y Nuevo México, quedaba bajo la autoridad de la comandancia de Poniente.

Pronto se vio la redundancia de esta última parte de la estructura, de forma que pocos meses después de haber sido implementada, se reformó nuevamente, estableciéndose una división más racional de dos comandancias divididas por el río Guanaval. En Poniente se incluyeron las Californias, Sonora, Nuevo México y Nueva Vizcaya, y en Oriente Coahuila, Texas, la provincia de Nuevo León y la colonia de Nuevo Santander. Las localidades de Saltillo y Parras formaban dos distritos especiales incluidos en la administración de Nueva Vizcaya.

También fue efímera la duración de esta administración y, en 1790, volvieron a unificarse las Provincias Internas en una única comandancia general. Durante el virreinato del segundo conde de Revilla Gigedo, las reformas fueron casi constantes. En 1791 se separaron de nuevo en dos comandancias diferenciadas, y en 1793 fueron segregadas de estas comandancias California, Nuevo Santander y Nuevo León. Cada uno de estos territorios fue puesto bajo la administración de un gobernador que dependía de forma directa del virrey de Nueva España. La inestabilidad institucional en la administración de la frontera septentrional mexicana en los años del virreinato de Revilla Gigedo estuvo directamente relacionada con las necesidades defensivas de los territorios, sometidos a una presión constante por el intermitente, difuso e interminable conflicto con las parcialidades o naciones apaches. Constantemente buscó España la



mejor manera de organizar administrativamente estos territorios para poder hacer frente con solvencia a la amenaza que suponían las tribus indias hostiles o, en el mejor de los casos, de lealtad cambiante o dudosa<sup>167</sup>.

Los apaches, relativamente sedentarios, originariamente se encontraban asentados al Norte de los límites de Nueva España, motivo este por el cual no comenzaron a ser un problema para la Monarquía hasta el siglo XVIII, cuando se vieron empujados hacia el Sur por la llegada de otras tribus, en especial los comanches<sup>168</sup> y los yutas, con una cultura nómada directamente relacionada con la guerra. Desbordados por la presión de estos pueblos, cuyo avance solo resistió una rama de la apachería, los kiowa<sup>169</sup>, que lograron mantenerse en sus territorios de lo que hoy en día es el estado estadounidense de Kansas, varias naciones apaches fueron aplastadas por los comanches en un único combate, la batalla del río de Hierro, identificado por los historiadores como el río Wichita; fue tal la mortandad causada en aquel encuentro por los comanches entre los guerreros apaches que tres clanes de estos - los pelones, los natagés y los jumanes- hubieron de unirse para poder reunir el número de guerreros mínimo imprescindible para poder sobrevivir de aquel día en adelante. Esta fusión de parcialidades dio origen a los lipanes, una de las ramas de los apaches que mayores problemas causó a los españoles. Literalmente empujados por comanches y yutas, los apaches hubieron de desplazarse cada vez más al Sur, hasta acabar entrando en la zona de influencia del virreinato de Nueva España, lo cual daría lugar a décadas de conflicto entre las diferentes parcialidades apaches y las autoridades españolas.

Llegados a Nuevo Méjico, los apaches se desplazaron aún más hacia el interior de las Provincias Internas cuando los comanches, la nación más poderosa de las llanuras, ayudada por sus aliados pawnees y vidais, practicaron una política de bloqueo

---

<sup>167</sup> En los párrafos siguientes, fundamentalmente, se sintetiza en contenido de MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "El convenio de la villa de San Fernando: una paz entre España y los apaches", en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., (coord.), *Reflexiones sobre poder, guerra y religión en la Historia de España*. Madrid, 2011.

<sup>168</sup> Sobre esta nación, ver el estudio, recientemente publicado en España, HÄMÄLÄINEN, P., *El Imperio Comanche*. Madrid, 2011.

<sup>169</sup> FLAGGER, E. K., "La política española para pacificar a los indios apaches a finales del siglo XVIII", en *Revista española de antropología americana*, n.º 30, 2000, p. 223.



comercial contra los apaches, cerrándoles las rutas comerciales hacia Lousiana<sup>170</sup>. Esto constituía una auténtica catástrofe para los apaches, dado que era la ruta a través de la cual, de manos de los comerciantes franceses, obtenían las armas de fuego, la pólvora y la munición que les eran indispensables para cazar y hacer la guerra<sup>171</sup>.

Tras el tratado de Álamo Plaza, firmado el 18 de agosto de 1749 por apaches lipanes y españoles, aquellos se asentaron en las tierras cercanas al presidio de la Bahía, para comerciar y realizar intercambios. Como consecuencia de ese acuerdo, en 1757, se construyeron en territorio lipán una misión y un presidio<sup>172</sup>. Sin embargo, en una larga campaña de incursiones coordinadas que tuvo lugar al año siguiente, 1758, guerreros de las tribus norteñas de los tonkawa, los vidai, los orcoquiza y los hasinai causó la muerte de decenas de guerreros apaches. Los norteños también asesinaron a una decena de españoles, tras atacar la misión de San Sabá, en territorio de los apaches lipanes. La respuesta española no se hizo esperar: en 1759, tropas españolas y guerreros apaches lipanes lanzaron un ataque contra las tribus responsables de la campaña del año 1758. Sin embargo, la acción fue un total fracaso, cuando los norteños, esta vez ayudados por los poderosos comanches, se valieron de su superioridad numérica y del desconocimiento de sus enemigos con el que actuaron las tropas españolas, para terminar dando muerte a noventa y nueve de los quinientos soldados españoles habían formado la fuerza de castigo.

En 1762, pese a la promesa hecha por las autoridades españolas de proteger con soldados a los apaches que partieran al Norte a la caza del bisonte, una actividad fuertemente estacional y territorial, cuarenta cazadores apaches fueron masacrados en el río Colorado. Los constantes fracasos españoles en proteger a los apaches lipanes

---

<sup>170</sup> La visión superficial y errónea sobre la relativa simplicidad de las estructuras y las políticas de las naciones indias está siendo revisada en la actualidad. Las naciones más poderosas, como era el caso de los comanches, eran capaces de imponer políticas y estrategias comerciales que, en su entorno, eran perfectamente equivalentes a las que pudiera desarrollar una nación occidental. El bloqueo de las rutas comerciales hacia el Este que sufrieron los apaches es una muestra no solo del alcance de la esfera de influencia comanche, sino de su capacidad como nación (no en el sentido estatal, pero sí en el de conjunto de pueblos y clanes con una identidad común) de implementar políticas complejas, coordinadas e integradas en planes estratégicos a medio y largo plazo.

<sup>171</sup> NAVARRO GARCÍA, L., *Don José de Gálvez y la comandancia general de las provincias internas del Norte de Nueva España*. Sevilla, 1968, p. 103 y siguientes.

<sup>172</sup> STOGNER, *Relations between comanches and lipans from White contact to early nineteenth century*, pp. 31-32.



convencieron a estos de que la alianza era inútil y, gradualmente, fueron dejando las misiones y alejándose de la órbita de influencia española, reanudando sus correrías y pillajes. En 1766, toda alianza entre apaches y españoles era letra muerta.

El gobernador español de Nuevo Méjico, Juan Baustista de Anza dirigió en el verano de 1779 una exitosa campaña contra los comanches, en el transcurso de la cual se dio muerte a uno de los caudillos de guerra más importantes de esta nación, Cuerno Verde. Esta muerte, unida a una epidemia de viruela que devastó en los años subsiguientes a los indios, llevó a los comanches a negociar una paz. Las relaciones entre las naciones indias y la Monarquía cambiaron tras concluirse esta paz, en 1785, escenificada en el llamado "abrazo de Anza" con los caudillos comanches. Como consecuencia de esta nueva alianza, en 1786 -coincidiendo, de un modo nada casual- se dio un giro belicista a la política española con los apaches, ordenándose acciones militares constantes contra las bandas de guerreros apaches, de forma que estos se vieran obligados a aceptar su sedentarización en las tierras de las misiones<sup>173</sup>.

Los años siguientes fueron una sucesión ininterrumpidas de emboscadas, asaltos, robos, escaramuzas, venganzas, expediciones de castigo y todo tipo de violencias, perpetradas a pequeña escala tanto por apaches como por tropas españolas e indios auxiliares, que no consiguieron, sin embargo, estabilizar las Provincias ni garantizar un mínimo de paz y tranquilidad que permitiera su progreso, convirtiendo en endémica una situación que hoy, quizá, hubiera sido calificada con el eufemístico término de "guerra de baja intensidad".

La tarea a la que se enfrentaba la Monarquía hispánica en las Provincias Internas en los últimos años del siglo XVIII era un verdadero desafío<sup>174</sup>. El escaso número de hombres sobre un escenario inmenso era un imperativo dictado por lo limitado de los recursos disponibles. La correspondencia de Ramón de Castro, comandante general de las Provincias Internas de Oriente durante el virreinato de Revilla Gigedo, muestra como el oficial reclamaba incesantemente que se reforzaran sus unidades, sin que sus

---

<sup>173</sup> FLAGER, E. K., *Defensores de la Madre Tierra. Relaciones interétnicas: los españoles y los indios de Nuevo Méjico*. Palma de Mallorca, 1997, p. 186.

<sup>174</sup> En los párrafos subsiguientes, se sintetiza, en líneas generales, lo expuesto en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "La guerra contra los apaches bajo el mando de Ramón de Castro y Pedro de Nava en las Provincias Internas", pendiente de publicación.



peticiones pudieran satisfacerse, debido al coste económico que hubiera supuesto o a que para ello habría debido desguarnecerse otros lugares igualmente amenazados.

Estas limitaciones dieron lugar a las dos figuras fundamentales del sistema militar español en las Provincias Internas: el presidio y la compañía volante. Los presidios eran destacamentos militares, generalmente amurallados, que acabaron siendo, en muchos casos, el origen de las principales poblaciones de la zona<sup>175</sup>. Dado que las tropas presidiales tenían enormes extensiones de terreno para controlar, surgió la figura de las compañías volantes, destacamentos altamente móviles diseñados para desplazarse allá donde fueran más necesarios<sup>176</sup>.

Uno de los aspectos que no deben pasarse por alto al analizar el conflicto sostenido por la Monarquía con los apaches es el hecho de que se trató de una guerra fundamentalmente defensiva, desde el punto de vista de las autoridades españolas. Una y otra vez, las medidas que se tomaron y las acciones emprendidas tenían como objeto lograr la seguridad de los territorios que se poseía, no ampliar los dominios existentes. España se veía obligada, en la cuestión apache, a actuar con prudencia para evitar la pérdida completa de aquellas provincias, algo que estuvo a punto de suceder durante la rebelión de los indios pueblo, en el año 1680.

El poder militar de los apaches - los lipanes, por sí solos, disponían según cálculos de las autoridades, de más de dos mil guerreros- era una amenaza para las fuerzas españolas, sobre todo en el tipo de guerra irregular que planteaban. Tan solo factores como la ausencia de caudillos que unificaran a las diferentes ramas bajo un mando único, la hostilidad de otras tribus indias hacia los apaches, la división de la propia apachería y la consideración de los vínculos familiares por encima de la noción de grupo o "nación", impidieron que los apaches pusieran aún en más problemas a las tropas de la Monarquía<sup>177</sup>. Hay que tener en cuenta, además, que la abrumadora

---

<sup>175</sup> “La extensión de la frontera, las características de la población indígena y la escasez de población española hicieron del presidio una institución no solo necesaria, sino inevitable” (JIMÉNEZ NÚÑEZ, A., *El gran Norte de México. Una frontera imperial en la Nueva España (1540-1820)*. Madrid, 2006, p. 279).

<sup>176</sup> NAVARRO GARCÍA, *Don José de Gálvez y la comandancia general de las provincias internas del Norte de Nueva España*, p. 60.

<sup>177</sup> España disponía en las Provincias Internas, en 1786, de 3.200 soldados, de los cuales rara vez estaban 3.000 en condiciones de prestar servicio. Los lipanes, si reunían algún aliado, podían llegar a alcanzar esa cifra, mientras que los comanches, por sí solos, eran perfectamente capaces de poner en pie de



superioridad occidental en potencia de fuego que permitiría la creación de los imperios coloniales del siglo XIX, no existía, o era muy inferior, en el escenario de las Provincias Internas de finales del siglo XVIII, donde el arco podía competir, muchas veces con ventaja, con los mosquetes y carabinas de las fuerzas españolas<sup>178</sup>.

## II.- LAS AGUAS DEL NOROESTE

### 1.- La búsqueda de una leyenda y el surgimiento de un imperio

Pocos lugares y pocos viajes habían de exaltar más la imaginación de marinos y viajeros y había de dar lugar a la escritura de páginas más heroicas y trágicas que la legendaria comunicación entre los océanos Atlántico y Pacífico, el mítico Paso del Noroeste, denominado también Estrecho de Anián.

Desde que los conquistadores españoles avistaron por vez primera aquel océano, que tan erróneamente bautizaron con el nombre de "Pacífico", cartógrafos, monarcas, astrónomos, espías, viajeros, filósofos, armadores, teólogos, comerciantes y, por supuesto, marinos, se mostraron fascinados por la posibilidad de que sus aguas y las del océano Atlántico, el siempre respetado y otrora supersticiosamente temido mar de las Brumas al que se referían con pavor los navegantes escandinavos -lo cual no les impidió desafiar sus peligros-, comunicaran entre sí a través de un canal navegable.

Las oportunidades que brindaría tal comunicación eran inmensas para la potencia que lo controlase, al simplificar en peligros y acortar en tiempo las dos únicas rutas conocidas para viajar del Atlántico al Pacífico: o bien navegando hacia el Oeste, superando el extremo inferior de América al doblar el temido cabo de Hornos -no por nada los marinos lo nombraron cabo de las Tormentas y no por nada generaciones de marineros transmitieron la leyenda de que bajo sus aguas se encuentra el lugar donde

---

guerra el doble de guerreros que de soldados españoles disponía la Monarquía en las Provincias Internas.

<sup>178</sup> “Como si no fuese lo mismo morir de una bala que de una flecha, pues hace el mismo efecto que una escopeta de cinco cuartas, como se ha visto muchas veces tirando al blanco desde igual distancia los soldados y los indios amigos, que penetran igualmente una pared o árbol estos con sus flechas que aquellos con sus fusiles, a lo que se añade que mientras el soldado carga un arma, dispara veinticinco flechas el indio, y así casi siempre logramos buen éxito en nuestras armas por los indios amigos que acompañan a los soldados” (Citado en NAVARRO GARCÍA, *Don José de Gálvez y la comandancia general de las provincias internas del Norte de Nueva España*, p. 66).



Dios encadenó al Diablo para mantenerlo preso por toda la eternidad-; o bien navegando hacia el Sur, doblando el cabo de las Agujas, la punta meridional de África. El Pasaje del Noroeste, si existía, sería una ruta mucho más rápida y directa que las dos ya conocidas, y pondría al alcance de los reinos de Europa las inabarcables riquezas de Asia y la Especiería.

Desde el siglo XVI, marinos españoles e ingleses -fundamentalmente, pero no únicamente-, trataron de encontrar este paso legendario. El interés de Gran Bretaña en hallarlo era especialmente intenso, ya que le permitiría burlar el dominio que de las rutas de conexión con Asia ejercían las potencias peninsulares, España y Portugal. Expediciones capitaneadas por los mejores marinos que de las Islas -Cabot, Fromishent, William Barents- fracasaron de forma sucesiva. Algunos de ellos dejaron la vida en el intento; así ocurrió con Henry Hudson, en 1610<sup>179</sup>. Finalmente, sería el noruego Roald Amundsen el primero en completar la primera travesía documentada, ya en 1906, tras un viaje de tres años.

La situación en el Pacífico Noroeste comenzó a cambiar a raíz de los viajes del marino danés Vitus Bering, al servicio de los zares rusos. Bering y los capitanes que le acompañaron, en varias expediciones sucesivas, exploraron amplias regiones del Pacífico septentrional y tocaron por vez primera tierra en el continente americano. La trágica muerte de Bering en 1742 -fallecido por las privaciones sufridas en una isla deshabitada tras haber naufragado su buque-, no detuvo la expansión rusa en la región. Varias factorías dedicadas fundamentalmente al comercio de pieles se establecieron en la costa septentrional de Norteamérica y, a través de la península de Kamchatka, donde se había creado una compañía comercial a tal efecto, se enviaban a Moscú, San Petersburgo y a los mercados de Oriente los valiosos productos peleteros<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> Los fracasos británicos alcanzarían su trágicamente culminante colofón con la expedición de John Franklin, atrapada en los hielos por el invierno polar tras partir de Gran Bretaña en 1846, y de la que no hubo supervivientes

<sup>180</sup> Más información sobre la expansión rusa en el Pacífico Noroeste en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "La presencia rusa en el Pacífico Noroeste", en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., (coord.), *El Ejército y la Armada en el Pacífico Noroeste: Nootka y otras cuestiones*. Madrid, 2011.



## 2.- La presencia española en el Pacífico Noroeste y la crisis de Nootka<sup>181</sup>

La amenaza rusa fue el detonante del comienzo de las exploraciones españolas hacia el Noroeste, con una intención fundamentalmente defensiva: proteger las posesiones que ya se tenían -California-, de la amenaza potencial que podría suponer una avance hacia el Sur por parte de los rusos a través de las costas del Noroeste de América. El virrey José de Gálvez fue el primero en percatarse de este peligro y en la necesidad, para conjurarlo, de que España mantuviera su esfera de influencia lo más al Norte posible, para lo cual era imprescindible el comienzo de una serie de expediciones de exploración bien preparadas. Fundó San Blas, la base de operaciones de las actividades españolas orientadas al Pacífico Noroeste.

Sin embargo, los marinos españoles ya habían surcado esas aguas. Así lo hizo Juan Pérez en 1774, llegando al extremo Norte de la isla de la Reina Carlota y descubriendo, durante el viaje, la Bahía de Nootka. En 1775, una expedición al mando del teniente Bruno de Heceta partió con una doble misión: efectuar desembarcos, de forma que los territorios pudieran ser reclamados por España de acuerdo con la legislación internacional sobre la materia, e identificar y cartografiar la localización de los asentamientos comerciales rusos en la zona. Como se ve, los propósitos, aparentemente expansionistas, iban encaminados a defender las posesiones de lo que se percibía como una amenaza exterior, en este caso, la presencia creciente de los rusos en Norteamérica. En su expedición, Heceta descubrió la desembocadura del río Columbia. Uno de los oficiales de Heceta, Bodega y Quadra, siguió navegando hacia el Norte en la goleta Sonora, hasta llegar a la altura de la actual localidad de Sitka, en el estado de Alaska.

