





ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



Anuario  
Argentino  
de  
Derecho  
Internacional

XXVIII

2019

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

Ninguna persona o entidad, sin autorización escrita de autor y editor, está facultada para reproducir el todo o parte de esta obra, adaptarla, traducirla o disponer su traducción o publicarla, en cualquier forma mecánica, electrónica y fotográficamente o su grabación por cualquier medio de recopilación informática, por cuanto el derecho de propiedad establece que el autor es el único que puede disponer de ella. La infracción a estas disposiciones está penada por lo establecido en el art. 172 y concordantes del Código Penal (art. 2, 9, 10, 71 y 72 de la Ley N° 11.723), y sus modificatorias.

**FOTOCOPIAR LIBROS ES DELITO**

Mansi, Ariel Ricardo

Anuario Argentino de Derecho Internacional XXVIII / AAVV - Autores  
varios. - 1a ed. - Córdoba: Ediciones Lerner, 2022.

492 p.; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-8483-16-0

1. Derecho Internacional. Título.

CDD 341.0982

© 2021 by

Asociación Argentina de Derecho Internacional

AADI



© EDICIONES LERNER SRL

Simón Bolívar N° 312 - Tels. y Fax: 0351 - 4229333

[lernereditorial@gmail.com](mailto:lernereditorial@gmail.com)

[lernereditorasrl2012@gmail.com.ar](mailto:lernereditorasrl2012@gmail.com.ar)

[www.editoriallerner.com.ar](http://www.editoriallerner.com.ar)

Córdoba - Argentina

**Director Honorario**

ERNESTO J. REY CARO

**Director**

LUIS CRUZ PEREYRA

**Secretario**

JULIO CÉSAR CÓRDOBA

**Consejo de redacción**

ARMANDO DANIEL ABRUZA

GUILLERMO ARGERICH

GUSTAVO E. BARBARÁN

VÍCTOR BAZÁN

ARIEL RICARDO MANSI

ALBERTO EDUARDO MONSANTO

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI

HORACIO DANIEL PIOMBO

GUILLERMO ROBERTO ROSSI

AMALIA URIONDO DE MARTINOLI

**Los trabajos publicados reflejan las opiniones personales  
de sus autores. La AADI no se identifica con ellos.**



Autoridades de la  
Asociación Argentina de Derecho Internacional  
*26° Período - 2019-2021*

**Presidente**

MARTA YOLANDA TEJERIZO

**VicePresidente**

ALEJANDRO ALDO MENICOCCHI

**Secretario**

DEMETRIO OSCAR GONZÁLEZ PEREIRA

**ProSecretaria**

ADRIANA CASTELANELLI

**Tesorero**

ROBERTO ARMANDO VICARIO

**ProTesorera**

ADRIANA MERCEDES ZAVATTI DE ROUGIER

**Consejeros**

Armando Daniel Abruza

Analía Noemí Consolo

Luis Cruz Pereyra

Eloísa Beatriz Raya de Vera

**Vocal suplente**

MARÍA LUCIANA ESPASA

**Revisor de cuentas Titular**

ENRIQUE ALEJANDRO MUSSEL

**Revisor de cuentas Suplente**

JORGE RAÚL JOSÉ MARIÑO FAGÈS

*Sección Derecho Internacional Público*

**Director**

ARIEL RICARDO MANSI

*Sección Derecho Internacional Privado*

**Director**

GUILLERMO ARGERICH

*Sección Relaciones Internacionales*

**Director**

CARLOS BIANGARDI DELGADO

*Sección Derecho de la Integración*

**Director**

SILVINA BARÓN KNOLL

*Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del  
Derecho Internacional*

**Director**

MARÍA GLORIA BOTTIGLIERI

*Sección Derechos Humanos*

**Director**

ANDREA STRAZIUSO

## INDICE GENERAL

### DOCTRINA

**-EL RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS Y LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZAR LOS RECAUDOS DE CONTROL PARA UNA EFECTIVA JUSTICIA\***

*THE RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS AND THE NEED TO FLEXIBILIZE CONTROL FOR AN EFFECTIVE JUSTICE*

*D. OSCAR GONZÁLEZ PEREIRA .....*

**-EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

*THE ACCESS TO JUSTICE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

*ANALÍA NOEMÍ CONSOLO / ROMINA VERÓNICA BIANCHINI .....*

### **XXXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**

**Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - AADI - 2019**

### RELATOS

#### SECCIONES

#### **DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES**

**-DEL GATT A LA OMC: HISTORIA Y PERSPECTIVAS DEL**

**SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO DESDE  
UN ENFOQUE ARGENTINO**

*FROM GATT TO WTO: BACKGROUND AND PROSPECTS OF  
THE MULTILATERAL TRADING SYSTEM FROM AN  
ARGENTINE OUTLOOK*

*EDUARDO R. ABLIN* .....

**SECCIÓN  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**-EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERE-  
CHO INTERNACIONAL PRIVADO**

*THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE AND PRIVATE  
INTERNATIONAL LAW*

*EDUARDO VESCOVI* .....

**SECCIÓN  
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

**-LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL COMO  
ESCENARIOS POSIBLES PARA LA CONSOLIDACIÓN  
DE LA PAZ: ASPECTOS FUNDAMENTALES SOBRE  
CIUDADANÍA, EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN**

*REGIONAL INTEGRATION PROCESSES AS POSSIBLE  
SCENARIOS FOR THE CONSOLIDATION OF PEACE:  
FUNDAMENTAL ASPECTS OF CITIZENSHIP,  
IMMIGRATION AND MIGRATION*

*SANTIAGO DELUCA* .....

**SECCIÓN  
METODOLOGÍA, DOCUMENTACIÓN Y ENSEÑANZA DEL  
DERECHO INTERNACIONAL**

**-EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL**

**MUNDO DEL DERECHO**

*THE IMPACT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON THE  
WORLD OF LAW*

GUILLERMO ARGERICH con la colaboración de JUAN JORGE .....

**SECCIÓN  
DERECHOS HUMANOS**

**-COMISIÓN INTERAMERICANA DE  
DERECHOS HUMANOS: EVOLUCIÓN Y PROSPECTIVA  
A 60 AÑOS DE SU CREACIÓN**

*“INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS:  
EVOLUTION AND PROSPECTS 60 YEARS AFTER ITS  
CREATION”*

CHRISTIAN G. SOMMER .....

**CONCLUSIONES DEL TRABAJO CIENTÍFICO DE LAS  
SECCIONES**

**SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO  
Y RELACIONES INTERNACIONALES .....**

**SECCION DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO .....**

**SECCION DERECHO DE LA INTEGRACIÓN .....**

**SECCIÓN DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y  
ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL .....**

**SECCIÓN DERECHOS HUMANOS .....**

**Premio Extraordinario  
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE  
DERECHO INTERNACIONAL (AADI) .....**

**-LOS TRATADOS DE PAZ EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO**

*MARÍA PILAR LORENS*.....

**JURISPRUDENCIA****-JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL 2019**

*ADRIANA CASTELANELLI* .....

**-LISTADO DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA SELECCIONADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2019**

*JULIO CÉSAR CÓRDOBA* .....

**IN MEMORIAM****HOMENAJE A FEDERICO LERNER**

*AMALIA URIONDO*.....

**INSTITUCIONAL****MEMORIA DEL PERÍODO ESTATUTARIO 2018-2019****NORMAS EDITORIALES**

**-NORMAS EDITORIALES DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL** .....

---

# **DOCTRINA**

---



# **EL RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS Y LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZAR LOS RECAUDOS DE CONTROL PARA UNA EFECTIVA JUSTICIA\***

*THE RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS AND THE  
NEED TO FLEXIBILIZE CONTROL FOR AN EFFECTIVE  
JUSTICE*

*D. OSCAR GONZÁLEZ PEREIRA\*\**

## **RESUMEN:**

La cooperación jurisdiccional internacional integra los derechos humanos fundamentales, sea de una persona física o jurídica, así como una necesidad del derecho de acceso a la justicia y que la misma debe ser satisfecha en forma íntegra, no sólo permitiendo el obtener un tribunal (judicial o arbitral) y un proceso en pos de resolver un conflicto, sino también sus consecuencias, es decir la sentencia que allí se dicte sea eficaz, no sólo en ese territorio, sino también en cualquier otro donde pueda producir efectos para su cumplimiento.

\* La base del presente trabajo la constituye la Ponencia presentada al XXXI° Congreso Argentino de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ciudad de Córdoba, 4 al 7 de septiembre de 2019.

Mi agradecimiento a Martina Morana por su colaboración en el presente artículo.

\*\* Profesor regular adjunto de Derecho Internacional Privado y de la Maestría de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro titular e integrante del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

Los requisitos de control de la sentencia extranjera resultan en muchos casos rígidos y excesivos, contrariando los principios de justicia efectiva y que deben ser flexibilizados en pos de dicho resultado.

El análisis de competencia indirecta del juez sentenciante por parte del Estado donde se pretende reconocer o ejecutar ese decisorio extranjero receptado en las fuentes convencionales y en el derecho interno argentino resulta uno de los obstáculos más importantes a la cooperación jurisdiccional.