En febrero de 1789 zarparon de San Blas los barcos "San Carlos" y "Princesa" con la misión de fundar en la bahía de Nootka un asentamiento permanente que garantizase los derechos de España en la región. Para ello, además de los materiales necesarios, transportaban a bordo a 31 soldados de infantería, que debían brindar protección militar a las operaciones en tierra. Al llegar a Nootka, el 5 de mayo,

---

<sup>181</sup> Una versión más extensa de estos acontecimientos en HERREROS CEPEDA, A., *Breve introducción a la presencia española en el Noroeste de América*, en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *El Ejército y la Armada en el Noroeste de América: Nootka y su tiempo*. Madrid, 2011.



encontraron anclados en el lugar tres buques mercantes, dos de ellos estadounidenses y el tercero, llamado "Efigenia Nubiana", de bandera portuguesa, pero de capitán y tripulación británicos. Martínez dio órdenes de que se construyeran en Nootka emplazamientos artilleros y edificios, pero el 2 de julio arribaba a Nootka un nuevo barco, el "Argonaut", de pabellón británico. El capitán del mismo, Colnett manifestó a Martínez que se disponía a cumplir órdenes reales para establecer una base británica en Nootka y se negó a someterse a la autoridad española. Acalorado, Colnett llegó a poner la mano sobre el puño de su espada, por lo que Martínez hizo que se le arrestara y se tomara el control de los navíos ingleses. Por si fuera poco, el 12 de julio hizo su aparición una nueva nave inglesa, el "Princess Royal", procedente de China. Martínez fue más allá de las órdenes que había recibido y, seguramente, con el propósito de zanjar la situación de forma definitiva, capturó también esta nave que, junto con el "Argonaut", fue conducida a San Blas.

Lo ocurrido convenció a España de que su presencia en Nootka debía de ser permanente, por lo que el 3 de abril de 1790 zarparon tres buques al mando de Francisco de Eliza con ochenta soldados de los Voluntarios de Cataluña a bordo. En Nootka crearon un fuerte, con instalaciones defensivas, emplazamientos para una batería de artillería, barracones para los soldados y una pequeña villa para los oficiales, quedando la posición bajo el mando del teniente coronel Pedro de Albornoz. El presidio que construyeron fue el más septentrional de todo el Imperio español, y también fue la primera construcción que los europeos levantaron en la costa oeste canadiense.

La opinión pública británica se indignó con la captura de los barcos por las autoridades españolas. Tras debatirse la cuestión en la Cámara de los Comunes, el Almirantazgo decidió preparar a la Royal Navy para un conflicto bélico, a lo que el rey de España, Carlos IV, respondió dando la misma orden a su flota. La movilización de la flota francesa, aliada de España, disuadió a los británicos de iniciar una guerra. Por ello, el 28 de agosto de 1790 España y Gran Bretaña firmaron la Primera Convención de Nootka.

Este acuerdo establecía que para evitar incidentes los navíos ingleses no pescarían ni navegarían a menos de diez leguas de las costas ocupadas por los españoles, pero el artículo 5º concedía a Gran Bretaña el derecho a comerciar al Norte



de Nootka en las tierras en las que no hubieran asentamientos europeos previos. De esta forma, en la práctica, se abría a Gran Bretaña el territorio del Pacífico Noroeste. La sexta cláusula hacía referencia a América del Sur, y establecía que los súbditos de ambos países no establecerían colonias permanentes más allá de las existentes en ese momento, fuera de cabañas temporales que sirvieran a la pesca o la caza. El séptimo artículo fijaba que en caso de existir violaciones de la Convención, no debían tomarse medidas de hechos, sino elevar un informe a la Corte del otro país para aclarar el incidente. Este articulado, que solo se refería específicamente al Sur de América en su artículo 6º, suponía que Gran Bretaña reconocía la soberanía española sobre las Malvinas, que tras una disputa previa, los británicos habían abandonado en 1774 y que en el año en que se firmó la Primera Convención de Nootka, 1790, estaban exclusivamente ocupadas por españoles.

En febrero de 1793 se firmó la Segunda Convención de Nootka, por la cual se compensaba a John Meares -armador de los barcos capturados en Nootka por el capitán Martínez - por el apresamiento de sus barcos, y el 11 de enero de 1794, ante las cuestiones que aún no se habían resuelto, derivadas del tratado de 1790, se firmó la Tercera Convención de Nootka, por la cual el barón Saint Helens y Godoy se comprometían, en nombre de sus respectivos gobiernos, que permitir el comercio de ambas potencias en la región de Nootka, a que los españoles abandonarían el presidio San Miguel y a que ninguna nación construiría en adelante establecimientos permanentes en dicho lugar. El 23 de marzo de 1795, la artillería española y la guarnición embarcaron en el buque "Activa" y partieron al Sur, poniendo fin a la presencia española en la región.

El virrey de Nueva España dio órdenes de que cada seis meses se efectuara un viaje desde Méjico a Nootka, con objeto de mantener la presencia española en la zona y dejar claro tanto a rusos como británicos que las convenciones de Nootka no suponían una renuncia de España a sus intereses en la región. La realidad de los recursos disponibles y de las circunstancias se impuso, y tan solo se solo se llegó a efectuar uno de aquellos viajes, más simbólicos y testimoniales que prácticos, en 1796<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> Sobre los efectos de los tratados relativos a Nootka, puede consultarse MARTÍNEZ PEÑAS, L., y GRANDA, S., "La aplicación de las convenciones de Nootka. Una aportación documental", en



### III.- LOS LÍMITES SEPTENTRIONALES DE LA AMÉRICA HISPANA: DEL HIELO PERPETUO AL SOL ABRASADOR

El Pacífico Noroeste y las Provincias Internas fueron, por tanto, las dos fronteras septentrionales del virreinato de Nueva España a finales del siglo XVIII. Cuesta trabajo imaginar dos escenarios más dispares y que presentasen desafíos más complejos a una administración del siglo de las luces, una administración que, además, no se encontraba en el punto álgido de su poder y que había de hacer frente, en Europa, a los conflictos emanados de la Revolución Francesa. Pero, aunque las diferencias son obvias, también existían semejanzas entre ambos contextos fronterizos.

En primer lugar, tanto en las Provincias Internas como en el Pacífico Noroeste, España hubo de hacer frente a entornos hostiles en lo climático y en lo geográfico. Se trataba de lugares en los que era extremadamente difícil el asentamiento humano permanente, incluso en el caso de no existir otros factores políticos, sociales o económicos que lo hicieran aún más complejo. Montañas áridas y desiertos estériles conformaban la mayor parte del territorio de las Provincias Internas, mientras que en la costa pacífica más allá de la Bahía de San Francisco -el presidio más septentrional de la Monarquía hasta la creación de establecimientos permanentes en la bahía de Nootka-, los bosques inexplorados y el terreno agreste dificultaban el asentamiento y la penetración tierra adentro.

En ambos contextos, además, el clima era terriblemente hostil. Especial mención merece el desafío que los marinos españoles hubieron de hacer frente a los hielos y tormentas de los mares septentrionales, que tan gran tributo se cobraron en vidas humanas entre los exploradores de otras nacionalidades -recordemos, una vez más, a Bering, Hudson, Franklin, o incluso Cook, muerto en las cálidas islas Hawai por los nativos, en el marco de una expedición que le había llevado previamente a las regiones septentrionales del océano Pacífico. Comparativamente, los exploradores marinos españoles resultaron bien librados, ya que ninguna expedición sufrió pérdidas

---

MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., (coord.), *El Ejército y la Armada en el Pacífico Noroeste: Nootka y su tiempo*. Madrid, 2011.



catastróficas, si bien las enfermedades, los elementos y, en ocasiones, los nativos, causaron en la mayor parte de los viajes un reguero de pérdida de vidas humanas.

En conexión con los factores geográficos, otro de los elementos comunes entre las dos fronteras septentrionales sometidas a los designios del virrey de Nueva España era la vastedad de los espacios que comprendían.

En el Noroeste, España reclamaba los miles de kilómetros de costa que hoy en día forman el litoral noroccidental de los Estados Unidos al Norte de San Francisco, toda la costa pacífica de Canadá y las zonas costeras de lo que hoy en día es el territorio estadounidense de Alaska, junto con las islas y archipiélagos cercanos a sus costas. El objetivo primordial de la mayor parte de las expediciones, amén de la consabida consigna de tratar de encontrar el paso del Noroeste explorando desembocaduras y parajes como el estrecho de Juan de Fuca, era mantener la presencia española en la zona y reunir el máximo posible de argumentos a la hora de poder reclamar efectivamente la posesión de aquella inmensa franja de terreno. Por ello, con frecuencia se daba a los capitanes de los navíos instrucciones muy concretas sobre cómo habían de bajar a tierra regularmente y realizar una vez allí ceremonias que dejaran legalmente establecidas las reclamaciones de la Monarquía española sobre aquellos parajes. Un buen ejemplo de ello son las instrucciones que recibió el capitán Francisco de Eliza y que aplicó durante su viaje al Norte en el verano de 1790:

*"Hoy Jueves, que se cuentan ocho días del mes de Julio de mil setecientos noventa años habiendo llegado esta balandra nombrada la "Princesa Real", del Muy Poderoso, muy esclarecido y católico Don Carlos 4º [...], que por mandado del Excelentísimo Señor Don Juan Vicente de Güemez Pacheco de Padilla, Oxcaritas y Aguayo, conde de Revilla Gigedo, [...] habiendo desembarcado en tierra el otro comandante y con la mayor parte de la gente de Mar y Tierra del Buque sacaron en tierra una cruz, la cual adoraron de rodillas con toda la Gente devotamente en alta voz dijeron que en el Nombre del Rey don Carlos 4º Nuestro Señor, a quién Dios Nuestro Señor guarde muchos años con acrecentamientos de mayores estados y reinos para servir a Dios bien, y prosperidad de sus Vasallos y de*



*los, muy poderosos Señores Herederos y Sucesores suyos que por tiempos fueron, como Comandante de esta balandra y en virtud del poder que en su Real Nombre le dio el expresado Excelentísimo Señor Virrey de Nueva España tomaba y tomó, aprehendía y aprehendió, la posesión de esta Tierra, donde al presente está desembarcado la cual ha descubierto para siempre jamás en el dicho Real Nombre, y de la dicha Real Corona de Castilla y de León como dicho es, como cosa suya propia, que es y que realmente le pertenece<sup>183</sup>.*

La enorme extensión del territorio -casi infinito, como señala acertadamente Ignacio Ruiz en el título de su reciente obra sobre la cuestión-, que hacía imposible la ocupación efectiva del mismo por España o por cualquier otra potencia de finales del siglo XVIII, causó que estas fórmulas jurídicas cobraran especial relevancia.

En las Provincias Internas el problema que implicaba su enorme extensión - varios millones de kilómetros cuadrados- no era tanto el mantener la soberanía jurídica sobre el territorio, que no era discutida por las demás potencias, sino poder efectuar un control efectivo del territorio que garantizase a sus habitantes unas condiciones adecuadas de paz y seguridad para que las provincias prosperasen. En muchos sentidos, los desiertos, planicies y montañas de Sonora, Nuevo Méjico, Texas o Coahuila, planteaban desafíos similares a los de las inmensidades oceánicas, donde las patrullas y las compañías volantes semejaban pequeñas expediciones navales moviéndose entre los puertos y bahías que, en las Provincias Internas, eran los asentamientos y los presidios, y cuyos espacios intermedios, en ocasiones, quedaban tan fuera de control -en la práctica, que no en el derecho- para las autoridades españolas de Guadalajara, de México o de la Corte de Madrid, como la superficie marítima del Pacífico Noroeste.

Otro problema relacionado con el espacio eran las distancias entre los territorios en que se centra este trabajo y los demás dominios de la Monarquía. Como todas las tierras del continente americano, las posesiones del Noroeste y las Provincias Internas

---

<sup>183</sup> AGI, Estado, leg. 43, nº 14; la transcripción del texto me ha sido facilitada por la profesora Gabriela Cobo del Rosal.; el documento también es conocido y ha sido trabajado por RUÍZ RODRÍGUEZ, I., *Políticas y disputas por el control de la Alta California. Españoles, ingleses y rusos en litigio por el control de un territorio casi infinito*. Madrid, 2011.



estaban muy alejadas de la Corte tanto en kilómetros como en tiempo, lo cual era mucho más importante a la hora de administrarlas; no hay que olvidar que lo que Geoffrey Parker puso brillantemente de manifiesto al afirmar que el gran enemigo de los imperios de la Edad Moderna era el tiempo: la desincronización que se producía entre hechos y respuestas por el tiempo que tardaban las noticias y las órdenes en viajar desde el lugar donde se producían los acontecimientos hasta los centros de decisión, un viaje que debía ser, además, de ida y vuelta-. Esto era particularmente grave, en el caso español, en los territorios de la costa Pacífica americana.

Incluso era dificultoso desplazar recursos situados en el propio continente americano para reforzar o auxiliar a las fronteras septentrionales de Nueva España. Un ejemplo lo tenemos en el traslado de la fragata "Santa Gertrudis", que había de participar en una expedición al Noroeste bajo el mando de Bodega y Quadra. Para ello, la fragata, que se encontraba en el puerto peruano de El Callao, hubo de realizar una singladura de cincuenta y seis días, hasta llegar a Acapulco, en el Pacífico mexicano<sup>184</sup>, puerto que solo era el lugar de partida de su verdadero viaje en busca del Pasaje del Noroeste.

La extensión de ambas fronteras fue uno de los factores que influyó en el que quizá fue el principal problema a afrontar por la Monarquía en aquellas regiones durante las últimas décadas del siglo XVIII: la palmaria escasez de recursos para atender las necesidades que planteaban las condiciones de ambos entornos. Una escasez que fue tanto absoluta como relativa.

Absoluta, porque los números absolutos hablan por sí solos: solo unas pocas decenas de marinos participaban en cada viaje al Norte; solo unas pocas decenas de infantes custodiaban las posiciones españolas en Nootka; solo unas pocas decenas de infantes participaban, por lo general, en cada expedición contra los apaches o de control del territorio en las Provincias Internas. Como ejemplo, puede verse la composición de la partida que lideró el capitán Dionisio Vallés en enero de 1793, una tropa relativamente nutrida para los criterios de la región y la época:

---

<sup>184</sup> AGI, Estado, leg. 20, doc. 91, fol. 9.



*"Esta partida se compone del capitán teniente don Dionisio Vallés, alférez don José Ronquillo; cuatro sargentos: Nicolás Farin, Ignacio Sotelo, Tomás Gabaldón y el herido, y cincuenta hombres"<sup>185</sup>.*

Solo unos pocos cientos de soldados -algo más de mil hombres, en los momentos en que hubo mayor disponibilidad de tropas- formaban las dotaciones defensivas de aquellos territorios que iban del Pacífico a la costa del Golfo de México. Escasez relativa, que pone aún más de manifiesto lo exiguo de los números absolutos, si se pone en relación la increíble vastedad del espacio que habían de mantener, reclamar, defender o controlar esas pocas decenas o cientos de hombres. Clamoroso es el caso de Nootka, único establecimiento permanente español al Norte de San Francisco, en el cual entre veinte y cuarenta infantes -dependiendo del momento- eran la única garantía de los derechos de España en los miles de kilómetros de costa pacífica que iba desde San Francisco hasta Unalaska, la punta oriental de la península de Alaska.

La precariedad de los medios humanos estaba directamente relacionada con lo escaso de los recursos económicos que podían desviarse a aquellos territorios, y con el elevado coste que tenían algunas de las medidas y acciones necesarias. Tal era el caso de las expediciones navales que conformaban la espina dorsal de las reclamaciones españolas en el Noroeste del Pacífico, ya que de todos los gastos materiales en que podía incurrir una potencia del siglo XVIII, la construcción de barcos era uno de los más onerosos. Esto quedaba de manifiesto, por ejemplo, en las estrategias de combate naval, que ponían de manifiesto la reticencia de las potencias a arriesgar lo que para ellas eran caras inversiones en combates generales y grandes batallas navales, de resultado incierto y que, se inclinara del lado que se inclinara la victoria, llevaban aparejada la pérdida de millones de ducados, libras o reales.

Si se repasa la copiosa documentación de los archivos españoles sobre las expediciones al Noroeste, se comprobará que rara vez fueron más de dos los barcos empleados en un mismo viaje, y que la inmensa mayoría de las exploraciones fueron llevadas a cabo por un pequeño número de bajeles, que una y otra vez zarpaban de San

---

<sup>185</sup> AGS, Secretaría General de Guerra, leg. 7.022, doc. 2, fol. 14.



Blas con rumbo Norte: la goleta "Sonora", la "Princesa Real", el paquebote "San Carlos", la "Santa Gertrudis", etc.

En las Provincias Internas, el virrey Revilla Gigedo debía de hacer auténticos juegos malabares financieros para reunir los recursos económicos que la presión de los indios hostiles, en especial los apaches, hacían necesarios para tratar de mantener el orden y la seguridad en el territorio. Así informaba:

*"Que es lo que concibe ser más conveniente al mejor servicio, fomento y tranquilidad de las provincias interiores, reducción de los indios y economía de los gastos del real erario. Que lo que se hacía para sostener las provincias internas siendo virrey el marqués de Casafuerte (entre 1722 y 1734) importaba 283.933 pesos, pero hoy ascienden a más de un millón con los respectivos pagos de tropas y planas mayores, sin incluir los de las Californias, cuya península no debe estar sujeta a la comandancia general, sea o no independiente, por las causas y razones que expuso en su proyecto sobre provincias interiores. Que en el trato de los medios que comprende posibles para economizar aquel millón de pesos y si hasta ahora no se han conseguido verificar su ahorro ha conseguido precaver su aumento, resistiéndose al de más de medio millón de pesos que costarían el de la tropa y auxilios pretendidos por el comandante general de las provincias de Oriente para la difícil, sangrienta y aventurada empresa de sujetar o exterminar a los apaches lipanes"<sup>186</sup>.*

La carta de Revilla Gigedo a la Corte de Madrid pone de manifiesto la realidad amenazadora de que la ausencia de recursos alimentaba nuevas amenazas, de forma que cuanto más débil era la Monarquía y más amenazada se encontraba por sus enemigos, ya fuera la Royal Navy británica o los guerreros apaches, mayores eran los gastos que se hacían necesarios para mantener el control y la defensa de la América hispana, y menor

---

<sup>186</sup> AGS, Secretaría General de Guerra, leg. 7.021, doc. 2, fols. 81-84.



la capacidad de la Real Hacienda, o de las haciendas locales de los virreinos, para afrontar aquellos gastos.

Los problemas económicos y defensa se relacionaban, en circuito en el que unas variables influían sobre las otras, con un problema que la Monarquía no fue capaz de resolver: la incapacidad de crear una estructura de crecimiento demográfico que sostuviera la posesión jurídica de los territorios que conformaban la frontera septentrional de Nueva España.