La aplicación de los principios de favorabilidad, efectividad y amplia cooperación resultan elementos deseables para superar las interpretaciones estrictas de las normas de contralor, destacando que el único impedimento posible al reconocimiento sea la manifiesta incompatibilidad del decisorio con normas o principios de orden público internacional del Estado receptor.

#### *ABSTRACT*

International jurisdictional cooperation includes fundamental human rights, either from individuals or entities, as well as the need for the right of accessing to justice, that must be fully satisfied, not only by obtaining a tribunal (either judicial or arbitral) and a proceeding to solve a conflict, but also its consequences, that is, the judgment that is issued should be effective not only in that territory but also in any other where it produces effects for its compliance.

Control requirements of a foreign judgment are in many cases rigid and excessive, opposite to the principles of effective justice that should be adjusted to achieve that.

The analysis of indirect jurisdiction of the acting judge by the state where it is intended to recognize or execute that foreign decision based on the conventional and internal norms in Argentina is one of the most important obstacles to judicial cooperation.

The enforcement of favorability, effectiveness and broad cooperation are key elements to overcome restrictive interpretations. The only possible restriction to the recognition should be the

incompatibility of the judgement and the laws or principles of international public order of the receiving state.

### **PALABRAS CLAVE**

Cooperación judicial. Reconocimiento de sentencias extranjeras. Jurisdicción indirecta. Cosa Juzgada. Defensa en Juicio. Debida Notificación. Orden Público internacional. Principios de Cooperación favorabilidad y efectividad.

### *KEYWORDS*

Judicial cooperation. Recognition of foreign judgments. Indirect jurisdiction. *Res judicata*. Defense. Duly notice. International public order. Principles of cooperation, favorability and effectiveness.

### **SUMARIO**

Introducción. Requisitos que deben cumplir las sentencias extranjeras. a) Requisitos formales. b) Requisitos procesales. 1) Análisis de jurisdicción internacional. 1.1) Teoría de la unilateralidad simple; 1.2) Teoría de la unilateralidad doble; 1.3) Teoría de la bilateralidad; 1.4) Sistemas de control autónomos; 1.5) Propuesta. 2) Debida notificación y defensa en juicio. 3) Cosa Juzgada y ausencia de contradicción con una decisión judicial o proceso pendiente. 4) Orden Público Internacional y la regla de no revisión del fondo de la decisión extranjera. Los principios de favorabilidad, efectividad y cooperación como herramientas fundamentales para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

### **Introducción**

La cooperación jurisdiccional entre los Estados reviste en el derecho internacional privado actual una vital importancia para el objetivo de un acceso integral al servicio de justicia y una tutela efectiva a los intereses privados.

Resulta alarmante la contradicción que opera entre la libertad de los individuos, la movilidad y globalización de las actividades humanas, el enorme desarrollo de las tecnologías de comunicación e información que han potenciado el comercio, y el rigorismo formal de control entre las decisiones de los Estados.

El desarrollo de la cooperación internacional entre los distintos países, ha hecho que el primigenio concepto de “reciprocidad” como base para prestar colaboración, sea desplazado por la concepción que la entiende “obligatoria”, existan tratados o convenios que vinculan a los Estados, como así cuando se presta sin ningún tipo de compromiso normativo con el solicitante.

Se ha olvidado el concepto de que la asistencia jurisdiccional implique intereses estatales o de soberanía sino que lo que está en juego es el derecho de los particulares a recibir la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales del Estado. Por lo tanto la tutela judicial efectiva es el fundamento último de la asistencia jurisdiccional internacional lo que genera en consecuencia que tanto el Estado requirente como el Estado requerido tengan el correlativo deber de ofrecer y prestar a los particulares esa tutela efectiva en estos litigios internacionales<sup>1</sup>.

Desde esta perspectiva podemos afirmar entonces, que la cooperación jurisdiccional internacional integra los derechos humanos fundamentales, sea de una persona física o de una persona jurídica, así como una necesidad del derecho de acceso a la justicia y que la misma debe ser satisfecha en forma íntegra, no sólo permitiendo el obtener un tribunal (judicial o arbitral) y un proceso en pos de resolver un conflicto, sino también sus consecuencias, es decir la sentencia que allí se dicte sea eficaz, no sólo en ese territorio, sino también en cualquier otro donde pueda producir efectos para su cumplimiento.

<sup>1</sup> ALL, PAULA / RUBAJA, NIEVE, “El conflictivo problema de las notificaciones en el extranjero y el delgado equilibrio del acceso a la justicia”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 294*, Buenos Aires, Thomson Reuters 2018.

Pero hete aquí que los sistemas convencionales e internos de cada Estado, aún mantienen su rigidez en este tema, sosteniendo reglamentos o recaudos puramente de control o interés estatal, por sobre el interés de las personas físicas o jurídicas de efectivizar el resultado de su litigio más allá de las fronteras del Estado donde fue dictada.

Por ello en el presente trabajo analizaré los requisitos que se encuentran mayoritariamente en los diversos tratados internacionales en que es parte nuestro país y en la fuente interna, y analizamos si es posible flexibilizarlos en cuanto a su análisis en pos de una nueva legislación al respecto.

### **Requisitos que deben cumplir las sentencias extranjeras para su reconocimiento.**

Las condiciones generales de regularidad que deben cumplir las sentencias extranjeras a los efectos que desplieguen su eficacia en el ordenamiento del foro las podemos agrupar en tres tipos de requerimientos: los requisitos formales, procesales y sustanciales<sup>2</sup>.

#### ***a) Requisitos formales***

Los requisitos formales se refieren a la sentencia como documento extranjero y podemos mencionar la autenticidad conforme la ley de origen, la legalización conforme la ley del Estado receptor o donde se pretende hacer valer y la traducción al idioma oficial del país requerido.

Dichos requisitos se encuentran plasmados en los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal de 1889 (TMP 1889) y 1940 (TMP 1940), en las Convenciones multilaterales vigentes en el derecho argentino como la Convención Interamericana sobre Eficacia Ex-

<sup>2</sup> ARGERICH, GUILLERMO, “Eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras en los procesos de Integración (Análisis comparativo de las regulaciones del MERCOSUR y de la Comunidad Europea)” Buenos Aires, JA Doctrina 1997-III p 833.

traterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP II Montevideo 1979) artículo 2 incisos a), b) y c); Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil Comercial Laboral y Administrativa de Las Leñas de 1992 (Protocolo de Las Leñas) artículo 20 incisos a) -autenticidad- y; b) -traducción-<sup>3</sup>. En los Tratados bilaterales en los que Argentina es parte sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras<sup>4</sup>, los requisitos formales de autenticidad, legalización y traducción al idioma oficial son receptados de similar forma aunque con algunas particularidades en algunos de los instrumentos bilaterales<sup>5</sup>.

Sobre el particular nos preguntamos ¿es posible su flexibilización para una mejor circulación de las sentencias entre los Estados?

<sup>3</sup> La enmienda al Protocolo de las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil Comercial Laboral y Administrativa de Las Leñas de 1992 del 5 de junio de 2002 (Aprobada por Argentina mediante ley 25.934 del 30-09-2004) que modifica el artículo 19 (no vigente entre los países miembros a la fecha) dispone la vía de tramitación privada o por las partes y en ese supuesto deberá contarse con la legalización exigida por el Estado en que se pretenda su eficacia.

<sup>4</sup> Acuerdo sobre cooperación judicial en materia civil, comercial laboral y administrativa con la República Federativa del Brasil firmado en Brasilia el 20 de agosto de 1991 (ley 24.108); Convención de cooperación judicial con la República Francesa de fecha 02 de julio de 2001 (ley 24.107); Convención de asistencia judicial y ejecución de sentencias con la República Italiana de fecha 09 de diciembre de 1987 (ley 23.720); Tratado de asistencia judicial recíproca en materia civil y comercial con la República Popular China de fecha 9 de abril de 2001 (ley 26.672); Tratado de Cooperación y Asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa con la Federación Rusa de fecha 20 de noviembre de 2000 (ley 25.595); Tratado de Asistencia judicial recíproca en materia civil y comercial con la República Tunecina de fecha 16 de marzo de 2006 (ley 26.667).

<sup>5</sup> Ante la tramitación por autoridad central se exige la legalización en algunos supuestos. Sin embargo y fuera de esta vía de tramitación llama la atención lo dispuesto en el Tratado de Asistencia judicial recíproca en materia civil y comercial con la República Tunecina el artículo 34 exime de toda legalización a la documentación que se acompañe a los efectos del reconocimiento.

En principio los requisitos de autenticidad no pueden ser soslayados, es necesario contar con que los instrumentos y documentos emitidos en un país ajeno al Estado donde se pretende su consideración gocen de la legitimidad formal necesaria, obviamente impuesta por las normas de dicho territorio. Sin embargo, el requisito de legalización puede ser limitado cuando actúan en su transmisión autoridades consulares o diplomáticas o centrales dispuestas en los convenios que con su intervención legitiman y validan el carácter auténtico de los instrumentos. Si ello no existiere o no fuese posible, la solución mayoritaria existente ante la tramitación directa por los particulares con la vigencia entre 117 países de la Convención suprimiendo la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros de La Haya de 1961 hace que este requisito no sea un inconveniente o impedimento para el reconocimiento de la sentencia extranjera.