En el Pacífico Noroeste, la posibilidad de crear establecimientos permanentes más allá de los meros puestos militares como el de Nootka nunca llegó a plantearse, puesto que la ausencia de conexiones por tierra, la orografía, las distancias, lo complicado de las travesías navales y otra serie de factores hacían insostenible cualquier presencia meramente civil más allá de las situadas en la Alta California. Sin embargo, en las Provincias Internas, la lucha por lograr que la población asentada en el territorio fuera en aumento fue el auténtico caballo de batalla de la administración española. Atraer colonos, crear poblaciones alrededor de los presidios, asentar en sus inmediaciones a las tribus indias amigas o aliadas y conseguir que la población leal a la Corona asentada en las Provincias Internas fuera en aumento era la cuestión clave en torno que decidiría el fracaso o el éxito de la presencia española en aquellas latitudes.

El asentamiento de población proporcionaría una sólida base a la defensa de la región, ya que la integración de los civiles en estructuras militares, como las milicias, eran una pieza clave en los sistemas defensivos hispánicos a lo largo de los dominios de la Monarquía. Pero la población también constituía una fuente de recursos financieros, a través de la presión fiscal, que permitía sostener las estructuras administrativas sobre el terreno, incluyendo elementos militares como las tropas regulares o las fortificaciones y presidios. Si España hubiera tenido éxito en la pacificación -al menos parcial- de las Provincias Internas, permitiendo un aumento demográfico en la región, los recursos disponibles para su control y administración hubieran sido mayores. Sin embargo, España no consiguió que el aumento poblacional en las Provincias Internas fuera suficiente; la inseguridad, la violencia, las dificultades climáticas y orográficas, las escasas perspectivas de éxito económico para las actividades civiles fueron factores que



bloquearon el crecimiento poblacional que una administración exitosa a medio o largo plazo hubiera requerido.

Más adelante en el tiempo, cuando por fin una potencia se anexionara de forma efectiva aquellas provincias, lo haría por la fuerza de su imparable expansión demográfica, que permitió el asentimiento de un gran número de colonos en la región. Hacemos referencia, por supuesto, a la incorporación de gran parte de las Provincias Internas hispánicas a los Estados Unidos, tras el tratado de Guadalupe-Hidalgo, firmado con el México ya independiente.

Otra de las características comunes entre el Pacífico Noroeste y las Provincias Internas fue la militarización de la presencia y, sobre todo, de la administración española sobre ambos territorios. Se trata de una conclusión evidente, examinados los factores anteriores, que no era posible mantener las posiciones de aquellos territorios a través de una administración mayoritariamente civil.

En el Pacífico, fue la Armada la que asumió la tarea de explorar las costas, mantener las reivindicaciones territoriales sobre el territorio y realizar las comunicaciones entre el lejano Norte y los puertos y presidios, situados más al Sur, que servían de base de operaciones a España para proyectar su presencia al Norte de la bahía de San Francisco.

En las Provincias Internas, la constante hostilidad de una u otra nación india hizo imprescindibles a las tropas presidiales como elemento del dominio español sobre el territorio. Además, la estructura administrativa adoptada era totalmente militar. No es casual su nomenclatura, pues recordemos que las provincias se dividían en comandancias generales, término militar que se veía confirmado por el hecho de que al frente de cada comandancia se encontraba un comandante general, que siempre fue un oficial militar, como en los casos de Pedro de Nava o Ramón de Castro, mencionados anteriormente.

Este papel del Ejército y la Armada en las fronteras septentrionales de la Nueva España es una buena muestra del vital rol jugado por estas instituciones en la construcción y modelación de la Monarquía hispánica, mucho más allá de convertirse en el mero instrumento bélico para, en palabras de Von Clausewitz, continuar la política de Madrid por otros medios. En las Provincias Internas y en el Pacífico Noroeste, al



analizar la actuación de militares y marinos de guerra, se aprecia su desempeño en funciones tales como la diplomacia, la administración de los asuntos civiles y fiscales de los territorios de la Monarquía, su participación, muchas veces a la vanguardia, en expediciones y procesos de carácter científico y, en suma, su función como pilar esencial de la Monarquía, con unas actuaciones que trascendían notablemente las cuestiones estrictamente militares.

El peso de las poblaciones nativas en ambos ámbitos fue dispar. En las Provincias Internas constituían una fuerza capaz de constituir una muy seria amenaza para los asentamientos, la población, la administración y las fuerzas militares- incluyendo las tropas regulares- de la Monarquía. Las diferentes naciones de apaches y de indios nortños, así como los comanches, eran capaces de poner en pie de guerra contingentes guerreros que superaban en número, por lo general, a las tropas españolas y que, en el escenario táctico y estratégico de la frontera novohispánica constituían un muy serio oponente. Por el contrario, en el Pacífico Noroeste los contactos con nativos no revelaron la existencia de naciones con el tamaño, la organización, la belicosidad y el potencial guerrero de las tribus de las llanuras y mesetas de las Provincias Internas. Esto no quiere decir que no hubiera actos hostiles contra los exploradores y marinos, y son varios los reportes que hablan de encontronazos, incidentes e incluso ataques por parte de los indios de la costa del Pacífico contra las tripulaciones europeas que recorrían la zona.

Lo cambiante y poco estable del comportamiento de los indios, que pasaban de la amistad a la hostilidad con sorprendente rapidez, en un contexto influenciado también por las propias dinámicas entre las naciones nativas, cuya comprensión muchas veces escapaba a la percepción de los españoles, era un elemento común en el escenario político de ambas regiones, si bien es claro que muchos menos relevante en el Pacífico Noroeste, en tanto en cuanto los colectivos nativos tuvieron un papel menor en relación con los asentamientos españoles. Las complejas relaciones entre clanes de una misma nación india, de esta con otras naciones y a su vez con los españoles, hizo que la Monarquía nunca estuviera segura al cien por cien de sus aliados indios, cuando los tenía, ni de que los tratados que se signaran fueran a ser respetados. Esto volvía



inestable cualquier convenio y cualquier alianza y contribuía a mantener un estado de inquietud permanente en las Provincias Internas.

Uno de los principales factores comunes entre el Pacífico Noroeste y las Provincias Internas radica en que en ambas zonas percibió la Monarquía Hispánica fuertes amenazas exógenas, procedentes de otras potencias internacionales, que amenazaban no solo sus intereses en estos territorios, sino en el conjunto de California y Nueva España.

Estas amenazas fueron particularmente fuertes en el caso del Noroeste de América. Allí, como se ha dicho en párrafos anteriores, la expansión rusa por el Pacífico durante los reinados de Pedro el Grande y de la emperatriz Catalina, a partir de la conquista de Kamchatka y el posterior salto continental a América, fue recibido con alarma notable en Madrid, que veía como un posible avance ruso hacia el Sur podría hacer colisionar de forma directa las respectivas esferas de influencia, con las catastróficas consecuencias que de ello podían derivarse para los dominios hispánicos en la Alta California.

Hoy en día, los indicios señalan en su mayor parte a que tal percepción del riesgo que Rusia representaba era muy exagerada respecto a la entidad real del peligro, muy remoto y nunca planteado por los propios zares, de que su expansión hacia el Sur siguiendo la costa pacífica americana llegara a latitudes lo suficientemente meridionales como para amenazar verdaderamente San Francisco y la Alta California. De hecho, los propios rusos contemplaban con temor la posibilidad de que fuera España quien diera un salto continental y atacase la península de Kamchatka.

Real o no, la expansión rusa provocó el aumento de las exploraciones españolas en la región, una de cuyas funciones principales, reiterada constantemente en las órdenes e instrucciones que llevaban los capitanes españoles, era localizar los asentamientos rusos en la zona, e indujo no solo a las reclamaciones del territorio a través de los correspondientes desembarcos y ceremonias, sino también a la creación de establecimientos permanentes, como el de la bahía de Nootka.

El Pacífico sería también el escenario en el que se reeditarían los choques con Gran Bretaña por el dominio de América y, una vez más, el motivo fundamental lo constituirían factores comerciales. Estos ya habían desencadenado la guerra del



asiento<sup>187</sup>, también conocida como guerra de la oreja de Jenkins, desarrollada entre 1739 y 1748, cuya acción bélica más importante, el fracasado sitio y asalto británico contra Cartagena de Indias, fue la operación anfibia de mayor entidad en la historia hasta el desembarco de Normandía.

En el caso del Pacífico, la presión británica forzó la firma de las tres convenciones de Nootka, cuyos efectos se extendieron más allá del mero ámbito del área septentrional del Pacífico, teniendo consecuencias jurídicas también para determinados aspectos de las relaciones hispano-británicas en América del Sur<sup>188</sup>. Estas convenciones significaron el fin de la expansión española en el Pacífico, un proceso que, probablemente, hubiera sufrido en todo caso una muerte natural en los años subsiguientes, ya que la Monarquía carecía de los recursos necesarios -o, al menos, de la posibilidad de utilizarlos en aquel escenario- para continuar con los asentamientos o las exploraciones a gran escala. Buena prueba de ello es el hecho de que, aunque desde el virreinato de Nueva España se dieron instrucciones para realizar un viaje a Nootka cada seis meses para reafirmar los derechos españoles en la zona, tales viajes solo se llevaron a cabo en una única ocasión.

En las Provincias Internas, la presión exógena tenía una fuente principal completamente distintas: las naciones indias, que, si bien no eran potencias internacionales, en aquel contexto geográfico y estratégico bien podían considerarse un poder por sí mismo. Como tales potencias eran percibidas por los españoles, no solo en lo político y militar, sino también en lo diplomático, firmándose incluso solemnes tratados con algunas de ellas, como algunos que ya se han mencionado en líneas previas: el "abrazo" de Anza con los comanches o el convenio de la villa de San Fernando con una de las ramas de los apaches lipanes. Especialmente importantes eran los comanches, creadores de un auténtico imperio en las llanuras y eje de la política española de alianzas indias.

---

<sup>187</sup> Sobre este conflicto, la obra de referencia debe ser la excelente tesis doctoral de Jorge Cerdá Crespo. *La guerra de la oreja de Jenkins: un conflicto colonial (1738-1748)*, disponible a través de recurso electrónico en URL: [www.eltallerdigital.com](http://www.eltallerdigital.com).

<sup>188</sup> Este aspecto ha sido estudiado en DÍAZ-SILVEIRA SANTOS, C., "La cuestión de las Malvinas: del Tratado de Nootka al principio de autodeterminación de los pueblos", en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *El Ejército y la Armada en el Pacífico Noroeste: Nootka y su tiempo*. Madrid, 2011.



La presencia francesa se diluyó tras la entrega de Luisiana a España, en compensación por la pérdida de Florida, aunque los comerciantes galos siguieron jugando un papel importante, ya a título privado, como suministradores de armas de fuego y municiones a las tribus indias, especialmente a través del enclave de Nacogdoches, lugar al que acudían indios de todas las naciones presentes en la región para comerciar. En cambio, cada vez fue más evidente que, en el medio y largo plazo, los nacientes Estados Unidos de América jugarían un papel vital en el desarrollo de los acontecimientos en la región. Gran Bretaña, por su parte, tampoco estuvo ausente del escenario, y mantuvo un largo contencioso que afectaba indirectamente a las provincias interiores, en relación con los derechos de navegación fluvial que pretendía poseer a lo largo del curso del río Mississippi.

La suma de todos estos factores -escasez de recursos financieros y humanos, condiciones climáticas y geográficas hostiles, insuficiente asentamiento demográfico, presencia de naciones nativas y amenazas externas tanto potenciales como concretadas- hizo que las acciones de la Monarquía hispánica tanto en el Pacífico Noroeste como en las Provincias Internas tuvieran una naturaleza estrictamente defensiva en lo estratégico, aunque en ocasiones la concreción táctica de esta idea última fueran acciones ofensivas. Sin embargo, si analizamos estas -cualquier expedición de la Armada al Pacífico Noroeste, el asentamiento de Nootka, o cualquier campaña ofensiva contra los apaches u otras tribus en las fronteras de las Provincias Internas- descubriremos que, independientemente de la forma concreta adoptada por la operación, su fin último, indefectiblemente, era la conservación de lo que ya se poseía, muy por encima de la expansión territorial a nuevas tierras. Así, Nootka es concebida como la primera defensa de la Alta California; conceptualmente, es un foso o una empalizada que debe proteger San Francisco y los presidios más al Sur, y su posesión no es un objetivo en sí mismo. Ello puede explicar, en parte, la relativamente pronta claudicación española en las convenciones de Nootka, una vez obtenida de Gran Bretaña la certeza de que no crearía asentamientos permanentes en la región y verificado que la amenaza rusa contra California era menor o menos probable de lo que en un principio se había temido.

Lo mismo puede decirse de las campañas contra los apaches en las Provincias Internas. Una y otra vez se reitera la misma doctrina operativa: realizar acciones



ofensivas contra los indios para causarles tales daños que les induzcan a solicitar una paz que permita garantizar la seguridad de las Provincias Internas. Ni siquiera se contempla, a tenor de las órdenes e instrucciones de los virreyes de Nueva España y de los comandantes de las Provincias Internas, la posibilidad de extender la dominación española a territorios más allá de los límites de dichas provincias.

Así pues, la estrategia hispánica en las dos fronteras septentrionales de Nueva España, en justicia, parece que solo puede ser calificada de defensiva o conservadora, y por mucho que en ocasiones su forma fuera ofensiva y en todo momento se tratara de una defensa activa, el fin último de toda la política administrativa, militar, diplomática y científica en aquellos territorios era la conservación de lo que se tenía y no la ampliación de los dominios existentes.

Esta política defensiva, en última instancia, también se volvió insostenible, y si bien las estructuras de la Monarquía se mostraron lo bastante sólidas como para aguantar los embates que, desde una u otra dirección, recibieron a lo largo de las últimas décadas del siglo XIX, la guerra de Independencia en la Península contra el invasor francés y el proceso de independencia de México imposibilitaron toda opción de retener en la Monarquía española tanto el Pacífico Noroeste como las Provincias Internas. El postrer destino de ambas esferas fue el mismo: su absorción por la más pujante de las potencias de la zona: los Estados Unidos de América.

Señala el profesor San Miguel que la hegemonía en Norteamérica, donde cabe enclavar tanto la política relativa al Pacífico Noroeste como la de las Provincias Internas, era imprescindible para mantener los dominios españoles en América:

*"Ese proyecto político alcanzó un verdadero designio prioritario durante el reinado de Carlos III. Por eso, el revés militar y geoestratégico padecido cuando, en virtud de la Paz de París 1763, la Corona hubo de acceder a la entrega de la Florida Occidental al Reino Unido para así recuperar el total control de Cuba, tras la derrota sufrida a manos de las fuerzas británicas el precedente año 1762, es un fiel indicador de hasta qué punto los asuntos norteamericanos disfrutaban de un tratamiento preferente en la política exterior de los Borbones madrileños. La cesión de la Luisiana*



*por parte de Francia ese mismo año, en compensación por la sensible pérdida originada por el Pacto de Familia, y la tardía participación de España en la Guerra de los Siete Años, venía a poner de manifiesto que, para Carlos III, la obtención de una posición hegemónica en Norteamérica era un requisito ineludible para la propia subsistencia del sistema imperial español en América"<sup>189</sup>.*

Sin embargo, lo contrario también era cierto: España necesitaba de una posición de fuerza para poder mantener aquellas posesiones norteamericanas, y en la transición del siglo XVIII al XIX, que fue también la transición del mundo moderno al mundo contemporáneo, España no estuvo en condiciones de mantener esa posición que le era indispensable para poder seguir reteniendo como territorios sometidos a su Corona tanto las Provincias Internas como los territorios reclamados en la costa del Pacífico.

De esta forma, en 1819 Estados Unidos compró a España sus derechos sobre toda la costa Pacífica hispánica, a través del Tratado Adams-Onís. Los ríos Sabina y Arkansas fueron elegidos como frontera entre las posesiones españolas y las estadounidenses, trazado fronterizo que se completaba con el área determinada por el paralelo 42. De éste modo, España renunciaba definitivamente a Oregón -entendiendo entonces como tal todo el territorio al Norte de San Francisco-, así como a Florida y a Luisiana, obteniendo a cambio el reconocimiento de la soberanía española sobre Texas, vieja reclamación de la Corte de Madrid que, hasta entonces, había venido siendo sistemáticamente negada por Estados Unidos. En 1832 Méjico, ya independiente, ratificó el Tratado Adams-Onís, de forma que los límites contenidos en el convenio constituyeron la frontera entre Estados Unidos y México hasta la guerra de 1846.

## V.- BIBLIOGRAFÍA

---

<sup>189</sup> SAN MIGUEL PÉREZ, E., "La crisis de la estrategia política española en Norteamérica: De Bernardo de Gálvez a Luis de Onís", en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *El Ejército y la Armada en el Pacífico Noroeste: Nootka y su tiempo*. Madrid, 2011, p. 30.



- CERDA CRESPO, J., *La guerra de la oreja de Jenkins: un conflicto colonial (1738-1748)*, disponible a través de recurso electrónico en URL: [www.eltallerdigital.com](http://www.eltallerdigital.com).

- CONWAY, J. *Las guerras apaches*. Barcelona, 1966.

- DÍAZ-SILVEIRA SANTOS, C., "La cuestión de las Malvinas: del Tratado de Nootka al principio de autodeterminación de los pueblos", en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *El Ejército y la Armada en el Pacífico Noroeste: Nootka y su tiempo*. Madrid, 2011.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "La presencia rusa en el Pacífico Noroeste", en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., (coord.), *El Ejército y la Armada en el Pacífico Noroeste: Nootka y otras cuestiones*. Madrid, 2011.

- FLAGER, E. K., "La política española para pacificar a los indios apaches a finales del siglo XVIII", en *Revista española de antropología americana*, n.º 30, 2000.

- FLAGER, E. K., *Defensores de la Madre Tierra. Relaciones interétnicas: los españoles y los indios de Nuevo Méjico*. Palma de Mallorca, 1997

- HÄMÄLÄINEN, P., *El Imperio Comanche*. Madrid, 2011.

- HERREROS CEPEDA, A., "Breve introducción a la presencia española en el Noroeste de América", en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *El Ejército y la Armada en el Noroeste de América: Nootka y su tiempo*. Madrid, 2011.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., (coord.), *Reflexiones sobre poder, guerra y religión en la Historia de España*. Madrid, 2011.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "El convenio de la villa de San Fernando: una paz entre España y los apaches", en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., (coord.), *Reflexiones sobre poder, guerra y religión en la Historia de España*. Madrid, 2011.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "La guerra contra los apaches bajo el mando de Ramón de Castro y Pedro de Nava en las Provincias Internas", pendiente de publicación.