Quizás en los procesos de integración sea útil considerar la solución de la Unión Europea a través de la Convención de Bruselas (hoy Reglamento Europeo (UE) 1215 del 12/12/2012) que no exige legalización ni formalidad análoga de ninguno de los documentos acompañados. En todo caso si se diera una falsificación o duda de su autenticidad sería la parte contra la que se solicita la ejecución quien debería probarlo<sup>6</sup> es decir “redargüirlo de falsedad”.

Con respecto al requisito de la traducción al idioma oficial del Estado requerido, tanto del decisorio y los demás documentos acompañados, sería deseable que no se imponga que se efectúe en el país receptor por traductor público matriculado en el estado, -tal como sucede en el derecho argentino artículo 123 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)-, atento que ello genera, indudablemente, mayores costos, gastos o inconvenientes al reclamante extranjero y por ende una dificultad a su acceso a la justicia y a la igualdad de trato dispuesta en el artículo 2610 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).

<sup>6</sup> ARGERICH, GUILLERMO (nota 2) p. 833.

Con ello el cumplimiento de la traducción puede reclamarse pero aceptando que sea realizada en el extranjero.

### **b) Requisitos procesales**

Dentro de los requisitos procesales la mayoría de los instrumentos exigen el análisis de la jurisdicción indirecta del juez sentenciante, el respeto al debido proceso, la defensa en juicio y la condición de ejecutoriedad de la sentencia extranjera (cosa juzgada) a los que podemos agregar la no existencia de decisión o trámite de idéntica causa y objeto en el país de reconocimiento exigida en algunos ordenamientos.

Veamos someramente cada uno de ellos

#### **1) Análisis de la jurisdicción internacional.**

El tema de la jurisdicción es uno de los puntos más críticos, pues no sólo afecta al acceso a la justicia al comienzo del proceso sino también, eventualmente, como requisito para la eficacia en otro territorio distinto donde deba ser necesario su reconocimiento y ejecución.

El juez receptor de un pedido de reconocimiento de una sentencia extranjera dictada en otro Estado debe primeramente analizar su propia competencia (jurisdicción directa) para en su caso definir si lo decidido puede ser llevado a cabo en su circunscripción. Así será si allí se localizan el sujeto objeto de la ejecución o de la condena o se encuentran los medios para efectivizarla<sup>7</sup>.

En segundo lugar, corresponderá analizar si la autoridad que ha dictado la decisión judicial ha tenido la potestad necesaria para ello, en otras palabras, que haya sido dictada por un juez o tribunal competente. El requisito es considerado “básico” porque se entiende que precisamente el punto de partida para que pueda

<sup>7</sup> UZAL, MARIA ELSA, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2016, p. 277.

plantearse el máximo grado de cooperación jurídica entre dos Estados –que es el reconocimiento y la eventual ejecución de una decisión judicial extranjera- es que dicha decisión no provenga de cualquiera sino de una autoridad específicamente autorizada por la normativa aplicable<sup>8</sup>.

Ahora bien, en qué forma se realizará este análisis de competencia del juez sentenciante, que es lo que se denomina el estudio de la jurisdicción indirecta.

Diversos sistemas se han planteado en la doctrina y plasmado en los distintos cuerpos normativos convencionales y de fuente interna. Pasaremos sucintamente a una exposición de cada uno de ellos desde la normativa argentina para finalmente establecer si es posible su flexibilización (¿o eliminación?).

### **1.1) Teoría de la unilateralidad simple**

Una postura no reconocida en ningún cuerpo normativo del derecho argentino, establece que resultará suficiente que el juez extranjero resulte competente conforme sus propias normas atributivas de jurisdicción, es decir que el juez ante el cual se pide el reconocimiento solamente deberá verificar que se hayan respetado esas normas.

Esta concepción denominada de unilateralidad simple, es criticada porque conduce al abandono total del control de la jurisdicción del juez extranjero, tan es así que hasta los más fervientes unilateralistas admiten cierto control en los casos de jurisdicción exclusiva del Estado receptor<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO PABLO / VESCOVI, EDUARDO, “Aspectos Generales del Reconocimiento” en *Derecho Internacional Privado del MERCOSUR*, FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. (Coordinador), Buenos Aires, Zavalia, 2003 p. 427.

<sup>9</sup> BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot 2015, p. 244.

### **1.2) Teoría de la unilateralidad doble**

Esta postura, sólo desconoce la jurisdicción del juez extranjero cuando este hubiese invadido la jurisdicción exclusiva del juez requerido<sup>10</sup> y la citada competencia existe válidamente desde el punto de vista del país de la cual proviene la sentencia<sup>11</sup>. En consecuencia, el análisis de jurisdicción indirecta se realizará primariamente por las normas de la ley del juez que dictó la sentencia para luego compararlas solamente con las normas de jurisdicción exclusiva del juez ante el cual se solicita el reconocimiento.

Ha sido receptada en el derecho interno de Uruguay, en el Código General del Proceso, artículo 539.1 Nral. 4<sup>12</sup>.

### **1.3) Teoría de la bilateralidad**

Este sistema impone el análisis de la competencia internacional del juez extranjero según las normas de jurisdicción del juez requerido, es decir las que aplicaría para asumir su propia competencia<sup>13</sup>.

La teoría de la bilateralidad es sumamente rígida, atento que la no coincidencia de los criterios atributivos de competencia de la ley del juez sentenciante con los de la ley del juez requerido marcarían claramente el final de la cooperación y la imposibilidad del reconocimiento de la sentencia y el avasallamiento del derecho de justicia del reclamante.

Ha sido receptada en la CIDIP II Montevideo 1979<sup>14</sup>, en su ar-

<sup>10</sup> BOGGIANO, ANTONIO, (nota 9) p. 244.

<sup>11</sup> ARGERICH, GUILLERMO, (nota 2) p.833.

<sup>12</sup> Código General del Proceso: Eficacia de las sentencias. 539.1 Las sentencias extranjeras tendrán eficacia en la República, si reúnen las siguientes condiciones. ... 4) Que el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer en el asunto, de acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios.

<sup>13</sup> BOGGIANO, ANTONIO, (nota 9) p. 244.

<sup>14</sup> Vigente entre Argentina, Uruguay, Paraguay, Brasil, Perú, Chile, Bolivia, Colombia, Ecuador y México.

título 2 inciso d)<sup>15</sup>, en el Protocolo de Las Leñas<sup>16</sup> art. 20 inciso c)<sup>17</sup>, y en la fuente interna argentina artículo 517 inciso 1) del CPCCN<sup>18</sup> y en numerosos tratados bilaterales<sup>19</sup> que vinculan al país con otros Estados.

Creo que este tema es el que debe resolverse con la mayor urgencia en pos de una mayor efectividad de circulación de las sentencias entre los distintos Estados.

Sostener el sistema bilateral vigente en las fuentes convencionales multilaterales americanas y en la fuente interna nacional, resulta a todas luces injusto y contrario a los principios de cooperación y efectividad ampliamente reconocidos internacionalmente y por ende, a una efectiva prestación de justicia. No siempre los criterios que sirven para aceptar jurisdicción internacional han de servir para la jurisdicción internacional ya asumida por el juez extranjero. El problema que presenta el crite-

<sup>15</sup> Artículo 2: Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados parte si reúnen las condiciones siguientes: ... d) Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto;

<sup>16</sup> Vigente entre Argentina Uruguay, Paraguay y Brasil.

<sup>17</sup> Artículo 20 Las sentencias y laudos arbitrales a que se refiere el artículo precedente, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las siguientes condiciones: ... c. que estos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional;

<sup>18</sup> Artículo 517 CPCCN. Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurren los siguientes requisitos: 1) Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional...

<sup>19</sup> Similares disposiciones encontramos en los Tratados bilaterales que incluyen el reconocimiento de sentencias suscriptos por Argentina con Brasil (1991) Francia (1991), República Popular China (2001) y República de Túnez (2006).

rio bilateralista es que puede conducir al desconocimiento de una sentencia extranjera, fundada en una conexión jurisdiccional razonable, pero no admitida o no regulada por las normas del juez requerido<sup>20</sup>.

El bilateralismo, en tanto determinación de la jurisdicción del tribunal que dictó el fallo de acuerdo al derecho del país receptor, supone una solución fuertemente restrictiva a la circulación internacional de las sentencias y consecuentemente a una adecuada protección del justiciable<sup>21</sup>.

Modernamente esta concepción ha sido matizada por vía de interpretaciones más flexibles, que lamentablemente no se han expresado en las fuentes que mencionamos líneas arriba sino que han sido fruto de la doctrina y del avance de la jurisprudencia y que han puesto su análisis no en la norma estrictamente, sino en consideraciones ante cada caso en particular.

#### **1.4) Sistemas de control autónomos**

Entre otros podemos citar: a) elaboración de normas materiales específicas para regular la intervención del juez de origen de la sentencia que se presenta para ser reconocida<sup>22</sup> o; b) la del “bilateralismo abierto” o “multilateralismo crítico” sostenida por el profesor Antonio Boggiano<sup>23</sup>.

Con respecto a la mencionada en a) referida a elaboración de normas específicas para regular la intervención del juez de origen de la sentencia que se presenta para ser reconocida, podemos encontrar dos variantes: 1) las que se dictan expresamente como criterios de jurisdicción indirecta dispuestos para establecer el

<sup>20</sup> BOGGIANO, ANTONIO, (nota 9) p 244.

<sup>21</sup> TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO, “Necesidad de profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros en el ámbito latinoamericano” en *Rev. Secretaría Tribunal Permanente de Revisión Año 5 N° 10* octubre 2017 [www.tprmercosur.org](http://www.tprmercosur.org).

<sup>22</sup> ARGERICH, GUILLERMO, (nota 2), p 835.

<sup>23</sup> BOGGIANO, ANTONIO, (nota 9) p 247.

reconocimiento de las sentencias (tal como se ha legislado en la Convención Interamericana de La Paz 1984, CIDIP III sobre competencia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros<sup>24</sup> y en el Convenio bilateral entre Argentina e Italia<sup>25</sup> y; 2) las que plantean la uniformidad de las normas de jurisdicción directa en soluciones convencionales materiales, tales como las que se observan en los distintos Protocolos del MERCOSUR<sup>26</sup> o inclusive –conforme lo expresa el profesor Opertti Badán- en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940<sup>27</sup>.

Con relación a la elaboración de normas materiales de jurisdicción indirecta en un tratado multilateral, lamentablemente no ha tenido aceptación entre los Estados a pesar del esfuerzo en la CIDIP III de La Paz (de la cual Argentina no es parte) indicando las bases que se consideran aceptables para dar por satisfecho dicho requisito. La reglamentación que se ha hecho es incompleta puesto que no abarca la totalidad de las materias y en las incluidas no están reguladas en forma exhaustiva sino que solamente da pautas mínimas, con lo cual la sensatez de la idea no se ha correspon-

<sup>24</sup> Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras. CIDIP-III. La Paz, 24 de mayo de 1984. (NO APROBADA POR ARGENTINA) y vigente entre Uruguay y México.

<sup>25</sup> Convención de asistencia judicial y de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil, firmada en Roma el 9 de diciembre de 1987 aprobado por ley 23.720 vigente desde el 13 de marzo de 1990.

<sup>26</sup> Por ejemplo, en el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción contractual (art. 14) y en el Protocolo de Santa María sobre relaciones de consumo (art 12) se los relaciona con el Protocolo de Las Leñas de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil comercial laboral y administrativa para ser tenidos en cuenta al momento de efectuar el control de competencia del tribunal de origen. El Protocolo de San Luis sobre responsabilidad emergente de accidentes de tránsito y en el Acuerdo de Transporte Multimodal si bien nada dice al respecto se debe hacer extensiva tal relación. ARGERICH, GUILLERMO (nota 2).

<sup>27</sup> OPERTTI BADÁN, DIDIER, “Algunas Reflexiones sobre jurisdicción internacional y jurisdicción exclusiva”, en *Derecho Procesal Internacional - Jornadas Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*, OYARZABAL, MARIO (Coordinador) Ed. Abaco - 2012 p 421.

dido con el resultado obtenido<sup>28</sup>. Sin embargo, no podemos dejar de destacar la importancia de esta Convención que ha sido un gran avance en la elaboración de reglas uniformes para juzgar la jurisdicción internacional indirecta y en especial su compatibilidad con otras convenciones bilaterales o multilaterales más amplias o incluso con prácticas más favorables de los Estados<sup>29</sup>, que la CIDIP II Montevideo 1979 y el Protocolo de Las Leñas no incluyen.

Es de hacer notar que esta técnica legislativa de fijar normas materiales de jurisdicción indirecta es factible de realizar en cada ordenamiento nacional que fije pautas al juez del reconocimiento en el análisis de la competencia del juez extranjero<sup>30</sup>, situación que no ocurre en el derecho argentino el cual solamente ha fijado la atribución de competencia directa del juez nacional. Sin embargo, podemos observar como un avance la recepción expresa de competencia directa e indirecta en el principio del domicilio o residencia del demandado (aplicable para ambos análisis) receptado en el artículo 2608<sup>31</sup> del CCyCN y en el reconocimiento del foro de sumisión exclusivo dispuesto en los artículos 2605, 2606<sup>32</sup> y

<sup>28</sup> NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA / ARGERICH, GUILLERMO, “Dimensiones institucional y convencional de los sistemas de reconocimiento de los Estados mercosureños” en *Derecho Internacional Privado del MERCOSUR*, FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., (Coordinador) Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 449/450.

<sup>29</sup> NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA / ARGERICH, GUILLERMO, (nota 28) p. 451.

<sup>30</sup> Con la dificultad que entendemos sería legislar en forma material sobre la totalidad de temas y situaciones posibles que deberían incluirse y que seguramente serían insuficientes o de difícil aceptación. Ya Werner Goldschmidt mencionaba que una reglamentación positiva o taxativa tenía la ventaja de brindar mayor seguridad jurídica pero presenta los inconvenientes de omitir casos o no ser exhaustiva (W. GOLDSCHMIDT “Jurisdicción internacional directa e indirecta” *Prudentia Iuris* N° 1, agosto de 1980, Ed. Universidad Católica Argentina p. 12).

<sup>31</sup> Artículo 2608 CCyCN: “Domicilio o residencia habitual del demandado: Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado”.

<sup>32</sup> Artículo 2606: “Carácter exclusivo de la elección de foro. El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario”.

2607<sup>33</sup> del CCyCN a los asuntos patrimoniales internacionales<sup>34</sup>.

Y con respecto a la segunda posibilidad de normas que uniformen la solución de competencia directa entre los Estados bajo convenios que regulan la atribución de jurisdicción en cada materia la uniformidad de la solución entre dichos Estados es evidente pero también resulta parcial e incompleta.

Al decir del profesor Operti Badán, no puede haber duda alguna que en los casos en los que el legislador regional ha regulado la competencia directa, la indirecta no puede ser diferente a ella<sup>35</sup>. Pero hete aquí que el mismo autor –siguiendo a Fernández Arroyo– se plantea que si bien dicha solución asoma como lógica en la medida en que alguno de los criterios atributivos dispuestos haya sido resultado aplicable por el juez de origen, si no hubiera sido así la interpretación ya no resultaría tan razonable y caeríamos nuevamente en la crisis del sistema de bilateralización con la posibilidad de no reconocer una competencia, que si bien no es coincidente, no afecta la jurisdicción exclusiva del estado del reconocimiento o bien no resulta abusiva ni exorbitante.

El criterio de análisis de la jurisdicción indirecta que mencionara e indicara bajo el acápite b) del “bilateralismo abierto” o

<sup>33</sup> Artículo 2607: “Prórroga expresa o tácita. La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuerden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin declinatoria”.

<sup>34</sup> Sin embargo –a nuestro parecer – la prórroga tácita de jurisdicción opera para todo tipo de acciones excepto aquellas exclusivas dispuestas en la normativa, por lo cual ante esa sumisión voluntaria no cabría oportunidad alguna de cuestionamiento ante el juez del reconocimiento de la competencia extranjera si no se planteó oportunamente en dicho pleito.

<sup>35</sup> OPERTI BADAN, DIDIER, (nota 27) p. 422.

“multilateralismo crítico” expresado por el profesor Boggiano presenta varias aristas.

En primer lugar y tal como se viene sosteniendo en las diversas teorías y criterios interpretativos la jurisdicción internacional exclusiva del juez ante el cual se pide el reconocimiento debe ser respetada.

En segundo lugar, que el juez extranjero no haya asumido una jurisdicción exorbitante, arbitraria o abusiva artificial o fraudulenta.

Al respecto es relevante que el autor propone incluso el desconocimiento de esa jurisdicción supuestamente *exorbitante* a pesar de que la misma sea reconocida en el lugar indicado por las normas de conflicto argentinas, entendiendo que en nuestro país no existen normas que confieran jurisdicciones exorbitantes<sup>36</sup>.

Tercero que el foro extranjero se relacione con el caso por el contacto que más se aproxime a la norma argentina. Es decir que, en el supuesto de no coincidencia entre los criterios atributivos de competencia directa del Estado del reconocimiento, la posibilidad de ubicar una conexión razonable a fin de solucionar la rigidez de la norma de jurisdicción directa nacional. Esta corrección de la norma de jurisdicción directa ha sido receptada –aunque con un carácter excepcional- en el artículo 2602 del Código Civil y Comercial de Argentina (CCyCN) al admitir el *foro de necesidad* para dejar sin efecto la competencia expresamente fijada.

Finalmente y como cuarta condición, que la sentencia extranjera sea reconocida en el país cuyo derecho sería aplicable a la controversia según las normas argentinas significa relacionar la eficacia del decisorio del foro extranjero desconocido por nuestras normas de jurisdicción con el derecho aplicable al asunto, entendiendo que ello ocurre –generalmente- en el lugar indicado por nuestra norma de conflicto<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> BOGGIANO, ANTONIO, (nota 9) p. 247.

<sup>37</sup> BOGGIANO, ANTONIO, (nota 9) p. 247.