- MARTÍNEZ PEÑAS, L., y GRANDA, S., "La aplicación de las convenciones de Nootka. Una aportación documental", en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ



RODRÍGUEZ, M., (coord.), *El Ejército y la Armada en el Pacífico Noroeste: Nootka y su tiempo*. Madrid, 2011.

- NAVARRO GARCÍA, L., *Don José de Gálvez y la comandancia general de las provincias internas del Norte de Nueva España*. Sevilla, 1968.

- ROBERTS, D., *Las guerras apaches. Cochise, Gerónimo y los últimos indios libres*. Barcelona, 2005.

- RUÍZ RODRÍGUEZ, I., *Políticas y disputas por el control de la Alta California. Españoles, ingleses y rusos en litigio por el control de un territorio casi infinito*. Madrid, 2011.

- SAN MIGUEL PÉREZ, E., "La crisis de la estrategia política española en Norteamérica: De Bernardo de Gálvez a Luis de Onís", en MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *El Ejército y la Armada en el Pacífico Noroeste: Nootka y su tiempo*. Madrid, 2011

#### *Fuentes Manuscritas:*

- AGI, Estado, leg. 43, nº 14

- AGI, Estado, leg. 20, doc. 91, fol. 9.

- AGS, Secretaría General de Guerra, leg. 7.022, doc. 2, fol. 14.

- AGS, Secretaría General de Guerra, leg. 7.021, doc. 2, fols. 81-84.



## PRIVACÍA: EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN IBEROAMÉRICA<sup>190</sup>

*PRIVACY: THE RIGHT OF PRIVACY ON IBEROAMERICA*

Agustin Pieroni

Virginia

Pieroni<sup>191</sup>

**Resumen:** El presente estudio se dirige a la elucidación del derecho a la intimidad o a la privacidad que corresponde otorgar a la esfera de hechos y circunstancias pertenecientes al secreto familiar o personal. Se clasificarán los derechos respectivos y se efectuará un repaso de la legislación vigente en Iberoamérica y luego se definirán conceptos referentes a la colisión de estos derechos con los derechos a la libre información. Se destacarán los problemas de recolección de datos personales. También se recurrirá a algunos remedios de reciente sanción para proteger estos derechos como la institución del *habeas data*.

**Palabras Clave:** Privacidad - Intimidad - Bases de Datos - Derechos humanos - Habeas data

**Abstract:** This paper aims to shed light on the rights to intimacy or to privacy due to the sphere of facts and circumstances belonging to family or personal secrets. After classifying each of these rights, we review the legislation currently in force in Latin America. We then define a series of concepts related to the collision between both rights and freedom of information, and highlight the problems around personal data gathering. Lastly, we discuss remedies recently sanctioned to protect these rights, such as the *habeas data*.

**Keywords:** Privacy - Intimacy - Databases - Human Rights - Habeas Data

---

<sup>190</sup> Artículo recibido el 1 de octubre de 2011 y aceptado el 30 de noviembre de 2011.

<sup>191</sup> Agustín PIERONI y Virginia PIERONI son profesores de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN - ARGENTINA y Director y Secretaria, respectivamente, del INSTITUTO DE ESTUDIOS DE CIENCIAS JURÍDICAS de la citada universidad.



**Sumario: 1. Descripción del Derecho a la Intimidad – 2. El nacimiento legal de estos derechos – 3. El marco legal en Iberoamérica – 4. La colisión con el derecho a la información y otros derechos – 5. El consentimiento en la recolección y cesión de datos y la perversión en su uso y recopilación – 6. Las regulaciones de “Habeas Data” - Corolarios - Bibliografía -**

## 1. Descripción del Derecho a la Intimidad

“*My home is my castle*” como afirmaron por siglos los ingleses al defender el acceso a la intimidad de su hogar. Mi casa es mi castillo, entendido que se tiene como en un castillo el derecho a defenderla y convertirla en una fortaleza inexpugnable. El derecho humano a la intimidad goza del aprecio y tradición desde los albores del derecho individual anglosajón que cubre a las cuestiones hogareñas con un manto de discreción y de secreto que sólo el interesado puede develar.

El derecho a la privacidad o derecho a la intimidad, pues ambas formas de expresarlo han tenido acogida en la doctrina y jurisprudencia corrientes sin perjuicio de que algún autor ha perfilado leves diferencias entre ambas denominaciones (<sup>192</sup>), es no sólo un derecho humano sino un derecho natural de los llamados derechos *personalísimos* que conllevan una serie de características que los hace especiales y diferenciales con respecto a otros derechos.

¿Cuál sería en una primera aproximación el contenido del derecho a la privacidad especialmente en Iberoamérica? (<sup>193</sup>)

---

<sup>192</sup> BIDART CAMPOS German -. *Manual de la Constitución Reformada*, T 1. Ediar - Buenos Aires. 1998., define a la intimidad como “la esfera personal que está exenta del conocimiento a la generalidad de terceros” y la privacidad como “la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros) que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos”.

<sup>193</sup> DIAZ BARRADO Cástor Miguel, “*Latinoamérica, América, Iberoamérica, tres realidades en proyecto*” Fundación Carolina - 20 de Septiembre de 2010 -En este trabajo el autor no sólo define los diversos proyectos de América sino que se pronuncia por las precisiones de nombres, en el caso “Iberoamérica”, como portadoras de definiciones de sus proyectos y realidades. Lo seguimos en su definición.



Consideremos en primer lugar los secretos e informaciones que se refieren a cada sujeto-persona por el sólo hecho de nacer y formar parte de la especie humana. En tal carácter tiene derecho a proteger entre varios otros, los datos sobre:

- Su pasado y su historia de vida;
- Su personalidad psicológica;
- El derecho al honor personal;
- Las enfermedades que lo aquejan o lo han aquejado durante su existencia;
- Sus inclinaciones sexuales o amorosas;
- Sus particulares preferencias políticas o ideológicas;
- Sus creencias y preferencias religiosas;
- La composición de su familia, ancestros, parentesco y filiación;
- La existencia de allegados con discapacidad o enfermedades;
- El haber incurrido en faltas punibles pasadas;
- La composición de su patrimonio y finanzas personales y familiares;
- La inviolabilidad de la correspondencia y comunicaciones de cualquier tipo.
- Privacidad informática de datos y comunicaciones;
- El derecho a la imagen personal, física o síquica.

Esta escueta descripción de informaciones que cada persona tiene derecho a mantener en reserva, salvo por supuesto los requerimientos de autoridades legítimas -en general judiciales- para develarlo, es el contenido material del derecho protegido.

En otro orden de cosas también sostenemos que la protección que este derecho debe ser conferida y asume el carácter de protección de derechos personalísimos con las características que siguen:

*Absolutos, Privados y Autónomos:* vale definirlos así en el sentido que son oponibles *erga omnes*, es decir contra todos, entes públicos o personas privadas, que pretendan atacarlos y no necesitan de otros derechos para ser ejercidos. Además se distinguen de otros derechos humanos de ejercicio público

*Connaturales, Esenciales y Necesarios:* vale decir que no son derechos eventuales ni son concedidos por poder alguno sino que son inherentes a cada persona por el simple hecho del nacimiento.



*Innatos y Vitalicios*: como se ha dicho surgen con el nacimiento, para ser exactos surgen desde que el sujeto ha sido concebido, (ya que la persona desde ese momento y aún cuando no haya nacido es considerado sujeto de derecho y tiene aptitud por sí o por sus representantes para defenderlos). Además son para toda la vida y en alguno de los supuestos son trasladables a los derecho habientes, como por ejemplo el derecho a la imagen personal o familiar.

*Inalienables y Extrapatrimoniales*: en general no son derechos susceptibles de entrar en el comercio ni pueden servir de respaldo a deuda alguna. Además son indisponibles puesto que no son renunciables. <sup>(194)</sup>

*Privados*: por oposición a derechos humanos públicos.

Con las características descritas aquí devienen estos derechos en derechos *intuitu personae*, con lo que nos enfrentamos con derechos fuera del comercio y derechos que fenecen, salvo excepciones, con el fin de la misma persona y las legislaciones en general tienden a resistir sus afectaciones patrimoniales o la privación parcial de los mismos.

A ello debemos añadir que los actos que los afecten sí son susceptibles de indemnizaciones pecuniarias y de penas corporales en casos graves de afectación de los mismos.

Conformamos así un derecho que hemos llamado derecho a la privacidad o derecho a la intimidad que protege la vida privada y por medio del cual se tiene derecho a repeler, negar y excluir al resto de las personas, sean estas públicas o privadas, al acceso a determinados aspectos de la vida de cada persona.

Esto es lo que Mario Masciotra denomina una “garantía polifuncional”.<sup>(195)</sup>

Téngase presente que hemos quizás reiteradamente expuesto que el derecho se ejerce erga omnes y que hemos particularizado incluso la defensa de este derecho contra las personas de derecho público. Los Estados en particular. Ello es así porque después de largos años en los cuales la comunidad iberoamericana se empeñó en tratados y negociaciones que la dirigían a aceptar, asegurar y ratificar los tratados de protección de

---

<sup>194</sup> CELIS QUINTAL Marcos A. “*La Protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos*” México. Bibliojurídica. Texto que hemos seguido en las definiciones.

<sup>195</sup> MASCOTRA, Mario. “*El habeas Data*” Platense -2003



los derechos humanos de los habitantes, se encara en la actualidad un movimiento contrario que tiende a eliminar los tratados internacionales que sujetan a los países a la jurisdicción internacional en derechos humanos.

O por lo menos a desafiliar a países de esos tratados para evitar las ingerencias de Tribunales Internacionales que se han convertido en obstáculos para la política interna de determinados países de la región. <sup>(196)</sup>.

## 2. El nacimiento legal de estos derechos

En 1890 dos ilustres juristas norteamericanos, Samuel Warren y Louis D. Brandeis escribieron un trabajo denominado *The right of privacy* que muchos tratadistas invocan como probablemente el primer trabajo orgánico sobre el derecho a la privacidad.

Bastantes años después este derecho encuentra su consagración en tratados internacionales, pero, ironías de la historia legal, el derecho así concebido recibe acogimiento, con primeros tropiezos en contra, de los tribunales de Norteamérica mucho antes de que fuera reflejado en articulados legales. Ello por supuesto siguiendo la costumbre del país.

En la tradición anglosajona se recuerda como protoderecho el otorgado por la monarquía inglesa en la Carta Magna, en el año 1215, en la que se establece la inviolabilidad del domicilio, y es a partir de este antecedente que se generan los estatutos posteriores.

El Pacto de las Naciones Unidas del año 1966 estableció en su artículo 17 que ninguna persona “*será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia ni ataques legales a su honra y reputación*”

---

<sup>196</sup> En Noviembre del año 2011 se efectuaron reuniones presidenciales en Caracas, Venezuela con la participación de variadas naciones del área iberoamericana en las cuales un grupo de países - Venezuela, Nicaragua, Cuba, Ecuador y Bolivia entre otros - propugnaron el desafiliamiento de todos los países de la Organización de Estados Americanos y la consecuente desafiliación y pérdida posterior de jurisdicción internacional de los Tratados de Derechos Humanos que habían creado el Tribunal de Derechos Humanos de Costa Rica. Son momentos en que la Corte Internacional de Costa Rica se halla resolviendo conflictos referentes al derecho a la libre información y expresión, derechos muy relacionados con el tema en que estamos debatiendo.



De allí siguen todos los textos legales, ya sea bajo la forma de constituciones, tratados, leyes o conformaciones jurisprudenciales y doctrinarias.

### 3. El marco legal en Iberoamérica

La protección del derecho a la privacidad o derecho a la intimidad se encuentra legislada actualmente en constituciones y en algunos países, en leyes que protegen específicamente el acceso de los individuos al conocimiento de los datos sobre su persona, entendida ésta en sentido amplio, y a la posibilidad de petitionar su rectificación o supresión, mediante las leyes de habeas data.-

Las constituciones iberoamericanas que concretamente receptan el derecho a la intimidad en forma específica, y no englobada dentro del concepto de habeas data o el concepto general de protección de derechos fundamentales de la persona, son la constitución de Perú, que en su art. 2 inc. 7 se refiere específicamente al derecho a la intimidad personal. Honduras, en el artículo 76 de su texto constitucional, refiere a la acción para proteger la intimidad. Bolivia, en el texto expuesto en el artículo 21, protege el derecho fundamental a la intimidad. Lo mismo el texto constitucional de Colombia, que sostiene el derecho de las personas a su intimidad personal. A ellos podemos añadir con prescripciones semejantes la constitución de Paraguay en su artículo 33, la carta constitucional de Costa Rica en su artículo 24, y por fin la de Ecuador en su artículo 23

España limita legalmente el uso de la informática y protege y garantiza la intimidad personal y lo hace a través del artículo 18 de su texto constitucional y las leyes de protección de datos. La doctrina reconoce al derecho español como uno de los más precisos y completos en la protección de los derechos a la intimidad.

El resto de los textos fundamentales reconoce la garantía de limitación al acceso del conocimiento de los datos y considera al derecho a la privacidad o intimidad incorporado dentro de la garantía general de posibilidad de control de datos o bien lo ha garantizando en el entendimiento de que las acciones privadas de los hombres, en tanto no afecten la moral o sean ilegales, quedan exentas de la autoridad de los magistrados. Así está normado en la República Argentina y en Chile, ambas en su artículo 19, la



República Oriental del Uruguay y que contiene preceptos casi textualmente similares en su artículo 10, Panamá lo preceptúa en sus artículos 42,43 y 44 (aún cuando en realidad no menciona concretamente la privacidad), la República de Venezuela lo hace en su artículo 28, México en artículo 6 específicamente vinculado el derecho a la intimidad a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y Nicaragua reconoce el derecho de las personas a su “vida privada” en artículo 26 de su constitución.

Otras constituciones garantizan la privacidad mediante la inclusión en el texto del reconocimiento del derecho a la vida y la libertad. Tal es el caso de Guatemala (que establece que toda intrusión en la vida privada debe ser hecha por orden de autoridad competente) y República Dominicana en su artículo 10. No se ha analizado la situación en Cuba.-

Resta destacar que el habeas data, como legislación específica, obra dentro de la legislación uruguaya en la ley 18.331, la argentina lo legisla en su ley nº 25326, la peruana lo recoge en la ley nº 26.470, la colombiana lo hace en su ley nº 1266, la española en la ley orgánica nº 15/1999 y LPDPE, la mexicana con su ley federal de acceso a la información pública del 2002, la chilena recoge el instituto en la ley nº 19.628.y la guatemalteca lo hace en su decreto nº 57/2008 .

#### **4. La colisión con el derecho a la información y otros derechos.**

En el entorno social actual el derecho a la libre información tiene profusa difusión y está garantizado también como un derecho humano que debe ser respetado. Este derecho que también está consagrado por pactos y tratados internacionales ratificados en general por todos los países, es un derecho que tiene correlación y vinculación con la libertad de expresión, derecho de primera categoría entre los regulados actualmente.

El derecho a la información se nutre especialmente de las numerosas bases informáticas que proliferan en la actualidad, la mayoría de ellas emitidas por el propio interesado. Pero desde ya destacamos que el interesado, que ha brindado datos, lo ha hecho en el entendimiento de que no serían difundidos fuera del ámbito para el cual



fueron entregados, ya sea que esta entrega de datos fuera obligatoria o bien voluntaria. Es, y ha brindado, la “verdad personal”..

A guisa de ejemplo destacamos que son corrientes las declaraciones obligatorias o juradas impuestas a los ciudadanos por las entidades impositivas y por las entidades financieras, de seguros o de seguros de salud que requieren como imprescindible la entrega de datos de la más diversa índole.

Aún el ámbito social el ser humano brinda mucha información a través de las redes sociales. El individuo emisor no conoce en definitiva cual es el destino final de esas voluminosas bases de datos formadas por las declaraciones de todos los interesados, (bases que la tecnología informática ha hecho crecer y que posibilita manejar en forma instantánea y lograr el entrecruzamiento con otras bases de la web paralelas). Pero reiteramos, el otorgante de esos datos confía en que serán sólo utilizados para el fin que fueron requeridos.

Y aquí viene la colisión objeto de este capítulo.

Todo este enjambre reticulado de información hace ilusorio generalmente el derecho a la intimidad que busca el ciudadano corriente y que sin quererlo y obligado por leyes y reglamentaciones o por costumbres sociales, proporciona secretos íntimos que no debieran salir de su órbita de control.

Ya es bastante sabido que el mercado negro, porque así debemos calificarlo, de datos e informaciones personales fluye muchísimas veces de los datos oficiales de los Estados a las bases informáticas de los particulares interesados en utilizarlas con fines a veces comerciales y a veces no confesables. En realidad la adjudicación normal de un número de identificación (en general a través de un número de documento o de un número que tiene como integrante el número de identificación de la persona), ha hecho de que la búsqueda en una base informática de datos por el número exclusivo (que hace las veces de “palabra clave” o “contraseña”) que corresponde a cada habitante torna inescapable la difusión de datos sensibles cuyo contenido el interesado quisiera guardar.

En una palabra el interesado quiere realmente hacer efectivo el derecho a la privacidad e intimidad, derecho que se ve atacado alevosamente por el entrecruzamiento informático de variadas bases conseguidas de los usuarios legal o ilegalmente.



Se nos dirá que el Estado tiene el soberano derecho a conocer el patrimonio de sus ciudadanos, casi decimos de sus súbditos, para poder ejercer el derecho impositivo con que los grava. Se nos dirá que las entidades financiera y de seguros necesitan saber innumerables datos sobre los antecedentes familiares y la composición y salud y el patrimonio de allegados y parientes del declarante. Y así se seguirá justificándose el pedido de datos al infinito. Pero ello no obsta a que el resultado final sea una red inextricable de noticias sobre una persona a las cuales muchísimas personas o empresas o entes públicos pueden acceder con solo oprimir la tecla adecuada de su computadora. O el server de su ordenador.

No estamos seguros del derecho del Estado o de particulares a requerir en forma juramentada datos de sus ciudadanos. Este es el primer escalón en la protección del derecho de la intimidad. El reflexionar sobre los datos que necesaria e inexcusablemente deben de requerirse y distinguirlos de los datos que se exigen “por si acaso”. Ello en el entendimiento de que los datos son muy difíciles de proteger. En consecuencia, deben peticionarse y brindarse solo los necesarios.

Primeramente, porque esas declaraciones juramentadas, requeridas bajo coacción personal o pecuniaria son compulsivas y en principio atacan el derecho a no declarar contra sí mismo que tiene larga acogida en los derechos personales de los individuos.

La vieja prohibición de declarar contra si mismo está en franco riesgo de desaparecer.

Y ésta, en tanto pilar de la sociedad civilizada, debe ser preservada. (Los primeros en usarla fueron los puritanos que se negaron a declarar al rey su religión y sus prácticas religiosas basados en un criterio moral, no solo legal aún. De que *nemo tenetur prodere seipsum*, nadie debe ser obligado a perjudicarse, existe tradición que fue San Juan Crisóstomo <sup>(197)</sup> quien estableció el principio moral de que nadie puede ser obligado a reconocer sus pecados en la Asamblea pública sino en el mejor de los

---

<sup>197</sup> San Juan Crisóstomo murió en el año 407 y la tradición cristiana lo califica por sus escritos, como uno de los Padres y Doctores de la Iglesia. El tema moral está descrito por PIERONI Agustín en “*Tiene derecho a permanecer callado...*” Revista EL DERECHO- Buenos Aires 18/7/1998



supuestos son confesables al confesor privado. <sup>(198)</sup> (Ella sería el antecedente moral de la Quinta Enmienda Norteamericana.).

Y en segundo lugar porque ese conjunto de datos, es de difícil y casi imposible preservación.

De allí que pensamos que las presentaciones juradas obligadas, bajo coacción de multas o no contratación de varios países iberoamericanos, entre ellos la Argentina, coartan de lleno el derecho a mantener secretos y la intimidad. Téngase presente que muchos códigos impositivos se apoyan, como el argentino, supletoriamente en principios de derecho de procedimientos penales. <sup>(199)</sup>

Pero supongamos que este requerimiento obligatorio de datos es considerado correcto sobre la base de las trilladas alegaciones del “interés general” y el “bien de la comunidad” o de “normas de la empresa”.

Si este es el caso, se deberán crear sanciones más gravosas para aquellos entes que requieran datos. Sanciones que penarán el eventual incumplimiento de la falta adecuada de vigilancia de los datos e incluso de la utilización de esos datos para fines que no fueron específicamente informados y objeto de consentimiento informado. No es suficiente con la reparación de la responsabilidad civil, conforme normas comunes de derecho.

No debe soslayarse la importancia de redes delictivas que obtienen información y que ponen en serio riesgo a los individuos. Tampoco debe olvidarse el riesgo de “robo de identidad” con miras a cometer delitos económicos o mucho más gravosos, como es la correlación con la trata de personas.

Como se ve las garantías de privacidad y el derecho a la información, y solo hemos analizado un aspecto, son garantías que colisionan en varios puntos de su ejercicio.

Mucho más fácil es pronunciarnos sobre la colisión del derecho a la información pública que asiste a los medios de difusión de cualquier índole cuando este colisiona

---

<sup>198</sup> El registro histórico proviene de R.H.HELLHOLLZ, de la Universidad de Chicago, en estudios sobre los orígenes del derecho a no declarar contra sí mismo en el capítulo I del libro *The Privilege against the selfincrimination*- Chicago 1997

<sup>199</sup> El artículo 197 de la ley de procedimientos tributarios (11683) contempla como supletorio para todo lo no prescripto expresamente en la misma, el Código Procesal Penal de la Nación Argentina.



con el derecho a la intimidad. La temática moderna nos recuerda el caso de la edición de un libro en Francia sobre la salud y grave enfermedad del Presidente Mitterand, en ese momento ya había fallecido, cuando la familia se opuso con éxito judicial a la difusión del libro que explicaba el secreto de la enfermedad de quien había sido presidente de Francia por entender que se afectaban los derechos a la intimidad que alegaron sus derecho habientes. El libro estaba escrito por el Dr. C. Gubber y Mr. Gonod y titulado “Le grand secret” fue citado como caso europeo representativo de la rigidez con que Francia protege los secretos familiares de índole privada y médica. <sup>(200)</sup>

Entonces el derecho a la intimidad colisiona con el derecho a la información y en el caso no es difícil determinar que en la colisión de derechos, el derecho a la intimidad, a la protección de los datos personales, secretos privados, prima sobre el derecho general a la información. Entendemos que nadie tiene derecho a conocer detalles íntimos y familiares de otra persona. Estos datos están protegidos por la privacidad que corresponde a detalles sensibles.

El estilo de vida, los allegados y parientes, las preferencias políticas, las enfermedades propias y las de la familia, tienen derecho a ser protegidos de la exposición pública a que pudieran ser expuestos y ante esos secretos cede el derecho a la libertad de información.

No alcanza la garantía de la libre expresión, para violentar las intimidades de otra persona a no ser que su exposición pública, sus deberes políticos o la propia exhibición de su intimidad al público en razón de su oficio o profesión, hagan factible la libertad de expresión sobre estos hechos y sean sujetos de libre información.

Se trata de todos modos de una apreciación casuística que permite generalizar el principio pero que deberá ser actuada en cada caso en que corresponda decidir.

## **5. El consentimiento en la recolección y cesión de datos y la perversión en su uso y recopilación.**

---

<sup>200</sup> . CASTILLO JIMENEZ Cinta - “Protección y derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la Información” Derecho y Conocimiento, vol. 1, pags. 35-48, ISSN 1578-8202 Facultad de Derecho. Universidad de Huelva”



La legislación europea, en especial la española, requiere determinados requisitos para la compilación de datos a los entes recolectores y otros requisitos más reforzados aún para la transferencia de datos entre entes poseedores de los mismos.

Como dijimos, ya es una verdad sabida que la mayoría de los datos e informaciones personales y personalísimas van siendo adquiridos por quienes no deberían tenerlos y que su traspaso, venta o alquiler es una práctica corriente que en Iberoamérica tiene poco control y escasa sanción.

Estamos hablando de América y en realidad la recopilación y traspaso de datos entre entes no autorizados corre por el mundo sin respetar fronteras y ya no se trata aquí de paraísos bancarios o fiscales sino de abundantes “paraísos de datos” cuya sede se halla en cualquier país del mundo con escasas posibilidades de perseguir la piratería que cunde en el tratamiento de los mismos.

De todos modos es importante destacar que dentro de las obligaciones que se registran en Europa y que es deseable se registren en nuestro países americanos anotamos las siguientes.

Las características requeridas para el consentimiento en la recolección y tratamiento de datos van desde el consentimiento **tácito** para el tratamiento de datos de escasa importancia para la privacidad, hasta el consentimiento **expreso, inequívoco y escrito** que implique el absoluto conocimiento del otorgante sobre el tratamiento y destino y uso de los datos que proporciona. El reclamo de conocimiento exacto del consentimiento que se otorga es verdaderamente importante porque, ya es corriente la queja en Facebook, Twitter y otras redes, sobre la forma de requerir el permiso para el consentimiento, ya que esta está de tal forma disimulada entre otros textos, (cuando no escrita en tipografía cuasi ilegible, o en lugares que aparentan poca importancia), que el dador del consentimiento no puede menos de sorprenderse a mediano plazo del uso de sus secretos malamente expuestos.

Son especialmente sensibles y se requiere por ello el consentimiento expreso para los datos referidos a la raza, la salud y la orientación sexual y es requerible el consentimiento inequívoco y escrito tanto cuando los datos tratados se refieran a ideología o creencias religiosas cuanto a afiliaciones sindicales.



La comunicación o transferencia de datos entre entidades poseedoras de bases de datos, según la preceptiva europea cuya normativa propugnamos aquí, autoriza la cesión cuando sean datos accesibles al público, cuando una ley lo autorice, cuando haya expresa autorización del interesado y cuando se crucen datos entre organismos públicos de acuerdo a sus fines o cuando sean requeridos por autoridad judicial competente. Se acentúa el criterio de que la decisión autorizante es eminentemente revocable por el interesado.

Cabe señalar humildemente que la cesión de datos entre entidades públicas con fines de utilización para sus propósitos es un arma terrible en una Iberoamérica poco acostumbrada a respetar derechos de ciudadanos y pueden ser utilizados por el ocupante del poder político supremo con fines meramente de conservación de su poder personal u otros fines inconfesables. La cesión e intercambio aún entre ellos es realmente peligrosa.

## **6. Las regulaciones de “Habeas Data”**

Hacia comienzos del milenio el problema de las bases de datos y su influencia en la vida personal, comercial y privada del común de la gente comenzó a generar preocupación y por consiguiente a determinar el nacimiento de leyes y reglamentos referidos a la temática registral de datos.

Ya en varios países de Iberoamérica se han recogido en las constituciones políticas los derechos de protección a la intimidad, algunos extraídos doctrinariamente de la protección a la correspondencia y los papeles privados sin especificar literalmente la protección a las acciones privadas, pero como ya vimos en numerosos países hizo camino la sanción de leyes de habeas data, según lo expresado en el punto respectivo más arriba.

La República Argentina se había pronunciado constitucionalmente en 1994 con prescripciones referidas a la protección de los derechos a la privacidad y de la intimidad sosteniendo que la abundancia de bases electrónicas ponían en cuestión la privacidad de los habitantes. Haremos una recapitulación de la legislación en Argentina a título de orientación.



Hacia el año 2000 se dictó en la Argentina la ley reglamentaria del habeas data<sup>(201)</sup> que como toda legislación apresurada y un poco alejada de la realidad recoge el problema, trata de solucionarlo y en su lugar crea mayores problemas que los que soluciona.

Pero haremos un análisis detallado de esta legislación porque plasma titularmente toda la temática sobre el problema.

La ley comienza efectuando definiciones relativas a los datos, que diferencia entre datos personales y datos sensibles, a los entes encargados de efectuar su archivo registro o compilación, al tratamiento de los registros, a los responsables de la compilación y registro, a los casos de transferencia y transmisión, al titular de los datos y a los usuarios de datos. Se trata de una serie de definiciones previas destinadas a facilitar la comprensión del texto legal.

Por supuesto que el mero enlistamiento de definiciones comienza por reconocer implícitamente la legalidad de la existencia de registros de entes públicos y privados que se dedican a la búsqueda, compilación, ordenamiento y mantenimiento de bases de datos personales de todos los habitantes. Más adelante en artículos que hacen numerosas excepciones a la vigilancia y derecho de los enlistados a cuestionar su permanencia y su inclusión en bases de datos, la legalidad de los titulares de archivos y registros queda notoriamente ratificada.

En su artículo tercero la ley expresa que la recolección de datos es lícita y reconoce legalmente la “licitud” de los archivos de datos con la condición de que se encuentren debidamente inscriptos. La únicas restricciones que determina para la recolección de informaciones es que no sea contraria a la “ley y la moral pública”, que sean datos exactos y ciertos, que no sean recogidos en forma fraudulenta o por medios desleales (deslealtad en la recolección que afecta a la mayoría de los datos recogidos en bases informáticas) y que los datos deben ser destruidos cuando dejen de ser aptos o pertinentes a los fines que se tuvieron en mira al recogerlos. Como vemos una larga serie de principios ineficientes que no sólo no protegen al encartado en datos sino que justifican su inclusión a criterio exclusivo de los registros que se constituyen al efecto.

---

<sup>201</sup> Se trata de la ley n° 25326 sancionada por el Congreso de la Nación Argentina en Octubre del año 2000.



Debemos dejar constancia de que la legislación incluye tanto las bases privadas como las bases de índole pública dando a estas últimas, como ya veremos, privilegios que evidentemente van en detrimento de las libertades y privacidad personales de los registrados.

Un capítulo especial de la ley recoge los pedidos de los doctrinarios de todos los países que pugnan por determinar que el consentimiento del registrado es una condición sustancial para la licitud legal y moral de un registro. En el artículo quinto se perfilan los consentimientos que se suponen libres, expresos e informados por parte del integrante de las bases. Se agrega que deberá constar por escrito el requerimiento en forma expresa y destacada. (Es la vieja prevención contra el tipo de letra pequeña y escondida con el cual se requieren estos consentimientos). Pero luego la legislación establece las excepciones: no es necesario el consentimiento cuando los datos se recogen de fuentes de acceso público irrestricto, o cuando se recaben para el ejercicio de “funciones propias de los poderes del estado” o se trate simplemente de datos que se refieran al nombre, la identidad, identificación tributaria o previsional (de seguro de retiro) ocupación, oficio, fecha de nacimiento y domicilio. La descripción de datos permitidos sin consentimiento del registrado parece cuanto menos muy extensa y no queda gran cosa para esconder o para ejercer el derecho de intimidad.

Pero esto no es todo en materia de excepciones a la obligatoriedad de requerir permiso expreso o escrito o simplemente formal al encartado. Quedan afuera, o sea no “se pide permiso”, todos los datos de operaciones con entidades financieras y todas las informaciones que reciban de sus clientes. Se nos dirá que sobre todo ello funciona el crédito bancario y el crédito comercial y que por ello conseguiremos las informaciones sí o sí aunque el dueño de ellas se oponga. Véase que la ley no especifica que sean datos contables o de comercio. Dice que todos los datos recogidos por los entes financieros no necesitan de permiso...de nadie... para ser recogidos.

Es como si en aras de la protección del sistema financiero, del remanido “credit scoring” todo estuviera permitido.

Dos son las cuestiones que genera esta generosa excepción a la privacidad concedida a entes financieros. Primera que la inversa, el derecho a conocer las informaciones íntimas de los entes financieros por el Estado o por el público en general



nos hubiera preservado a nivel mundial de las catástrofes bancario financieras que hemos tenido que sufrir. Sus secretos son más perjudiciales que los secretos que recogen entre nosotros. Y en segundo lugar el tratamiento al mundo financiero como si fuera una reserva de moral y respeto a las personas se ha visto reiteradamente perturbado por la difusión de los informes de bancos muchas veces incompletos o falsos o inadecuados que perjudican el crédito de mucho registrados inocentemente. En la Argentina los informes provenientes de emisores de información crediticia son terribles tanto por su inadecuada formación cuanto por su pertinacia en sostener informes malamente conformados por juicios o deudas inexistentes. <sup>(202)</sup> La ley, en disposiciones posteriores, reitera la facilidad de transferencia y transmisión de datos exceptuando los datos financieros a otras redes nacionales o de carácter internacional. Es el artículo 11° el que exceptúa a los entes financieros de la prohibición en la cesión de datos. Con lo cual los daños de la difusión se convierten en mundiales para el difundido.

La ley categoriza los datos calificándolos como “sensibles”, (datos referentes a antecedentes penales o contravencionales, y datos de historias clínicas). En todos los casos se restringe su difusión pero, si hay algo que suele escapar al secreto son los antecedentes, los datos sensibles y las enfermedades registradas en historias clínicas. Se han hecho esfuerzo para impedir que un antecedente de preferencias sexuales o ideológicas o la existencia de enfermedades de transmisión sexual no sean conocidas por los eventuales dadores de trabajo sin lograr que en definitiva estos realmente desconozcan la mayoría de los datos que el peticionante laboral quiere ocultar.

La ley prevé que es obligación de los registros la seguridad contra la filtración de los datos. Que estas disposiciones sean en realidad una simple expresión de deseos lo confirma el hecho de que los “hackers” han hecho penetrables todas las cortinas de fuego puestas en las bases de datos. El ejemplo de “Wikileaks” el centro de difusión de secretos más resonante de la actualidad, demuestra que no hay defensas adecuadas para los secretos guardados en bases informáticas de datos. Ello nos lleva a concluir que no

---

<sup>202</sup> Son conocidos los famosos “Veraz” informes interbancarios que se han constituido en sinónimo de expresiones malévolas para quien sea víctima de los datos que incluyen y que se vende irrestrictamente en el país. y cuya corrección implica para el involucrado largos y engorrosos trámites que pocas veces tienen éxito.



sólo son malos los ataques a las bases sino la mera existencia de dichas bases y de dichas compilaciones que juntan datos que no deben ser expuestos.

Reitero. La cesión de datos es permitida generosamente por la legislación previo consentimiento del registrado, consentimiento que es revocable. De todos modos las excepciones al pedido de permiso (como ya se explicó respecto a las entidades financieras) es muy amplio, en especial cuando se acepta que se realice indiscriminadamente entre “órganos del estado en la medida de sus competencias”. Esta frase tan amplia es la que efectivamente alimenta la corriente torrentosa del mercado negro de datos informáticos, que la común opinión atribuye al deslizamiento fluente de datos de las registraciones públicas a los registros privados sin mayores dificultades. A ello se añade, por si algo faltara, la autorización de transferencia internacional de datos con la prevención de que sea a países que tengan un sistema adecuado de protección de los mismos. Una perla más en una ley que parece destinada a violar la intimidad más que a proteger los derechos de las personas.

Todos sabemos que el primer violador de derechos humanos es el estado. En este caso esta permisiva legislación colabora en poner en manos estatales, cuando no financieras, el destino de los secretos y de la intimidad de las personas que queremos doctrinariamente salvaguardar. Es dable destacar, en este contexto y sólo a modo de ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2009, declaró la inconstitucionalidad de la denominada “ley espía”, ley 25.873, que ponía como obligación de las prestadoras de servicios telefónicos la “captación y derivación” de conversaciones telefónicas al servicio de los poderes del Estado que pudieran requerirlo. Ello por invadir la privacidad y la intimidad.<sup>(203)</sup>

La ley más adelante confiere derechos de información y de acceso a las bases a los titulares de los datos y les da derecho a rectificación o supresión o actualización de

---

<sup>203</sup> Se trató de una “class action” promovida por el abogado Ernesto Halabi pidiendo la calificación de la acción como acción colectiva y la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la denominada “ley espía”. La acción fue apoyada por Colegios de Abogados y Federación de Colegios de Abogados. En primera y segunda instancia se decretó la inconstitucionalidad de los artículos referidos y la aceptación de su calidad de acción colectiva aplicable erga omnes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina apoyó la inconstitucionalidad de la ley que violaba los derechos de privacidad e intimidad y también decretó la calificación de la acción, citando antecedentes del Tribunal Constitucional Español (5/4/99) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



esos datos, efectuando petición a los entes registradores. A renglón seguido las excepciones puestas en manos de los registros anulan y cuestionan los derechos concedidos a los registrados. <sup>(204)</sup>

Entre las prescripciones novedosas de la ley se halla la regulación del recurso de “habeas data”, heredero obvio del habeas corpus. La ley establece el proceso de un recurso de amparo a interponer por escrito ante el juez adecuado a fin de conseguir acceso a determinadas bases (que fuera previamente denegado), modificación de contenidos, supresión de informes inadecuados o datos sensibles o simplemente tomar conocimiento de cuanto le atañe al peticionante en determinada colección de datos. Se establece un sistema de interdicción temporaria previa a la difusión mediante un decreto del juez y, tema grave si los hay, se establece el derecho a los registros a oponerse, fundados en determinadas condiciones de la propia ley, a entregar o suministrar los datos o informes que se le requieran judicialmente.