A todas estas condiciones Boggiano las expone claramente como acumulativas, es decir que a fin de superar los inconvenientes de un bilateralismo estricto deben darse en su totalidad a efectos de superar el disenso entre los sistemas de competencia internacional del juez sentenciante y el juez del reconocimiento.

### **1.5) Propuesta.**

¿Conviene seguir algunos de estos criterios o podemos ir un poco más allá en la aventura de flexibilizar requisitos tan rígidos y problemáticos en su aplicación para la circulación de las sentencias entre los distintos Estados y asegurar el valor justicia?

Entiendo que el requisito de análisis de la jurisdicción indirecta debe ser modificado.

En efecto, comparto la postura que la competencia del juez extranjero debe analizarse conforme sus normas de jurisdicción internacional y sus límites no son otros que la jurisdicción exclusiva del Estado receptor o la atribución abusiva, arbitraria o fraudulenta de dicha competencia.

La jurisdicción exclusiva debe ser analizada con interpretación restrictiva, y su determinación debe estar sujeta a criterios de racionalidad que deben tener en cuenta la solución particular del asunto, en consonancia con la Convención de Normas Generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1979 (CIDIP II 1979) artículo 9 al consagrar la equidad del caso concreto y, –siguiendo al profesor Didier Operti Badán– *que la jurisdicción exclusiva no funciona como si fuera una autorización en blanco para rechazar el fallo extranjero sino como un mecanismo de defensa del orden jurídico nacional, cuando inequívocamente estamos en presencia de una solución jurisdiccional que se atribuye al Estado el conocimiento del que se trata*<sup>38</sup>.

Ya el maestro Goldschmidt<sup>39</sup>, sostenía que la jurisdicción ex-

<sup>38</sup> TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO, (nota 21) p. 50.

<sup>39</sup> GOLDSCHMIDT, WERNER, “Jurisdicción Internacional Directa e Indirecta”. *Respuesta al cuestionario provisional acerca de la Jurisdicción Interna-*

clusiva debía ser opuesta en forma excepcional y cuando ella afectara manifiestamente los principios de orden público internacional del foro requerido. En igual sentido los recientes Principios de ASADIP del año 2015, sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS)<sup>40</sup> Capítulo 3 artículo 3.1, establecen claramente que los supuestos en los que se pretenda ejercer jurisdicción exclusiva deben concebirse e interpretarse restrictivamente.

La jurisdicción que debe respetarse y que el propio derecho sostiene para la atribución de su competencia, son los foros razonables, es decir aquellos que tienen una vinculación cierta con el objeto del litigio, permiten una adecuada posibilidad de defensa para el demandado y se basa en criterios de aproximación objetiva del caso al foro. Lo opuesto son los foros exorbitantes en los que la aproximación es forzada o arbitraria<sup>41</sup>.

Los foros razonables cumplen con un índice de vinculación suficiente del caso con el foro<sup>42</sup> pero no puede dejar de mencionarse otro dato, cual es el referido al respeto que en general guardan los mismos respecto a los derechos de todas las partes que intervienen en la relación jurídica, entendiendo por respeto el hecho de que la determinación del juez competente no sea atraer injustificadamente al foro a la parte no vinculada con él. En líneas generales, puede considerarse que no existe justificación cuando la atracción al foro además de no cumplir con un índice de proxi-

*cional enviado por la Consultoría Jurídica de la Organización de los Estados Americanos a los participantes de la Reunión de Expertos, 9 a 15 de abril Washington D.C. Citado por TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO, (nota 21) p. 50.*

<sup>40</sup> Principios de ASADIP Sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS) aprobados por la Asamblea de la ASADIP en su reunión celebrada en la ciudad de Buenos Aires el 12 de noviembre de 2016. Disponible en [www.asadip.org](http://www.asadip.org)

<sup>41</sup> VESCOVI, EDUARDO, “El tema de la competencia judicial internacional en el ámbito de la OEA: Balance y Perspectivas: Lo que queda por hacer” p. 76 [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XL\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2013](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XL_curso_derecho_internacional_2013)

<sup>42</sup> VESCOVI, EDUARDO, (nota 41), p. 76.

midad se realiza en menoscabo del equilibrio de una de las partes, favoreciendo a una de ellas solamente<sup>43</sup> con lo cual el ideal de justicia se ve seriamente afectado.

Por ello, los foros exorbitantes deben ser rechazados cuando un Estado atrapa bajo su jurisdicción un supuesto que siguiendo los cánones mencionados no le corresponde, salvo aquellos en los cuales por valores superiores de ese ordenamiento, la inclinación de la balanza a favor de una de las partes sea a fin de su protección, como sería en los casos de parte débil (contratos de consumo o laboral o menores o alimentos por ejemplo) en los cuales no sería abusivo, sino simplemente protectorio para equilibrar la desigualdad existente en la relación.-

En consecuencia, a lo expuesto, observo entonces que la aceptación de foros razonables y el rechazo de foros exorbitantes o fraudulentamente aplicados son cuestiones que se fundan en principios del ordenamiento jurídico, con lo cual no es necesario un análisis meramente comparativo de normas directas de competencia tal como se postula en el sistema bilateralista, sino en base a dichos principios, obtener la posibilidad de la eficacia de la sentencia extranjera.

Por lo tanto, el requisito de análisis de la competencia del juez sentenciante no es ni más ni menos que un análisis de orden público internacional, y que debe quedar dentro de su concepción y no figurar como un requisito o recaudo autónomo, netamente mecanicista o comparativo.

A mi entender, el análisis del reconocimiento de una sentencia extranjera en cuanto a competencia indirecta del juez sentenciante debe dirigirse simplemente a que no vulnere principios que afecten manifiestamente las bases del ordenamiento del juez de reconocimiento y, entre esos principios no hay duda alguna que se encuen-

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., "Aspectos Generales del sector de la jurisdicción internacional" en *Derecho Internacional Privado del MERCOSUR*, FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., (Coordinador) Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 154.

tran el rechazo a los foros exorbitantes, fraudulentos o irrazonables y las taxativas normas sobre jurisdicción exclusiva que el Estado receptor se reserva para sí.

## **2) Debida notificación y defensa en juicio**

No hay duda alguna que la debida notificación del demandado y la posibilidad de acceso y defensa ante un pleito judicial debe ser considerado convenientemente. Se trata de un derecho humano fundamental de acceso a la justicia y no puede ser soslayado o minimizado ante un reconocimiento de una sentencia extranjera.

El acceso a la justicia comprende tanto al justiciable que recurre en pos de obtener un tribunal (judicial o arbitral) y un proceso tendiente a resolver un conflicto, sino también a aquel que es reclamado o demandado y al cual debe respetarse la garantía de un debido proceso y de ejercer la posibilidad de su defensa.

Una de las típicas excepciones que puede darse a la regla de no revisión de la sentencia extranjera tiene que ver con la necesidad de que se haya respetado claramente el derecho de defensa, derecho humano esencial en materia procesal<sup>44</sup>.

En el cuerpo de diversos tratados internacionales de derechos humanos y también en el de la Constitución Nacional, dentro de los derechos resguardados se encuentra garantizado el acceso a la justicia, ya que es esencial para la protección de los mismos. Entre las distintas maneras de regular este derecho y todo lo que involucra citaremos a modo de ejemplo al primer párrafo del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): *1. "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."*

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., (nota 43) p. 420.

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en sí mismo con amplio reconocimiento constitucional, a la vez que opera como una garantía para el respeto y protección de todos los derechos que sean vulnerados. El resguardo del acceso efectivo a la justicia se ha tornado en nuestros días una obligación de los Estados a nivel internacional, ante el compromiso que han asumido al ratificar tratados y otros instrumentos de derechos humanos que expresamente lo consagran. En esta inteligencia, el Derecho Internacional Privado se ha encargado de aportar reglas, principios, estándares de protección de este derecho humano en el ámbito del Derecho procesal internacional<sup>45</sup>.

El concepto del derecho humano acceso a la justicia es amplio e involucra a diversos derechos dentro del mismo entre ellos el de defensa en juicio y debido proceso y la cooperación judicial internacional y por lo tanto, el reconocimiento de sentencia también es parte del mismo. En consecuencia, el análisis de los derechos de defensa y debido proceso de los justiciables deben ser coordinados y equilibrados porque no existe una supremacía de uno sobre otro sino una debida y armónica coexistencia que redunde en el valor supremo de justicia.

Y la misma coordinación entre los derechos de debido proceso y defensa en juicio debe darse con el derecho del justiciable a hacer efectiva la sentencia no sólo en el territorio en que se dicta sino en donde deba o pueda producir efectos ya sea por un reconocimiento simplemente o por su ejecución forzada.

Ambos valores son supremos y deben ser estrictamente considerados, sin que uno se encuentre superior al otro. Es tan nefasta la idea de un proceso injusto (con violación a la debida citación y defensa) como la imposibilidad de la ejecución del que se encuentra en respeto de los principios y normas y que, por interpretaciones estrictas, se le priva de su eficacia en otro territorio.

<sup>45</sup> SCOTTI, LUCIANA, "El Acceso a la justicia en el derecho internacional privado argentino. Nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación". Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales Vol. 03 N° 06: Octubre 10 de 2016 p. 32 [www.redsociales.unlu.net](http://www.redsociales.unlu.net)

Es así que fórmulas como la que recepta la CIDIP sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros en el artículo 2 inciso e)<sup>46</sup> que someten a un análisis comparativo de formas procesales de notificación o emplazamiento con los del foro de reconocimiento o incluso como lo dispone el artículo 517 inciso 2 del CPCCN que impone la citación *personal* del demandado, resultan –a nuestro entender- obstructivas y que deberían ser dejadas de lado.

Tal vez la fórmula adoptada en el Protocolo de Las Leñas e incluso la dispuesta en los TMP de 1889 y 1940, sean mucho más aptas, ya que refieren simplemente a que se respete el principio de debida o legal citación y garantía de defensa en juicio sin imponer comparación alguna al juez de reconocimiento. Y en ese caso, el estudio será –como venimos sosteniendo– sobre la base a que no afecte manifiestamente los principios en que reposan estos derechos, y ya no su forma procesal de aplicación por el Estado que dictó el decisorio.

En síntesis, el análisis del respeto al debido proceso y al derecho de defensa debe ser considerado con la máxima amplitud, es decir que no lesione principios fundamentales del justiciable o sea arbitraria o irrazonable en cuanto a su forma y ejecución del proceso<sup>47</sup>, desterrando criterios comparativos con los existentes en el foro ante el cual se pide el reconocimiento, que pueden llevar, –por el sólo hecho de ser diferentes en los Estados–, a impedir la efectividad de la sentencia extranjera.

<sup>46</sup> Artículo 2: Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes: ...e) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efectos.

<sup>47</sup> Tal como ha sido receptado por los Principios de ASADIP Capítulo 7 Eficacia de decisiones extranjeras, artículo 7.2. Ver [www.asadip.org](http://www.asadip.org)

### **3) Cosa Juzgada y Ausencia de contradicción con una decisión judicial o proceso pendiente**

El recaudo de que la sentencia dictada para ser efectiva en otro territorio deba haber pasado en autoridad de cosa juzgada, es decir encontrarse firme y en condiciones de ser ejecutoriada, deviene absolutamente razonable, necesario e imprescindible. La sentencia extranjera ha de ser definitiva e insusceptible de impugnación por vía de recursos ordinarios según la ley del lugar de su pronunciamiento<sup>48</sup>.

No hay duda alguna que el principio de seguridad jurídica debe primar. Si el asunto ya fue resuelto y decidido en el Estado requerido, el reconocimiento de la sentencia extranjera no pueda prosperar, ya que actuar de otra manera implicaría el imposible expediente de hacer efectivas dos soluciones del mismo caso<sup>49</sup>.

Es importante aquí lo dispuesto en el artículo 22 del Protocolo de Las Leñas y en el artículo 517 del CPCCN que no imponen un rechazo automático de la sentencia extranjera por existir un fallo en el país, sino en la medida en que sea “incompatible” con lo cual la coexistencia de dos decisorios en la medida de su compatibilidad es posible incluso en forma parcial.

Por otro lado, debe considerarse además otro supuesto que es que el decisorio extranjero en dichas condiciones, no se enfrente con un procedimiento en trámite en dicho país.

Al respecto debe destacarse la problemática y la posible afectación que puede causar un decisorio ya firme en el extranjero con un proceso en trámite en el país sobre la misma causa. Si bien revestirá importancia la prioridad temporal dada por la fecha de iniciación de ambos procesos o por la fecha de la decisión, esos elementos no pueden ni deben ser los únicos relevantes para en su caso impedir la continuidad del proceso iniciado con posterioridad. Hay derechos fundamentales, no sólo del que solicita el reconocimiento de la sentencia extranjera sino de los otros justiciables,

<sup>48</sup> BOGGIANO, ANTONIO, (nota 9) p. 251.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., (nota 43) p. 429.

en donde el riesgo de convalidar situaciones fraudulentas o abusivas –ya sea dándole curso al reconocimiento así como en el supuesto de rechazo- pueden ser lesionados y que deberían ser cuidadosamente analizados por el Juzgador<sup>50</sup>.

Por ello y con respecto a este punto, entendemos que no debe circunscribirse a la enunciación de un mero requisito de contralor específico y automático de existencia y fechas del proceso, sino que deben ser analizadas cuidadosamente todos los elementos, tanto de la sentencia dictada en el extranjero como del proceso en curso en el Estado, considerando los principios y derechos en juego con un estricto análisis de orden público internacional procesal.

#### **4) Orden Público Internacional y la regla de no revisión del fondo de la decisión extranjera.**

Este requisito es dentro de las reglas de reconocimiento de sentencias extranjeras el habitual –y digamos necesario- contralor de los principios y normas imperativas del derecho del Estado receptor.

Ahora bien, que sea un requisito necesario no significa que su aplicación conduzca justamente al efecto contrario al principio general o regla que es el del reconocimiento de los decisorios extranjeros y el rechazo su excepción.

La regla de no revisión del fondo de la decisión extranjera no aparece expresamente dispuesta en ninguna de las fuentes convencionales multilaterales vigentes en Argentina<sup>51</sup> ni de su fuente

<sup>50</sup> Sin embargo, el Protocolo de Las Leñas en su artículo 22 expresamente dispone el no reconocimiento automático si ante la autoridad requerida se había iniciado un procedimiento entre las mismas partes fundadas en los mismos hechos y tuvieren el mismo objeto en forma anterior a la fecha de iniciación de la demanda cuya sentencia se pretende ejecutar, privilegiando con ello el aspecto temporal para el rechazo.

<sup>51</sup> Excepto en el reconocimiento de fallos extranjeros dispuesto en la Convención sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV –La Paz) que en su artículo 13 expresamente recepta la no revisión del fondo del asunto. En igual sentido el Convenio bilateral de Cooperación Jurídica Internacional con la República de Francia del 1 de julio de 1992 (ley 24.107) artículo 3.

interna, pero se infiere su inclusión dentro del concepto del orden público.

Cuando se dice que la decisión extranjera no debe someterse a un control de fondo lo que se está expresando es que el caso queda terminado en el Estado de origen y en modo alguno se va a abrir otra vez en otro Estado en el que la decisión pretenda desplegar algún efecto<sup>52</sup>. El control concierne a la solución material de la controversia en cuanto a su eficacia o ejecución en el país estrictamente. De ahí que se requiera una comparación sustancial entre aquella solución y el espíritu del derecho argentino<sup>53</sup> y que la misma sea manifiesta y evidente.

El rechazo a la revisión del fondo alcanza amplio consenso en derecho comparado<sup>54,55</sup>, excepto los controles que resulten necesarios para evitar violaciones a los derechos humanos fundamentales<sup>56</sup>.

Podemos diferenciar claramente un orden público internacional sustantivo que es el que refiere al control sobre la sentencia extranjera no violente normas imperativas (incluidas las de competencia exclusiva) o manifiestamente principios del ordenamiento del Estado receptor, del orden público internacional procesal o de procedimiento que incluiría al derecho de defensa a la debida notificación y que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

En consecuencia, la no revisión de la sentencia extranjera es dirigida exclusivamente a los aspectos materiales del decisorio y la

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., (nota 43) p. 419.

<sup>53</sup> BOGGIANO, ANTONIO, (nota 9) p. 253.

<sup>54</sup> El reciente Convenio sobre reconocimiento y ejecución de juicios extranjeros en materia civil y mercantil de La Haya del 02 de julio de 2019 recepta expresamente este principio de no revisión del fondo de la sentencia por parte del Estado requerido (art. 4.2.).

<sup>55</sup> Los Principios ASADIP, Capítulo 7 “Eficacia de Decisiones Extranjeras”, artículo 7.5 expresamente disponen: *La revisión del fondo de la decisión extranjera, así como la determinación de la legislación aplicable al fondo del litigio son contrarias al derecho de acceso transnacional a la justicia.*

<sup>56</sup> TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO, (nota 21) p. 52.

excepción a esa revisión lo constituye lo que llamamos orden público internacional procesal que verificará el cumplimiento de las garantías procesales de defensa en juicio y seguridad jurídica.

### **Los principios de favorabilidad, efectividad y cooperación como herramientas fundamentales para el reconocimiento de las sentencias extranjeras.**

Los sistemas convencionales americanos, así como la fuente interna en la mayoría de los Estados, han recepcionado el análisis de la jurisdicción indirecta, el respeto a las garantías procesales de debida notificación, defensa en juicio y cosa juzgada en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, con diversos criterios o en algunos supuestos sin indicar su forma de contralor.

Ahora bien, ante el desarrollo y ferviente avance de la cooperación judicial, su obligatoriedad y su reconocida inclusión en los derechos fundamentales de las personas en obtener no sólo un acceso a la justicia sino a sus resultados más allá de los límites de un territorio, es preciso analizar si los principios de cooperación, efectividad y favorabilidad contribuyen a una efectiva circulación y reconocimiento de las sentencias.

En el ámbito americano encontramos que sobre el tema Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Perú y Colombia son parte del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal de 1889 (TMP 1889) y, los tres primeros del Tratado del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal de 1940 (TMP 1940), así como de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de Montevideo de 1979 (CIDIP II Montevideo 1979), conjuntamente con Brasil México Ecuador y Venezuela.