El proceso termina con la orden del juez de rectificación, en su caso, de cuanto obra erróneamente en una base o el rechazo de la petición.

El procedimiento ha sido explicitado sumariamente pero lo que debemos rescatar que el mismo recurso de “habeas data” tan invocado para decretar la ley se reduce a un escaso derecho de amparo fácilmente resistible por la fuerza que la propia ley otorga a los entes registrantes.

Un organismo de control creado para funcionar “autónomamente”, con independencia del poder político, para administrar la ley fue en su momento observado por el Poder Ejecutivo y enmendado. Hoy ese organismo depende del poder político.

Quedamos en verdad a la espera de una ley que defienda los derechos a la intimidad y a la privacidad.

## Corolarios

De todo lo expuesto parece ser que el viejo derecho a la privacidad o a la intimidad, reconocido desde los albores de la modernidad, nuevamente está sobre el

---

<sup>204</sup> Se trata de los artículos 16º a 20º de la ley en cuestión.



tapete en tanto las grandes bases de datos, que antes resultaban de difícil recopilación, acceso y revisión, hoy se encuentran absolutamente expuestas y al alcance de todas las personas merced a los avances informáticos y de internet.

Entonces, cabe especialmente dedicarse al análisis y protección de este derecho. Este ha sido receptado en muchas constituciones modernas y debatido en doctrina y jurisprudencia. De ese análisis y debate han surgido las leyes de habeas data que intentan, con mayor o menor éxito, proteger el derecho a la intimidad y a la privacidad garantizando al individuo registrado el acceso a la información que sobre él se tiene, con posibilidad de corrección y transformación y supresión, en su caso.

Pero éstas resultan insuficientes ante el avasallador avance de la red que cubre todas las actividades de la vida de las personas y de la falta de dedicación y esmero en la protección de esos datos por parte de quienes los poseen y deben preservarlos.

Y fundamentalmente atenta contra el “derecho al olvido” esencial en el ser humano y necesario para el crecimiento y mejoramiento del ser individual y de la sociedad toda.

## Bibliografía

BASTELLA Marcela *“Protección de datos personales”*, Ediar -2088.

BIDART CAMPOS German -.*Manual de la Constitución Reformada*, Tº 1. Ediar Buenos Aires - 1998.

CASTILLO JIMENEZ Cinta - *“Protección y derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la Información”* Derecho y Conocimiento, Vol. 1º, Págs. 35-48, ISSN 1578-8202 Universidad de Huelva

CELIS QUINTAL Marcos A. *“La Protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos”* México. Bibliojurídica

DÍAZ BARRADO Cástor Miguel, *“Latinoamérica, América, Iberoamérica, tres realidades en proyecto”* Fundación Carolina - 20 de Septiembre de 2010

EKMEKDJIAN M. y CALOGERO PIZZOLA (H), *“Habeas Data- El derecho a la intimidad frente a la revolución informática”* Depalma – 1998.



FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos *“El derecho a la intimidad personal”*. Astrea - 1992

GOZAINI, Osvaldo – *“Habeas Data”* 2da. edición .Rubinzal Culzoni- 2011

MARIN GARCIA, Gustavo J. *“Evolución de la protección del derecho al acceso y control de la información en la jurisprudencia de Venezuela”* <http://www.informatica-juridica.com/trabajos.->

MARTINEZ, M. *“Habeas Data Financiero”* Ediciones de la República – 2009.

MASCIOTRA, Mario. *“El habeas Data”* Platense -2003.

PALAZZI, Pablo *“Informes Comerciales”* Astrea – 2007.

PIERONI Agustín - *“Tiene derecho a permanecer callado...”* - EL DERECHO- Buenos Aires - 18/7/1998

PUCCIANELLI O. *“Protección de datos de carácter personal”*, Astrea -2004

ZAVALLA DE GONZALEZ, *“Daños a la dignidad”* 2 tomos, Astrea – 2011.



## RECENSIONES

**VVAA, *Una región en construcción. UNASUR y la integración en América del sur*, Manuel Cienfuegos y José Antonio Sanahuja (Eds), Fundación Cidob, 2010, 422 pp.**

Es una reflexión sobre si América Latina debe continuar con la articulación de procesos de integración, como mejor manera de inserción en el sistema internacional. Los debates desde los noventa sobre la relevancia del regionalismo abierto, del nuevo regionalismo, se replantean décadas después, en este trabajo. A juicio de los impulsores de la publicación, especialistas en Derecho y relaciones internacionales -Profesores Manuel Cienfuegos y José Antonio Sanahuja- parece seguir “vigente el consenso existente sobre la validez de estas estrategias y la relevancia de la integración regional, al menos si se toma como indicador la retórica gubernamental” (p. 13).

La integración en Suramérica sigue con gran dinamismo (Alternativa bolivariana para los pueblos de nuestra América, ALBA, 2005; Comunidad Suramericana de Naciones, 2004, luego UNASUR; MERCOSUR, CAN etc..). El libro resulta de un Seminario internacional organizado por el CIDOB y el Instituto complutense de estudios internacionales en Barcelona los días 14 y 15 de febrero de 2008, con la participación de especialistas en torno a un conjunto de mesas temáticas. Es destacable por la calidad de los autores y por la diversidad de sus procedencias tanto desde la perspectiva geográfica como de formación, lo que da al conjunto una visión completa, amplia e interdisciplinar.

La obra se estructura en tres partes, en que se analizan tres dimensiones de la integración, la económica, aspectos específicos y las relaciones con la UE. La primera Parte (*regionalismo y desarrollo económico en la integración suramericana* (pp. 23-17)



se compone de las contribuciones de Félix Peña, Silvia Simonit y José Antonio Sanahuja. Peña intenta explicar la razón de la integración y de sus crisis desde la perspectiva de la estabilidad sistémica; Simonit analiza la situación actual de Suramérica en relación con el grado de apertura comercial, la especialización productiva y el nivel de competitividad internacional, a la búsqueda de argumentos para el diseño de políticas activas de desarrollo en América del Sur. Concluye (p. 84) que los procesos de integración generan efectos positivos (inversiones) y negativos (deslocalización). América del Sur tiene margen para acrecentar el dinamismo de su especialización productiva en recursos naturales reconociendo la importancia de agregar valor. Habría, indica, que diseñar estrategias a medio y largo plazo en un esfuerzo conjunto del sector público y privado para el desarrollo de dinamizadores esenciales para aumentar la productividad y mejorar la competitividad.

Para José Antonio Sanahuja las crisis del CAN y el MERCOSUR permiten considerar superado el nuevo regionalismo. Hay países que parecen perder interés en la integración económica regional o subregional y optan por estrategias radiales basadas en acuerdos de libre comercio; al mismo tiempo surgen nuevas propuestas (p. 88) que Sanahuja caracteriza como posliberales, como la UNASUR o el ALBA. El autor analiza de manera interesante estos cambios así como el papel de Brasil.

En la segunda parte se profundiza en la *Nueva Agenda de la integración suramericana* (asimetrías, energía, infraestructuras y finanzas). Anna Ayuso reflexiona sobre las disparidades entre los países que participan en los mecanismos de integración y elabora un marco de análisis de las asimetrías (económicas, disponibilidad de recursos naturales, nivel de desarrollo, poder político, tamaño y población etc..) y de los instrumentos y mecanismos disponibles para intentar una mayor convergencia. Por su parte Klaus Bodemer se acerca a la interesante cuestión de la integración energética en América del Sur. Para este autor todavía queda un largo camino hacia una verdadera integración energética en América del Sur (p. 184). Su interesante estudio se acerca a los debates y visiones generales sobre el papel de la energía en la integración en América latina, así como también el estudio de casos particulares (petropolítica de Argentina y Bolivia; el proyecto del anillo energético de Perú, el gran gasoducto



suramericano y el auge del etanol como posible energía alternativa). También son de gran interés en esta parte los estudios de Wilson Nerys Fernández sobre la integración física y la viabilidad de la IIRSA, y de Jordi Bacaria Colom sobre los fines integracionistas y las posibilidades financieras del Banco del Sur.

Finalmente la tercera parte se dedica al análisis de las *relaciones entre la integración suramericana y la Unión Europea*. A tal efecto Manuel Cienfuegos analiza algunos de los elementos básicos en las relaciones como el comercio y las inversiones, así como las relaciones entre la UE y Chile, el Cariforum, el Mercosur, la Comunidad andina etc.. Concluye (p. 335) que las perspectivas no son halagüeñas en las relaciones eurosuramericanas. Por su parte Noemí Mellado, Susanne Gratius, y Lourdes Castro García analizan las relaciones desde la perspectiva de la asociación estratégica birregional, las agendas gubernamentales y la sociedad civil.

En definitiva se trata de una obra de conjunto seria y rigurosa, bien coordinada, que tiene relevancia para el análisis de la evolución de la integración en América Latina y de las relaciones con la Unión Europea. Algunas de las contribuciones y, en general, el conjunto de la obra son una aportación a la reflexión sobre un tema del mayor interés para España y que, como consecuencia de los cambios internacionales, está sometido a una fuerte dinámica de transformación, por lo que este tipo de investigaciones son una puesta al día de algunos elementos de reflexión importantes, por lo que se recomienda su lectura.

Carlos R. Fernández Liesa



**LOWENTHAL, Abraham F., PICCONE, Theodore J. y WHITEHEAD, Laurence (editors.): *The Obama Administration and the Americas. Agenda for a Change*, Brookings Institution Press, Washington, D.C. (Estados Unidos) 2009, 235 páginas.**

Cómo se ve –y cómo se mira- Sudamérica desde Washington, explica mucho de las relaciones políticas establecidas en el continente americano. La literatura sobre Latinoamérica que se produce en Estados Unidos tiene, de manera general, tres procedencias diferentes. La académica, surgida de los centros universitarios, la periodística-vivencial, en la que corresponsales, miembros de ONGs y viajeros describen experiencias y reflexiones tras pasar algún tiempo en algún lugar de las Américas, y la que producen esos híbridos político-académicos que son los centros de pensamientos (o *think tanks*). Cada una tiene características, estilos y objetivos distintos.

Los textos que producen los centros de pensamiento pretenden influir en la toma de decisiones en Washington, y Brookings Institution es uno de los *think tanks* más próximos a la Administración Obama, por lo que cuando Brookings trata algún asunto, hay que mirar si produce algún efecto en el gobierno estadounidense. El libro recoge propuestas de 13 autores diferentes para cambiar la política estadounidense hacia sus vecinos del Sur. Los tres primeros textos (firmados por Abraham F. Lowenthal, Daniel Zovatto y Theodore J. Piccone) discuten las posibilidades de renovar la política hemisférica desde la perspectiva multilateral y del papel de Estados Unidos en los foros multilaterales regionales. Los siguientes textos enfocan a los países cuya relación con Washington se considera determinante, por unas razones u otras: Colombia (los artículos de Michael Shifter y Rodrigo Pardo), Haití (Daniel P. Erikson y Juan Gabriel Valdés) y Cuba (Marifeli Pérez-Stable y Bert Hoffmann) –a cada uno de estos países se le dedican dos textos específicos-, y Venezuela (Jennifer McCoy), Bolivia (George Gray Molina) y México (Carlos Elizondo-Ana Laura Magaloni), para concluir con un texto de síntesis de las recomendaciones hechas en los capítulos previos (Laurence Whitehead).



La selección de países demuestra algo que los observadores de las relaciones en el continente americano ya saben: que la política estadounidense a la región tiene muy bajo perfil y que América Latina no está entre las prioridades de Washington. Los asuntos y los escenarios para que el compromiso (*engagement*, una de las palabras de moda en la política exterior) con la región se haga efectivo son prácticamente los mismos que estaban en la agenda desde la caída del Muro de Berlín. La política antinarcóticos, el desarrollo económico, la gobernabilidad y la consolidación de las instituciones democráticas siguen siendo las preocupaciones estadounidenses sobre la región. Sorprende que no se dé ningún espacio al nuevo rol de Brasil o las relaciones con Chile. ¿Se ha congelado la imagen de América Latina en Estados Unidos?

El libro apareció en vísperas de la Cumbre de las Américas de Puerto España (abril de 2009), presentación de Obama en la política regional (recordada por el diálogo con el presidente venezolano, Hugo Chávez, con *Las Venas abiertas de América Latina* de por medio). El libro –el de Brookings, no el de Galeano- parecía una posible guía para la política del nuevo gobierno. Pero a algo más de un año vista, se comprueba que las recomendaciones que se presentan en las 235 páginas del libro, han tenido poco eco. De hecho, la principal recomendación del libro actuar rápido, realizar gestos para cierta renovación de la agenda continental y construir confianza mutua, tan escasa en las relaciones Norte-Sur en América, ha fracasado.

Lo cierto es que las tensiones en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en San Pedro Zula y la crisis de Honduras, quebraron las buenas intenciones y reavivaron las divisiones continentales sobre el eje de bolivariano-antibolivariano. Sólo con Cuba parece que la Administración Obama ha adelantado algún tipo de cambio, mientras que con el resto de países no se perciben novedades. Ni tampoco se ha aumentado el nivel de la representación regional a través de la OEA u otros organismos multilaterales. Estados Unidos sigue manejando sus relaciones con los demás países en la estricta bilateralidad.



Los autores que participan en el libro son realistas y reconocen que los recursos y la atención que la política exterior estadounidense presta a Sudamérica son escasos y hay otros escenarios prioritarios –Afganistán, Pakistán, Iraq, Irán, China-, por lo que la mayoría de sus recomendaciones pretenden tener un efecto simbólico (por ejemplo la devolución de Guantánamo a Cuba) y priman el *soft power* sobre el *hard power*.

Así, los autores insisten en la necesidad de corregir los excesos y errores en los que se incurrió durante los ocho años de gobierno del presidente George W. Bush, sin renunciar al objetivo de promocionar y consolidar la democracia. Hay, por tanto, un fuerte componente crítico hacia las iniciativas del gobierno republicano. Mediante las propuestas incluidas en el libro, se quiere fortalecer la gobernabilidad de los países vecinos, dejando claro el compromiso con la promoción y protección de la democracia, pero por medios distintos a los de la Administración Bush. Es decir, el margen para el cambio no es profundo, los objetivos fundamentales de la política hemisférica se mantienen y se discuten sólo los medios.

Sin embargo, hay que reconocer que el intento de Brookings por impulsar una nueva agenda -quizás exageradamente denominada como agenda para el cambio- por dar más relevancia a los *asuntos hemisféricos* resulta un esfuerzo interesante, aunque, como tantas veces en el pasado –y como a lo largo del libro se repite-, otros escenarios reclaman el esfuerzo del aparato de política exterior estadounidense y los asuntos latinoamericanos han vuelto a quedar relegados. Pero, aunque las propuestas y recomendaciones que este grupo de autores realiza desde The Brookings Institution, nos recuerdan cómo ve –y cómo mira- Estados Unidos a sus vecinos del Sur. Y eso ya es bastante revelador.

POR MIGUEL M. BENITO LÁZARO

Analista político e Internacionalista.  
Programa de Paz y Seguridad Internacional del Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado” – Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).



**Elsa Bruzzone, Las guerras del agua: América del sur en la mira de las grandes potencias. Editorial Capital Intelectual, 96 páginas, Buenos Aires, 2008.**

Las Guerras del Agua, América del Sur en la mira de las Grandes Potencias, es el tercer libro que la historiadora argentina Elsa Bruzzone dedica a este tema. En sus anteriores libros también trata sobre este polémico asunto, la diferencia es que en esta ocasión hace un particular hincapié sobre América Latina en general y Argentina en particular.

Si es la primera vez que el lector se acerca a tan controvertido tema, puede suceder que ante tanta cifra y tan alarmante situación se abrume y no quiera continuar la lectura, so pena de caer en la desesperación ante pronósticos tan nefastos. Por el contrario, si nos encontramos ante alguien ya familiarizado con el tema de la falta de recursos del planeta y los problemas medioambientales del mismo, quizás continúe adentrándose en este esbozo, a veces demasiado exhaustivo, en cuanto a nombres de cuencas hidrográficas mundiales y sus respectivos caudales hídricos.

En la primera parte, el libro trata de manera sucinta de conflictos pasados y presentes relacionados con el agua, conflictos tipo Turquía o Israel, ambos demasiado complejos para ser vistos sólo desde un único punto de vista, sin embargo, no le falta razón al apuntar que sin duda el agua fue, ha sido y es una razón fundamental de todos ellos. Poco después, y con ese carácter descriptivo del que hace gala durante todo el relato, traza un panorama global del estado mundial de los recursos hídricos, continente por continente. Panorama no demasiado halagüeño al recordarnos el poco respeto y la poca importancia con la que gobiernos y ciudadanos consideramos esta situación. En ella tiene la ocasión de lucirse como historiadora y compartir con los lectores pequeñas historias de la historia, desde la importancia del agua en el desarrollo de las grandes civilizaciones del Extremo Oriente, pasando por la tragedia del Mar de Aral en un



ejercicio de moralizadora advertencia, sobre lo que la Historia, con mayúsculas, nos enseña si nos tomamos la molestia de echar la vista atrás.

Al llegar a la mitad del libro dedica un capítulo en su totalidad a tratar el famoso Acuífero Guaraní. Para los no expertos en el tema del agua, este acuífero es considerado uno de los más importantes del mundo, a pesar del profundo desconocimiento tanto de su extensión real como de los metros cúbicos de agua que alberga. Es en esta parte cuando toma forma la teoría de la conspiración detrás de la cual el llamado por ella Imperio (Estados Unidos), se encontraría tejiendo una red de bases militares pensadas para controlar no sólo el agua sino también el resto de recursos naturales que abundan en la zona ocupada por el acuífero.

La última parte la dedica en exclusiva a tratar sobre las reservas de agua de su país Argentina, antes había hecho una especie de llamamiento libertario, con un tono demasiado apasionado que puede llegar a desvirtuar un trabajo académico serio. En esta parte expone en profundidad la regulación argentina en materia de recursos hídricos/naturales y su falta de aplicación, entre otras razones por la excesiva compartimentación administrativa del país. Parte que sólo puede interesar a determinados especialistas o realmente a alguien que quiera empaparse de semejante maraña administrativa, al hablar con excesivo detalle sobre los códigos jurídicos de todas las provincias argentinas, sus similitudes y diferencias. Quizás lo más acertado habría sido advertir de ello en la portada.

Para una especialista en temas de Geopolítica, Estrategia y Defensa Nacional, además de divulgadora y secretaria del Centro de Militares para la Democracia Argentina (CEMIDA), a pesar de la brevedad del libro, y del abuso de cifras, organismos y convenios varios, le falta credibilidad tanto a la hora de citarlos, como a la manera de referenciarlos, algo que no sucede. Una máxima compartida por la mayoría de los historiadores se refiere a la rigurosidad en cuanto al tratamiento de la información consultada y a la posterior forma de informar sobre quién, qué, cómo, cuándo y dónde se accedió a ella. De hecho ahí puede llegar a radicar la diferencia entre



un libro *cuasi* panfletario, y otro riguroso que pueda servir de consulta sin que llegue a sonrojar precisamente por su falta de meticulosidad.