Asimismo el Protocolo de Las Leñas de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa de 1992 (Protocolo de Las Leñas) vincula a los países originarios del MERCOSUR Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay.

En los TMP 1889 y TMP 1940 el requisito de análisis de jurisdicción indirecta no se encuentra sometido a criterio alguno, mientras que en la CIDIP II Montevideo 1979 y en el Protocolo de Las Leñas en relación al reconocimiento de sentencias se ha optado por el bilateralismo doble, es decir por el análisis de competencia internacional del juez sentenciante conforme las normas de jurisdicción internacional del juez ante el cual se solicita el reconocimiento o ejecución. Igual solución sigue la fuente interna argentina.

Con respecto a las garantías procesales de debida notificación los TMP 1889 y TMP 1940 sientan un concepto general de debida notificación siempre respetando lo dispuesto en la *lex causae*, es decir de acuerdo a la ley del juez que dictó el decisorio<sup>57</sup>, a diferencia de lo dispuesto en la CIDIP II Montevideo 1979 donde se impone una comparación sustancial y equivalente “de debida forma legal” con la ley del Estado donde se solicita su reconocimiento<sup>58</sup>. El Protocolo de Las Leñas<sup>59</sup> no indica en base a qué ley debe realizarse el control de debida notificación. La fuente interna argentina en su artículo 517 inciso 2) del CPCCN<sup>60</sup> impone una solución material de análisis de la debida notificación a que la misma sea “personalmente citada”, descartando de plano –en principio- otro tipo o forma de emplazamiento.

<sup>57</sup> Artículo 5 inciso c) de ambos tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo: *Que la parte contra quien se ha dictado, haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se ha seguido el juicio.*

<sup>58</sup> Artículo 2 inciso e) CIDIP II Montevideo 1979: *Que el demandado haya sido notificado o emplazado de debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto.*

<sup>59</sup> Artículo 20 Inciso d) Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil Comercial Laboral y Administrativa: *Que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y e haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa.*

<sup>60</sup> Artículo 517 CPCCN inciso 2) *Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y asegurado su derecho de defensa.*

En relación con el carácter ejecutorio o cosa juzgada las convenciones y fuente interna poseen criterios similares de consideración conforme la ley de origen del decisorio.

En consecuencia, a lo expuesto y a la diversidad en cuanto al análisis de la jurisdicción indirecta y de las garantías procesales ante la multiplicidad de ordenamientos convencionales vigentes para varios países debemos analizar cómo se relacionan entre sí en cuanto a su aplicación dichos Tratados.

Ni los TMP 1889 y TMP 1940 ni en la CIDIP II Montevideo de 1979 existen cláusulas de compatibilidad entre los Tratados, por lo que en un primer análisis de la cuestión puede pensarse que las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras contenidas en el TMP 1889 Y TMP 1940 han quedado desplazadas por la convención interamericana. O dicho de otro modo resultarían inaplicables los primeros por ser anteriores o que esas normas quedaron terminadas al entrar en vigencia la segunda en virtud de lo dispuesto por el artículo 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>61</sup>.

Sin embargo, esta ausencia de mención expresa en las Convenciones arriba mencionadas no es un óbice para sostener la aplicación de un tratado anterior, basándonos en la regla de aplicación de la convención más favorable o regla de la máxima eficacia<sup>62</sup> a pesar que esa regla tampoco se encuentre expresada en el tratado.

La pluralidad de fuentes, calificada por Erik Jayme en su Curso General de la Academia de La Haya como un fenómeno del pluralismo postmoderno, genera la necesidad de coordinarlas. Para Jayme existen dos modos de resolver estos conflictos, el primero consiste en dar preeminencia a una fuente, descartando la otra, es decir aplicando una cierta jerarquía entre ellas, el segundo consis-

<sup>61</sup> NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, *Relaciones entre Tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Internacional* Buenos Aires, Eudeba, 2018, p. 332/333.

<sup>62</sup> NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA / ARGERICH, GUILLERMO, (nota 28) p. 441.

te en buscar una coordinación de las fuentes: es el “*diálogo de las fuentes*” según la bella expresión del profesor de Heidelberg<sup>63</sup>.

Comparto entonces lo sostenido por la profesora María Blanca Noodt Taquela, que en materia de cooperación jurisdiccional internacional; cuando se plantean conflictos entre convenciones, las relaciones entre tratados se rigen por el principio de la aplicación del tratado más favorable a la cooperación. En algunos tratados se concreta en una regla escrita, en otros la compatibilidad no es tan expresa o resulta insuficiente y aún en otros existe ausencia de regulación, por lo que el principio como tal recobra toda su virtualidad<sup>64</sup>.

Expresan acertadamente Diego P. Fernández Arroyo y Eduardo Vescovi<sup>65</sup> que debe quedar claro que, en un DIPr. que funcione según parámetros de cooperación y en el cual la solución justa de las situaciones privadas internacionales problemáticas aparezca con una finalidad esencial, el reconocimiento tiene que ser forzosamente la regla y las hipótesis de denegación revisten carácter excepcional y deben estar debidamente justificadas. Y que debería regir el principio de la aplicación de la regla más favorable al reconocimiento, ya sea por establecer menos condiciones o condiciones más flexibles o un procedimiento más accesible. Esto significa que, aun cuando resultara claramente aplicable conforme su ámbito material, espacial y temporal una convención internacional para regir los efectos de una sentencia extranjera como la Convención interamericana de Montevideo de 1979, podría admitirse el recurso a otras normas vigentes sobre reconocimiento ya sean estas convencionales como los Tratados de Montevideo o normas autónomas de fuente interna<sup>66</sup>.

Aunque no haya disposición expresa, el criterio de aplicación de la norma más favorable funciona como principio, porque los

<sup>63</sup> NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, (nota 61) p. 328.

<sup>64</sup> NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, (nota 61) p. 329.

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., / VESCOVI, EDUARDO, (nota 8) p. 428

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., / VESCOVI, EDUARDO, citado por NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, (nota 61) p. 334.

valores que subyacen a la cooperación jurisdiccional internacional imponen favorecer siempre la cooperación. El límite a la aplicación de la norma más favorable está dado por el respeto al derecho de defensa y por la coherencia en la aplicación de normas de distintos instrumentos, a fin de respetar la integridad de los respectivos institutos<sup>67</sup>.

Por otra parte, y en los supuestos de normas de compatibilidad en los convenios, otra de las reglas a considerar es la de la máxima eficacia de un instrumento para asegurar el resultado favorable al reconocimiento de la sentencia.

Siguiendo a Noodt Taquela en su brillante obra *Relaciones entre tratados de derecho internacional privado en materia de cooperación judicial internacional*<sup>68</sup>, el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras es el campo dentro del cual la regla de la máxima eficacia reviste una importancia particular, al favorecer la aplicación de las normas convencionales que permitan el reconocimiento y la ejecución, dejando de lado aquellas que conduzcan al rechazo. La regla de la máxima eficacia debe seguirse respecto del reconocimiento de sentencias extranjeras porque es justo y lógico que una vez dictada la sentencia en un Estado Parte, deba ser ejecutada en otro país con el cual esté ligado convencionalmente, de acuerdo con las condiciones más favorables a la ejecución y según el procedimiento más simple y eficaz<sup>69</sup>.

Por ello, en mi opinión, sosteniendo la aplicación de los TMP de 1889 y TMP de 1940 podemos flexibilizar la aplicación del artículo 2 d) de la Convención de Montevideo y “escapar” del criterio rígido de bilateralización allí dispuesto, *aplicando el que contenga las condiciones más liberales para el reconocimiento*<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, “Aplicación de las normas más favorables a la cooperación judicial internacional”, *XXII Anuario Argentino de Derecho Internacional 2013* –Córdoba- AADI-2014 p. 215.

<sup>68</sup> NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, (nota 61).

<sup>69</sup> NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, (nota 61) pp. 330/331 y 369.

<sup>70</sup> MALAN, ALEXANDRE, *La concurrence des conventions d'unification des règles de conflict de lois*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, citado por NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA (nota 5) p. 331.

En efecto, el artículo 5 inciso a) de ambos Tratados de Montevideo de Derecho Procesal, no obliga a analizar la jurisdicción indirecta bajo un criterio, sino que se permite –a nuestro entender– la más amplia disponibilidad para dicho estudio, sin ceñirnos a normas del juez ante el cual se pide el reconocimiento.

Esta posición no implica en modo alguno desechar un Tratado por otro por el sólo hecho que en un punto es más favorable, sino buscar su integración y coordinación en forma “orgánica”, criterio seguido en el ámbito del derecho laboral argentino<sup>71</sup> para la aplicación de la norma más favorable al trabajador, es decir tomar la norma o conjunto de normas que rija cada tema o instituto sin afectar obviamente el objeto y fin de alguno de los convenios en juego. Esta postura sustentada por Noodt Taquela en su obra ya citada para orientar la aplicación coordinada de los tratados de cooperación judicial internacional, hace que proponga su aplicación al tema que nos ocupa en el reconocimiento de sentencias sin que ello afecte la vigencia y aplicación de las normas de otros convenios sobre el particular.