Hay varias cosas que llaman la atención sobre la redacción del libro, en primer lugar la ya comentada falta de rigurosidad en cuanto al tratamiento de la información consultada, después el estilo un tanto libertario parecido al que emplearía el líder de un movimiento anti sistema o de una Organización No Gubernamental (ONG), desde luego probablemente distinto del que emplearía un especialista serio en el tema. La teoría conspirativa imperial a la que anteriormente nos referimos, o el desconocimiento flagrante de que en 1992, gracias al Tratado de Maastricht, la CEE dejó de serlo para pasar a convertirse en la actual Unión Europea (UE), denominación que lleva utilizando desde entonces. Por no mencionar las coletillas *refraneras* que a modo de moraleja popular inserta por doquier, para terminar entablando un diálogo amigable con el lector, que en ese momento estará intentando recordar cómo acababa aquel dicho popular que a su abuela tanto le gustaba usar en aquellas largas noches de invierno.

Por Silvia Angel Santano,

Investigadora del Instituto Universitario Gutiérrez Mellado. Madrid.



**Juan José Martín Arribas (Dir.): *UE y América Latina, entre la cooperación y la asociación*. Lex Nova, Valladolid (España).**

Esta obra colectiva aborda desde una perspectiva multidisciplinar (tanto jurídica como económica) y de gran rigor científico las relaciones actuales entre la Unión Europea y la Región latinoamericana. Dirigida y coordinada por Juan José Martín Arribas, Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Burgos, el trabajo se sitúa en un contexto “moderadamente alentador” en el que la UE se posiciona como principal contribuyente en las políticas de cooperación para el desarrollo respecto a América Latina y ha establecido, además, lazos activos con América Latina en el marco de la asociación estratégica birregional (AEB). Ambas líneas de actuación, la cooperación para el desarrollo y la asociación estratégica birregional son objeto de profundos análisis por los distintos autores.

La obra consta de ocho capítulos y el primero de ellos, elaborado por Fernando Rueda-Junquera, Profesor de Economía aplicada de la Universidad de Burgos, está dedicado a *la cooperación al desarrollo de la UE con Centroamérica*. El trabajo realiza una valoración crítica de la actual política de cooperación al desarrollo de la UE con Centroamérica, poniendo de manifiesto la enorme importancia de la Unión Europea en la región centroamericana, tanto como socio comercial como inversor, así como en su calidad de donante, valorando las implicaciones de la entrada en vigor del Acuerdo de Asociación celebrado entre la UE y los seis países del istmo centroamericano, que abre un nuevo contexto en las relaciones de cooperación entre ambos.

Al igual que en el capítulo anterior, desde el ámbito de la economía aplicada, en el segundo capítulo José Lorenzo Martín Arnáiz, también Profesor de Economía Aplicada de la Universidad de Burgos, realiza un estudio del papel que desempeña la educación en la cooperación para el desarrollo entre la UE y América Latina. Así, analiza, en primer lugar, la situación de la educación en la región latinoamericana para presentar, a continuación, los modelos econométricos que relacionan la ayuda al



desarrollo y la educación, en los que la ayuda educativa al desarrollo aparece como uno de los regresores que se utilizan para explicar el comportamiento de las variables educativas. Y, por último, profundiza en el papel relevante que tiene la educación en la política de la Unión sobre cooperación al desarrollo, ya que la educación (y también la educación superior) está siendo objeto de una atención creciente en la política de la Unión en materia de cooperación para el desarrollo con América Latina.

La Profesora de Economía aplicada de la Universidad de Burgos, Mariola Gonzalo Delgado, en su estudio sobre *la eficacia de la ayuda al desarrollo en Centroamérica desde la perspectiva del Gobierno receptor*, que constituye el tercer capítulo de la obra, realiza un análisis, teniendo en cuenta el contexto de la actual crisis económica y financiera global, sobre la ayuda al desarrollo como uno de los pilares de la política exterior de la UE y, en particular, sobre la mejora de la eficacia de la ayuda al desarrollo, en especial en Centroamérica, así como el impacto de dicha ayuda sobre el comportamiento de los gobiernos de los Estados receptores.

El capítulo IV de la obra lleva por título *El buen gobierno como instrumento de progreso de la asociación estratégica entre la Unión Europea y América Latina*, ha sido realizado por Marcos Sacristán Represa, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid, y realiza un riguroso e interesante estudio, de gran pertinencia en la actualidad, sobre el buen gobierno de las empresas en el marco de la asociación estratégica birregional entre la Unión Europea y América Latina. Así, desde el análisis del buen gobierno de las empresas en sus diversas dimensiones y manifestaciones, estudia su posible aplicación a los modelos de la asociación estratégica birregional para, finalmente, realizar una valoración crítica sobre las perspectivas de futuro que debería tener el buen gobierno en la citada asociación estratégica.

Ángeles Sánchez Díez y María Lourdes Villalobos Álvarez, Profesoras de la Universidad Autónoma de Madrid y de la Universidad de Costa Rica respectivamente, realizan en el Capítulo V, titulado *El análisis de las Relaciones comerciales de Centroamérica y la Unión Europea: un análisis de su competitividad*, un profundo estudio, desde la perspectiva de la economía política, sobre el esquema de relación



comercial entre ambas regiones. En este sentido, su trabajo aborda, en primer lugar, las asimetrías existentes entre la UE y Centroamérica en relación con su peso en el mercado mundial, incluyendo la apertura comercial en bloque y los intereses y posiciones puestas de manifiesto en el Acuerdo de Asociación celebrado entre ambas regiones. En segundo lugar, se analizan las asimetrías que presenta el comercio entre ambas regiones y, finalmente, se estudia la competitividad que tiene el comercio centroamericano en Europa en comparación con la registrada en el mercado mundial. Concluyen que el comercio de Centroamérica presenta debilidades importantes y que el Acuerdo de Asociación, finalmente adoptado en 2010 entre ambas regiones, debería ser un instrumento que propicie el incremento de las exportaciones de Centroamérica. Se trata, a juicio de estas autoras, de una oportunidad para acercar posiciones en la construcción de una política común comercial que permita la inserción de la región centroamericana en la economía mundial.

Con el título *La asociación estratégica birregional: ¿en busca del desarrollo sostenible perdido?* El director de la obra, el Profesor Juan José Martín Arribas, realiza en el capítulo VI un profundo estudio sobre el desarrollo sostenible, y su debate en el marco de la asociación estratégica birregional entre la UE y América Latina y el Caribe, tanto desde el punto de vista teórico, examinando los contenidos y significados de esta figura en las diversas Declaraciones de Jefes de Estado y de Gobierno en las Cumbres celebradas, como en su aplicación práctica, con el examen de los diversos instrumentos que se emplean para su consecución.

*La Unión Europea como modelo de integración regional en la globalización de la economía: especial referencia para América Latina*, es el título del trabajo realizado por Isabel Vega Mocochoa, Profesora de Economía aplicada de la Universidad de Valladolid, que estudia el modelo europeo de integración y su posible transferibilidad al plano mundial, así como la influencia de la UE en la globalización de la economía a través de su política de cooperación para el desarrollo, con especial referencia a las relaciones entre la UE y América Latina. Además de lo anterior, el trabajo estudia la gobernanza europea -que se encuentra, a su juicio, en vías de mejora mediante aplicación de nuevos principios- como política sectorial en el marco la globalización de



la economía y su posible contribución a la mejora de la gobernanza mundial para conseguir un avance de las instituciones internacionales

Finalmente, el capítulo octavo está, asimismo, realizado por el Director y coordinador de la obra y aborda un tema esencial en el marco del estudio colectivo: *la defensa de los derechos humanos por la Unión Europea en el contexto de la asociación birregional*. En este trabajo se pone de manifiesto como la UE y sus Estados miembros han puesto de manifiesto la voluntad de promover y proteger los derechos humanos en el marco de la Asociación Estratégica Birregional. Y ello ha quedado plasmado tanto en el ámbito teórico de las Declaraciones políticas de los Estados, como en la defensa práctica, por parte de la UE de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Sin embargo, el autor realiza una valoración crítica sobre esta constatación de la defensa de los derechos humanos por parte de la UE y su contraposición con una cierta incoherencia en la asunción, en la práctica, de compromisos internacionales y su voluntad de aplicación de los mismos. A pesar de ello, y de lo que queda por avanzar en la materia, el Profesor Martín Arribas sostiene en su estudio que las distintas herramientas e instrumentos van dotando de coherencia y eficacia a las actuaciones de la UE en el marco de la asociación birregional.

En definitiva, se trata de una obra que aborda, con indudable profundidad y desde distintos prismas que se complementan y enriquecen el estudio, el estado actual de las relaciones birregionales entre la Unión Europea y América Latina, en especial respecto a la región centroamericana, así como su futuro. El excelente trabajo colectivo ayuda a comprender las relaciones birregionales en el contexto de la crisis económica y financiera mundial en el que nos encontramos y a valorar, con realismo pero sin pesimismo, la perspectiva de las mismas.

Por Pilar Trinidad Núñez

Profesora de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales  
Universidad Rey Juan Carlos



## **DOCUMENTACIÓN**

# **MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES**

19921

ACUERDO para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2001.

ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DE BOLIVIA

El Reino de España y la República de Bolivia, en adelante «las Partes Contratantes»,

Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países,

Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, y

Reconociendo que la promoción y protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimula las iniciativas en este campo,

BOEnúm.247    Martes 15 octubre 2002    36185

Artículo 2. Promoción y admisión de las inversiones.

1. Cada Parte Contratante promoverá en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales.

2. Cuando una Parte Contratante haya admitido una inversión en su territorio, concederá, de conformidad con sus disposiciones legales, los permisos necesarios en relación con dicha inversión y con la realización de contratos de licencia, de asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada Parte Contratante se esforzará en conceder, cada vez que sea necesario, las autorizaciones requeridas en relación con las actividades de consultores o de personal cualificado, cualquiera que sea su nacionalidad.

Artículo 5. Nacionalización y expropiación.

1. Las inversiones de inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante «expropiación»), excepto por razones de



utilidad pública, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

2. La indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de que se adopte la medida de expropiación, se notifique oficialmente, o antes de que la inminencia de la misma sea de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante «fecha de valoración»).

3. El valor de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se abonará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible.

4. El inversor afectado tendrá derecho, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión de su caso, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo a los principios establecidos en este artículo.

5. Si una Parte Contratante expropiara los activos de una empresa que esté constituida en su territorio de acuerdo con su legislación vigente y en la que existe participación de inversores de la otra Parte Contratante, la primera Parte Contratante deberá asegurar que las disposiciones del presente artículo se apliquen de manera que se garantice a dichos inversores una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

## Artículo 6. Compensación por pérdidas.

A los inversores de una Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debidas a guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio o cualquier otro acontecimiento similar, se les concederá, a título de restitución, indemnización, compensación u otro acuerdo, un tratamiento no menos favorable que aquel que la última Parte Contratante conceda a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversor afectado. Los pagos resultantes deberán ser libremente transferibles.

## Artículo 3.

### Protección.

1. Las inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad. Ninguna de las Partes Contratantes deberá, en ningún caso, otorgar a tales inversiones un tratamiento menos favorable que el



requerido por el Derecho Internacional.

2. Ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la disposición, la venta o, en su caso, la liquidación de tales inversiones. Cada Parte Contratante deberá cumplir cualquier obligación contractual contraída por escrito en relación con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y que sea conforme con la legislación interna de la primera Parte Contratante.

Artículo 4. Trato nacional y cláusula de nación más favorecida.

1. Cada Parte Contratante otorgará en su territorio a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento que no será menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores o a las inversiones de inversores de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversor.

2. Ambas Partes Contratantes concederán a los inversores de la otra Parte Contratante, en lo que respecta a la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la disposición, la venta o, en su caso, la liquidación de tales inversiones realizadas en su territorio, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado, el que sea más favorable al inversor.

3. El tratamiento concedido en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo no se interpretará en el sentido de obligar a cualquiera de las Partes Contratantes a hacer extensivo a los inversores de la otra Parte Contratante y a sus inversiones el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de su asociación o participación, actual o futura, en una zona de libre comercio, unión aduanera o económica o en cualquier otra forma de organización económica regional.

4. El tratamiento concedido en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo no se refiere a las ventajas que una de las Partes Contratantes conceda a las inversiones o inversores de terceros Estados como consecuencia de un Acuerdo para evitar la Doble Tributación u otros Acuerdos de carácter tributario.

5. Las medidas que se adopten por razones de orden público o seguridad y salud pública no se considerarán tratamiento «menos favorables» en el sentido del presente artículo.

Artículo 7.

Transferencias.

1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversores de la otra Parte Contratante la libre transferencia de todos los pagos relacionados con sus inversiones, y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes:

a) El capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento,



ampliación y desarrollo de la inversión;

- b) las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el artículo 1;
- c) los fondos necesarios para el reembolso de préstamos vinculados a una inversión;
- d) las indemnizaciones y compensaciones previstas en los artículos 5 y 6.
- e) el producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión;
- f) los sueldos y demás remuneraciones percibidas por el personal contratado en el exterior en relación con una inversión;
- g) los pagos resultantes de la solución de controversias.

2. Las transferencias a las que se refiere el presente Acuerdo se realizarán sin demora, en moneda libremente convertible al tipo de cambio de mercado vigente el día de la transferencia.

3. Sin perjuicio de las disposiciones de los apartados 1 y 2 de este artículo, cada Parte Contratante podrá demorar o impedir una transferencia mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de medidas:

2. Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje.

3. El tribunal de arbitraje se constituirá del siguiente modo: cada Parte Contratante designará un árbitro y estos dos árbitros elegirán a un ciudadano de un tercer Estado como Presidente. Los árbitros serán designados en el plazo de dos meses y el Presidente en un plazo de cuatro meses desde la fecha en que cualquiera de las dos Partes Contratantes hubiera comunicado a la otra Parte Contratante su intención de someter el conflicto a un tribunal de arbitraje.

4. Si dentro de los plazos previstos en el apartado 3 de este artículo no se hubieran realizado los nombramientos necesarios, cualquiera de las Partes Contratantes podrá, en ausencia de otro acuerdo, invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a realizar las designaciones necesarias. Si el Presidente de la Corte Internacional de Justicia no pudiera desempeñar dicha función o fuera nacional de una de las Partes Contratantes, se invitará al Vicepresidente para que efectúe las designaciones pertinentes. Si el Vicepresidente no pudiera desempeñar dicha función o fuera nacional de cualquiera de las Partes Contratantes, las designaciones serán efectuadas por el miembro de la Corte Internacional de Justicia que le siga en antigüedad y que no sea nacional de ninguna de las Partes Contratantes.

5. El tribunal de arbitraje emitirá su dictamen sobre la base de las normas contenidas en el presente Acuerdo o en otros Acuerdos vigentes entre las Partes Contra-



tantes y sobre los principios generalmente admitidos de Derecho Internacional.

6. A menos que las Partes Contratantes lo decidan de otro modo, el tribunal establecerá su propio procedimiento.

7. El tribunal adoptará su decisión por mayoría de votos y será definitiva y vinculante para ambas Partes Contratantes.

8. Cada Parte Contratante correrá con los gastos del árbitro por ella designado y los relacionados con su representación en los procedimientos arbitrales. Los demás gastos, incluidos los del Presidente, serán sufragados por partes iguales por ambas Partes Contratantes.

Artículo 11. Controversia entre una Parte Contratante e inversores de la otra Parte Contratante.

1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo información detallada por el inversor de la otra Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible, las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el apartado 1, la controversia podrá someterse, a elección del inversor:

A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o

a un tribunal de arbitraje «ad hoc» establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; o

al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados», abierto a la firma

a) res;

Destinadas a proteger los derechos de acreedo-

b) nes o sentencias en procedimientos administrativos y judiciales; a condición de que dichas medidas y su aplicación no se utilicen como medio para eludir los compromisos u obligaciones de la Parte Contratante con arreglo al presente artículo.

Artículo 8. Otras disposiciones.



1. Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de las obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen del presente Acuerdo, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual debe concederse a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Acuerdo, en cuanto sea más favorable.

2. Las condiciones más favorables que las del presente Acuerdo que hayan sido convenidas por una de las Partes Contratantes con los inversores de la otra Parte Contratante no se verán afectadas por el presente Acuerdo.

3. Ninguna disposición del presente Acuerdo afectará a lo previsto en los Tratados Internacionales que regulen los derechos de propiedad intelectual/industrial.

#### Artículo 9. Principio de subrogación.

Si una Parte Contratante o la agencia por ella designada realizara un pago en virtud de un contrato de seguro o garantía otorgado contra riesgos no comerciales en relación con una inversión de cualquiera de sus inversores en el territorio de la otra Parte Contratante, esta última Parte Contratante reconocerá la subrogación de cualquier derecho o título de dicho inversor en favor de la primera Parte Contratante o de su agencia designada a ejercer, en virtud de la subrogación, cualquier derecho o título en la misma medida que su anterior titular. Esta subrogación hará posible que la primera Parte Contratante o la agencia por ella designada sean beneficiarias directas de todo tipo de pagos por indemnización o compensación a los que pudiese ser acreedor el inversor inicial.

#### Artículo 10. Solución de controversias entre las Partes Contratantes.

1. Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por vía diplomática.

en relación con infracciones penales y resolucio en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI.

3. El arbitraje se basará en:

Las disposiciones del presente Acuerdo y las de otros acuerdos concluidos entre las Partes Contratantes;

las reglas y los principios generalmente admitidos de Derecho Internacional;



el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley.

4. La Parte Contratante que sea parte en la controversia no podrá invocar en su defensa el hecho de que el inversor, en virtud de un contrato de seguro o garantía, haya recibido o vaya a recibir una indemnización u otra compensación por el total o parte de las pérdidas sufridas.

5. Las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de acuerdo con su legislación nacional.

## Artículo 12. Ámbito de aplicación.

1. El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas, antes o después de la entrada en vigor del mismo, por los inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante conforme a las disposiciones legales de esta última. Sin embargo, el presente Acuerdo no será aplicado a ninguna controversia surgida con anterioridad a su entrada en vigor.

2. El tratamiento otorgado por el presente Acuerdo no se aplicará a materias tributarias.

## Artículo 13. Entrada en vigor, prórroga, denuncia.

1. El presente Acuerdo entrará en vigor en la fecha en que las Partes Contratantes se hayan notificado recíprocamente el cumplimiento de las respectivas formalidades constitucionales requeridas para la entrada en vigor de acuerdos internacionales. Permanecerá en vigor por un período inicial de diez años y se prorrogará indefinidamente, a menos que una de las Partes Contratantes notifique por vía diplomática a la otra Parte Contratante su decisión de denunciar este Acuerdo con una antelación de seis meses.

2. Con respecto a las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha de denuncia del presente Acuerdo, las disposiciones contenidas en los restantes artículos de este Acuerdo seguirán estando en vigor por un período adicional de diez años a partir de la fecha de denuncia.

## Artículo 14. Disposición adicional.

El presente Acuerdo abroga y sustituye, a partir de su entrada en vigor, el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bolivia sobre Promoción y Protección

Recíproca de Inversiones, firmado en Madrid el 24 de abril de 1990.

En fe de lo cual, los respectivos plenipotenciarios abajo firmantes, debidamente autorizados por sus Gobiernos respectivos, firman el presente Acuerdo.



Hecho en Madrid, el 29 de octubre de 2001, en dos originales en lengua española, siendo ambos textos igualmente auténticos.

POR EL REINO DE ESPAÑA, Juan Costa Climent, Secretario de Estado de Comercio y Turismo

POR LA REPÚBLICA DE BOLIVIA, Gustavo Fernández Saavedra, Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

El presente Acuerdo entró en vigor el 9 de julio de 2002, fecha de la última notificación cruzada entre las Partes comunicando el cumplimiento de las respectivas formalidades constitucionales, según se establece en su artículo 13.1.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 27 de septiembre de 2002.—El Secretario general técnico, Julio Núñez Montesinos.



## Denuncia del Convenio CIADI por Venezuela

El 24 de enero de 2012, el Banco Mundial recibió una notificación escrita de la República Bolivariana de Venezuela de su denuncia al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio del CIADI).

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 71 del Convenio del CIADI, la denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012.

En su carácter de depositario del Convenio del CIADI, y conforme a lo dispuesto en el Artículo 75 del Convenio del CIADI, el Banco Mundial ha notificado a todos los Estados signatarios la denuncia de la República Bolivariana de Venezuela al Convenio del CIADI.

**19919** *RECURSO de inconstitucionalidad número 2.194-2002, promovido por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 8/2001, de 28 de junio, para la Ordenación de las Instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha.*

El Tribunal Constitucional, por Auto de 1 de octubre actual, ha acordado en el recurso de inconstitucionalidad número 2.194-2002, interpuesto por el Abogado del Estado en representación del Presidente del Gobierno, levantar la suspensión de los artículos 2.2; 7; 12.1, párrafos primero, tercero y cuarto, en relación con el artículo 10; 14, y, por conexión, artículos 19.2 y 3 y 20.1 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 8/2001, de 28 de junio, para la Ordenación de las Instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha.

Madrid, 1 de octubre de 2002.—El Presidente del Tribunal Constitucional,

JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA

**19920** *RECURSO de inconstitucionalidad número 2.521-2002, interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra determinados preceptos de la Ley de Cataluña 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos.*

El Tribunal Constitucional, por Auto de 1 de octubre actual, ha acordado, en el recurso de inconstitucionalidad número 2.521-2002, interpuesto por el Abogado del Estado en representación del Presidente del Gobierno, levantar la suspensión de la vigencia y aplicación del artículo 20.1, letras a) y f), de la Ley de Cataluña 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos.

Madrid, 1 de octubre de 2002.—El Presidente del Tribunal Constitucional,

JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA

## MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

**19921** *ACUERDO para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2001.*

### ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DE BOLIVIA

El Reino de España y la República de Bolivia, en adelante «las Partes Contratantes»,

Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países,

Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, y

Reconociendo que la promoción y protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimula las iniciativas en este campo,

Han convenido lo siguiente:

#### Artículo 1. *Definiciones.*

A los efectos del presente Acuerdo,

1. Por «inversor» se entenderá cualquier nacional o cualquier sociedad de una de las Partes Contratantes que realice inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante:

a) Por «nacional» se entenderá toda persona física que tenga la nacionalidad de una de las Partes Contratantes de conformidad con su legislación.

b) Por «sociedad» se entenderá toda persona jurídica o cualquier otra entidad legal constituida o debidamente organizada de conformidad con las leyes de esa Parte Contratante y que tenga su domicilio social en el territorio de esa misma Parte Contratante, tales como sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, colectivas o asociaciones de empresas, entre otras.

2. Por «inversiones» se designa todo tipo de activos que hayan sido invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última, incluyendo, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales, tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;

b) acciones, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participación en sociedades;

c) derechos a aportaciones monetarias y a cualquier otra prestación contractual que tenga valor económico y esté vinculada a una inversión;

d) derechos de propiedad intelectual: Derechos de propiedad industrial tales como signos distintivos, patentes, diseños y dibujos industriales; derechos de autor y derechos conexos; circuitos integrados y obtentores de variedades vegetales;

e) derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por ley o en virtud de un contrato, incluidas las concesiones para la exploración, prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

Las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por una sociedad de esa misma Parte Contratante, pero que sea de propiedad o esté efectivamente controlada por inversores de la otra Parte Contratante, se considerarán igualmente inversiones realizadas por estos últimos inversores, siempre que se hayan efectuado conforme a las disposiciones legales de la primera Parte Contratante.

Ninguna modificación en la forma en que estén invertidos o reinvertidos los activos afectará su carácter de inversión, siempre que dicho cambio se realice de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante receptora de la inversión.

3. Por «rentas de inversión» se entenderán los importes producidos por una inversión y, en particular, aunque no exclusivamente, beneficios, dividendos, intereses, plusvalías, cánones, honorarios y cualquier renta proveniente de excedentes de explotación.

4. El término «territorio» designa:

a) con respecto al Reino de España: El territorio terrestre, las aguas interiores y el mar territorial, así como la zona económica exclusiva y la plataforma continental que se extienden fuera del límite del mar territorial sobre las cuales tiene o puede tener jurisdicción y/o derechos soberanos de acuerdo con el Derecho Internacional.

b) con respecto a la República de Bolivia: El territorio bajo su soberanía y jurisdicción de conformidad con su legislación y con el Derecho Internacional.

## Artículo 2. *Promoción y admisión de las inversiones.*

1. Cada Parte Contratante promoverá en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales.

2. Cuando una Parte Contratante haya admitido una inversión en su territorio, concederá, de conformidad con sus disposiciones legales, los permisos necesarios en relación con dicha inversión y con la realización de contratos de licencia, de asistencia técnica, comercial o administrativa. Cada Parte Contratante se esforzará en conceder, cada vez que sea necesario, las autorizaciones requeridas en relación con las actividades de consultores o de personal cualificado, cualquiera que sea su nacionalidad.

## Artículo 3. *Protección.*

1. Las inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad. Ninguna de las Partes Contratantes deberá, en ningún caso, otorgar a tales inversiones un tratamiento menos favorable que el requerido por el Derecho Internacional.

2. Ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la disposición, la venta o, en su caso, la liquidación de tales inversiones. Cada Parte Contratante deberá cumplir cualquier obligación contractual contraída por escrito en relación con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y que sea conforme con la legislación interna de la primera Parte Contratante.

## Artículo 4. *Trato nacional y cláusula de nación más favorecida.*

1. Cada Parte Contratante otorgará en su territorio a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento que no será menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores o a las inversiones de inversores de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversor.

2. Ambas Partes Contratantes concederán a los inversores de la otra Parte Contratante, en lo que respecta a la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la disposición, la venta o, en su caso, la liquidación de tales inversiones realizadas en su territorio, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado, el que sea más favorable al inversor.

3. El tratamiento concedido en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo no se interpretará en el sentido de obligar a cualquiera de las Partes Contratantes a hacer extensivo a los inversores de la otra Parte Contratante y a sus inversiones el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de su asociación o participación, actual o futura, en una zona de libre comercio, unión aduanera o económica o en cualquier otra forma de organización económica regional.

4. El tratamiento concedido en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo no se refiere a las ventajas que una de las Partes Contratantes conceda a las inversiones o inversores de terceros Estados como consecuencia de un Acuerdo para evitar la Doble Tributación u otros Acuerdos de carácter tributario.

5. Las medidas que se adopten por razones de orden público o seguridad y salud pública no se considerarán tratamiento «menos favorables» en el sentido del presente artículo.

## Artículo 5. *Nacionalización y expropiación.*

1. Las inversiones de inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante «expropiación»), excepto por razones de utilidad pública, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

2. La indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de que se adopte la medida de expropiación, se notifique oficialmente, o antes de que la inminencia de la misma sea de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante «fecha de valoración»).

3. El valor de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se abonará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible.

4. El inversor afectado tendrá derecho, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión de su caso, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo a los principios establecidos en este artículo.

5. Si una Parte Contratante expropiara los activos de una empresa que esté constituida en su territorio de acuerdo con su legislación vigente y en la que existe participación de inversores de la otra Parte Contratante, la primera Parte Contratante deberá asegurar que las disposiciones del presente artículo se apliquen de manera que se garantice a dichos inversores una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

## Artículo 6. *Compensación por pérdidas.*

A los inversores de una Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debidas a guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio o cualquier otro acontecimiento similar, se les concederá, a título de restitución, indemnización, compensación u otro acuerdo, un tratamiento no menos favorable que aquel que la última Parte Contratante conceda a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversor afectado. Los pagos resultantes deberán ser libremente transferibles.

## Artículo 7. *Transferencias.*

1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversores de la otra Parte Contratante la libre transferencia de todos los pagos relacionados con sus inversiones, y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes:

a) El capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión;

b) las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el artículo 1;

c) los fondos necesarios para el reembolso de préstamos vinculados a una inversión;

d) las indemnizaciones y compensaciones previstas en los artículos 5 y 6.

- e) el producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión;
- f) los sueldos y demás remuneraciones percibidas por el personal contratado en el exterior en relación con una inversión;
- g) los pagos resultantes de la solución de controversias.

2. Las transferencias a las que se refiere el presente Acuerdo se realizarán sin demora, en moneda libremente convertible al tipo de cambio de mercado vigente el día de la transferencia.

3. Sin perjuicio de las disposiciones de los apartados 1 y 2 de este artículo, cada Parte Contratante podrá demorar o impedir una transferencia mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de medidas:

- a) Destinadas a proteger los derechos de acreedores;
- b) en relación con infracciones penales y resoluciones o sentencias en procedimientos administrativos y judiciales; a condición de que dichas medidas y su aplicación no se utilicen como medio para eludir los compromisos u obligaciones de la Parte Contratante con arreglo al presente artículo.

#### Artículo 8. *Otras disposiciones.*

1. Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de las obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen del presente Acuerdo, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual debe concederse a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Acuerdo, en cuanto sea más favorable.

2. Las condiciones más favorables que las del presente Acuerdo que hayan sido convenidas por una de las Partes Contratantes con los inversores de la otra Parte Contratante no se verán afectadas por el presente Acuerdo.

3. Ninguna disposición del presente Acuerdo afectará a lo previsto en los Tratados Internacionales que regulen los derechos de propiedad intelectual/industrial.

#### Artículo 9. *Principio de subrogación.*

Si una Parte Contratante o la agencia por ella designada realizara un pago en virtud de un contrato de seguro o garantía otorgado contra riesgos no comerciales en relación con una inversión de cualquiera de sus inversores en el territorio de la otra Parte Contratante, esta última Parte Contratante reconocerá la subrogación de cualquier derecho o título de dicho inversor en favor de la primera Parte Contratante o de su agencia designada a ejercer, en virtud de la subrogación, cualquier derecho o título en la misma medida que su anterior titular. Esta subrogación hará posible que la primera Parte Contratante o la agencia por ella designada sean beneficiarias directas de todo tipo de pagos por indemnización o compensación a los que pudiese ser acreedor el inversor inicial.

#### Artículo 10. *Solución de controversias entre las Partes Contratantes.*

1. Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por vía diplomática.

2. Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje.

3. El tribunal de arbitraje se constituirá del siguiente modo: cada Parte Contratante designará un árbitro y estos dos árbitros elegirán a un ciudadano de un tercer Estado como Presidente. Los árbitros serán designados en el plazo de dos meses y el Presidente en un plazo de cuatro meses desde la fecha en que cualquiera de las dos Partes Contratantes hubiera comunicado a la otra Parte Contratante su intención de someter el conflicto a un tribunal de arbitraje.

4. Si dentro de los plazos previstos en el apartado 3 de este artículo no se hubieran realizado los nombramientos necesarios, cualquiera de las Partes Contratantes podrá, en ausencia de otro acuerdo, invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a realizar las designaciones necesarias. Si el Presidente de la Corte Internacional de Justicia no pudiera desempeñar dicha función o fuera nacional de una de las Partes Contratantes, se invitará al Vicepresidente para que efectúe las designaciones pertinentes. Si el Vicepresidente no pudiera desempeñar dicha función o fuera nacional de cualquiera de las Partes Contratantes, las designaciones serán efectuadas por el miembro de la Corte Internacional de Justicia que le siga en antigüedad y que no sea nacional de ninguna de las Partes Contratantes.

5. El tribunal de arbitraje emitirá su dictamen sobre la base de las normas contenidas en el presente Acuerdo o en otros Acuerdos vigentes entre las Partes Contratantes y sobre los principios generalmente admitidos de Derecho Internacional.

6. A menos que las Partes Contratantes lo decidan de otro modo, el tribunal establecerá su propio procedimiento.

7. El tribunal adoptará su decisión por mayoría de votos y será definitiva y vinculante para ambas Partes Contratantes.

8. Cada Parte Contratante correrá con los gastos del árbitro por ella designado y los relacionados con su representación en los procedimientos arbitrales. Los demás gastos, incluidos los del Presidente, serán sufragados por partes iguales por ambas Partes Contratantes.

#### Artículo 11. *Controversia entre una Parte Contratante e inversores de la otra Parte Contratante.*

1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo información detallada por el inversor de la otra Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible, las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el apartado 1, la controversia podrá someterse, a elección del inversor:

A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o

a un tribunal de arbitraje «ad hoc» establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; o

al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados», abierto a la firma

en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI.

3. El arbitraje se basará en:

Las disposiciones del presente Acuerdo y las de otros acuerdos concluidos entre las Partes Contratantes;

las reglas y los principios generalmente admitidos de Derecho Internacional;

el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley.

4. La Parte Contratante que sea parte en la controversia no podrá invocar en su defensa el hecho de que el inversor, en virtud de un contrato de seguro o garantía, haya recibido o vaya a recibir una indemnización u otra compensación por el total o parte de las pérdidas sufridas.

5. Las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de acuerdo con su legislación nacional.

Artículo 12. *Ámbito de aplicación.*

1. El presente Acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas, antes o después de la entrada en vigor del mismo, por los inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante conforme a las disposiciones legales de esta última. Sin embargo, el presente Acuerdo no será aplicado a ninguna controversia surgida con anterioridad a su entrada en vigor.

2. El tratamiento otorgado por el presente Acuerdo no se aplicará a materias tributarias.

Artículo 13. *Entrada en vigor, prórroga, denuncia.*

1. El presente Acuerdo entrará en vigor en la fecha en que las Partes Contratantes se hayan notificado recíprocamente el cumplimiento de las respectivas formalidades constitucionales requeridas para la entrada en vigor de acuerdos internacionales. Permanecerá en vigor por un período inicial de diez años y se prorrogará indefinidamente, a menos que una de las Partes Contratantes notifique por vía diplomática a la otra Parte Contratante su decisión de denunciar este Acuerdo con una antelación de seis meses.

2. Con respecto a las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha de denuncia del presente Acuerdo, las disposiciones contenidas en los restantes artículos de este Acuerdo seguirán estando en vigor por un período adicional de diez años a partir de la fecha de denuncia.

Artículo 14. *Disposición adicional.*

El presente Acuerdo abroga y sustituye, a partir de su entrada en vigor, el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bolivia sobre Promoción y Protección

Recíproca de Inversiones, firmado en Madrid el 24 de abril de 1990.

En fe de lo cual, los respectivos plenipotenciarios abajo firmantes, debidamente autorizados por sus Gobiernos respectivos, firman el presente Acuerdo.

Hecho en Madrid, el 29 de octubre de 2001, en dos originales en lengua española, siendo ambos textos igualmente auténticos.

POR EL REINO DE ESPAÑA,  
*Juan Costa Climent,*  
Secretario de Estado  
de Comercio y Turismo

POR LA REPÚBLICA DE BOLIVIA,  
*Gustavo Fernández Saavedra,*  
Ministro de Relaciones  
Exteriores y Culto

El presente Acuerdo entró en vigor el 9 de julio de 2002, fecha de la última notificación cruzada entre las Partes comunicando el cumplimiento de las respectivas formalidades constitucionales, según se establece en su artículo 13.1.

Lo que se hace público para conocimiento general. Madrid, 27 de septiembre de 2002.—El Secretario general técnico, Julio Núñez Montesinos.

## MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN

**19922** *ORDEN APA/2530/2002, de 10 de octubre, por la que se fija para el ejercicio 2002 el importe unitario de los pagos adicionales previstos en el Real Decreto 139/2002, de 1 de febrero, sobre determinadas ayudas comunitarias en el sector de las carnes de ovino y caprino.*

El Real Decreto 139/2002, de 1 de febrero, sobre determinadas ayudas comunitarias en el sector de las carnes de ovino y caprino, tiene por objeto el establecimiento de la normativa básica de los regímenes de ayudas directas a la producción de ganado ovino y caprino.

En el artículo 6 del Real Decreto 139/2002 se prevé que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación fije anualmente, mediante Orden, el importe unitario de los pagos adicionales establecidos en el artículo 11 del Reglamento (CE) 2529/2001, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la carne de ovino y caprino.

La presente Orden fija este importe unitario para el ejercicio 2002 sobre la base de la información suministrada por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta las limitaciones establecidas en el anexo II del Reglamento (CE) 2529/2001.

En su virtud, dispongo:

Artículo único. *Importe unitario de los pagos adicionales.*

El importe unitario por cabeza de ganado ovino y caprino para el año 2002 queda fijado en 1 euro.

## Denuncia del Convenio CIADI por Venezuela

El 24 de enero de 2012, el Banco Mundial recibió una notificación escrita de la República Bolivariana de Venezuela de su denuncia al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio del CIADI).

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 71 del Convenio del CIADI, la denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012.

En su carácter de depositario del Convenio del CIADI, y conforme a lo dispuesto en el Artículo 75 del Convenio del CIADI, el Banco Mundial ha notificado a todos los Estados signatarios la denuncia de la República Bolivariana de Venezuela al Convenio del CIADI.