La tarea del juez ante el cual se pide el reconocimiento de una sentencia de otro país debería circunscribirse al análisis de jurisdicción indirecta, pero en forma libre, sin la atadura normativa que impone la imperatividad de la norma del artículo 2 inciso d) de la CIDIP II Montevideo de 1979, o del Protocolo de Las Leñas, considerando la vigencia actual del art. 5 inciso d) de los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal. Y en igual sentido con el control de la debida notificación optando por la solución de su análisis conforme la ley del Estado donde se dictó la sentencia.

<sup>71</sup> Ley 20.744 de 1974 t.o. por decreto 390/76, Artículo 9 (sustituido por art. 1º de la ley 26.428) *El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos los jueces o encargados de aplicarlas se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.*

El límite a la flexibilización lo constituye claramente el orden público internacional procesal, es decir que si la forma de notificación o derecho de defensa afectasen “manifiestamente” los principios del Estado receptor entonces corresponderá rechazar el reconocimiento.

Los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal vienen entonces, a ser un instrumento claro y preciso de cooperación amplia y simple en materia de reconocimiento de sentencias, que lamentablemente se limitó normativamente posteriormente en las convenciones americanas. No es posible en la realidad mundial del siglo XXI en el reconocimiento de un derecho humano como el acceso a la justicia y a obtener un resultado justo de ella, pensar - como sostiene el profesor Tellechea- que pueda retrocederse en el grado de cooperación alcanzado<sup>72</sup>.

Y con la solución interna argentina que hemos visto y detallado más arriba nos preguntamos. ¿Es posible aplicar estos conceptos de efectividad favorabilidad y cooperación en el reconocimiento de sentencias extranjeras?

Coincidente con la crítica al bilateralismo rígido dispuesto en la CIDIP II Montevideo 1979 y Protocolo de Las Leñas podemos aplicar lo expresado en el presente trabajo a lo dispuesto en las normas internas de nuestro país, por caso el artículo 517 inciso 1° del CPCCN en cuanto al análisis de la jurisdicción indirecta del juez sentenciante que somete su estudio a las normas argentinas de competencia.

Pareciera que tal como se encuentra redactada la norma no es posible eludir efectuar este análisis rígido sin caer en arbitrariedad. Pero hete aquí que no existen normas específicas en el sistema argentino que dispongan jurisdicción indirecta para el control de competencia de jueces extranjeros, sino solamente aquellas que permiten a los tribunales asumir tal jurisdicción. Hay que partir de

<sup>72</sup> TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO, “La cooperación jurisdiccional internacional con especial referencia al ámbito del MERCOSUR y al derecho uruguayo” *DeCITA* 04.2005 p. 359.

las normas argentinas para jurisdicción. Estas controlan al juez extranjero<sup>73</sup>.

No podemos, entonces, dejar de analizar este punto con las reformas impuestas a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial del año 2014 (CCyCN)<sup>74</sup> que ha incorporado importantes disposiciones sobre jurisdicción internacional directa y sobre todo en materia de cooperación internacional.

El sistema nacional ha impuesto normas de jurisdicción directa en algunas materias del DIPr pero con la particularidad de que las mismas son abiertas a posibles correcciones, es decir flexibles y sujetas mediante los remedios del foro de necesidad y de proximidad, asumir competencia al juez argentino, aunque la norma expresamente no lo disponga así.

Con dicho concepto es obvio que al no existir normas expresas de jurisdicción indirecta para la aplicación de lo dispuesto en el art. 517 inciso 1 del CPCCN la jurisdicción indirecta basada en esas mismas normas también debe ser flexible.

Al decir de Boggiano de esa forma el bilateralismo dispuesto se mantiene coherente<sup>75</sup>.

En idéntica forma podemos asumir que la imposición de la debida notificación del demandado en forma personal –sin considerar como lo ha sido en el país de origen-, también es un obstáculo al reconocimiento de las sentencias extranjeras.

Por ello –a nuestro entender- ese análisis debe ser complementado con la aplicación de los principios de efectividad, favorabilidad y sobre todo de cooperación internacional. Al efecto debemos mencionar la categórica recepción que ha realizado el CCyCN del principio de la cooperación jurisdiccional internacional que indudablemente abarca los otros principios que mencionáramos.

<sup>73</sup> BOGGIANO, ANTONIO, (nota 8) p. 246.

<sup>74</sup> Aprobado por ley 26.994 del 7 de octubre de 2014 publicado en el Boletín Oficial del 8/10/2014 y entrada en vigencia el 01 de agosto de 2015 (ley 27.077).

<sup>75</sup> BOGGIANO, ANTONIO, (nota 9) p. 248.

Es así ya que el artículo 2611 del CCyCN dice: “*Cooperación Jurisdiccional: sin perjuicio de las obligaciones asumidas en convenciones internacionales los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral*”.

Al receptar el principio expresa y contundentemente, y flexibilizar las normas de jurisdicción directa en las distintas materias, el CCyCN ha dejado abierta la posibilidad de una aplicación prudente y consecuente con la finalidad del valor justicia en el análisis de la jurisdicción indirecta. Se privilegia la cooperación como regla, y se la limita sólo en casos excepcionales de foros extranjeros no naturales o exorbitantes o de competencia exclusiva del juez nacional.

En igual sentido entiendo resulta aplicable dicho principio a la debida notificación, eliminando el requisito de que la misma “sea personal” aceptando otras formas de comunicación que obviamente no lesionen derechos de raigambre superior como el de acceso a la justicia o el de defensa en juicio.

No es posible tener soluciones convencionales y de fuente interna disímiles o incluso contradictorias. La recepción en el CCyCN del principio de amplia cooperación jurisdiccional, la aplicación de la norma más favorable (por ejemplo la de los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal de 1889 y 1940) y el principio de efectividad de las sentencias, el análisis de la jurisdicción indirecta, con criterios abiertos y flexibles y con una prudente consideración de los resultados y consecuencias llevaría a una justa solución, limitándola solamente a aquellos supuestos de afectación de jurisdicción exclusiva o competencia exorbitante o irrazonable.

Asimismo, aceptando otras formas de notificación diferentes a la forma personal, con el límite de no afectación de las garantías procesales es posible superar la barrera dispuesta en el art. 517 del CPCCN, y obtener el objetivo de una mayor circulación de las sentencias entre los Estados permitiendo concretar el derecho de tutela judicial efectiva e integral a todos los particulares.

**En conclusión.**

La eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras es un derecho fundamental estrechamente vinculado con el derecho de acceso a la justicia y con los derechos fundamentales del debido proceso<sup>76</sup>.

Fundamentar su estudio y análisis con base en principios rectores, supera la rigidez de imposiciones normativas reglamentarias. La única limitación a un pedido de reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera debería ser el orden público internacional, en sus dos facetas de orden público internacional procesal y orden público internacional sustancial. Toda otra limitación constituye un obstáculo que es necesario flexibilizar en pos del valor superior de justicia.

<sup>76</sup> Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS). Artículo 7.1 [www.asadip.org](http://www.asadip.org) (nota 40).



# **EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO<sup>1</sup>**

*THE ACCESS TO JUSTICE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

*ANALÍA NOEMÍ CONSOLO<sup>2</sup>*

*ROMINA VERÓNICA BIANCHINI<sup>3</sup>*

***“Si el hombre fracasa en conciliar la justicia y la libertad, fracasa en todo”***

Albert Camus.

## **RESUMEN**

El presente trabajo describe la relación del Derecho Internacional Privado y el Derecho de acceso a la justicia en tanto Derecho Humano

<sup>1</sup> Ponencia presentada al XXXI° Congreso Argentino de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ciudad de Córdoba, 4 al 7 de septiembre de 2019

<sup>2</sup> Profesora Adjunta por Concurso en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y de la UADE. Especialista en Relaciones Internacionales. Directora de Seminarios de Arbitraje en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Desde hace doce años está cargo de la preparación de los equipos que participan de las Competencias Internacionales de Arbitraje Comercial; Arbitro en las mismas. Becaria del Instituto Max Planck de Hamburgo, Alemania. Investigadora categorizada por la UNLP. Jueza de Garantías del Joven, Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en la Provincia de Bs.As. Miembro Titular y Consejera de la AADI.

<sup>3</sup> Abogada y Escribana egresada de la UNLP. Como alumna ha participado de la Competencia Internacional de Arbitraje en representación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Docente de Seminarios de Arbitraje en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Entrenadora de equipo participante de Competencia Internacional de Arbitraje Comercial por UNLP.

fundamental, y de las relaciones que se entrelazan en un mundo cada vez más interconectado, donde también aparecen zonas críticas que tienen que ver con dificultades respecto al acceso a justicia precisamente cuando no se puede alcanzar de forma ágil, flexible y accesible. La eficacia extraterritorial de las sentencias es otro de los temas sobre el que avanzamos porque entendemos que es allí donde se visualiza con mayor claridad que ante el no reconocimiento de la sentencia extranjera es posible pensar en una fractura del sistema. El acceso a la justicia y el Soft Law con un conglomerado de principios que promueve igualdad de trato y fortalecimiento de los más vulnerables en alguna medida. La cooperación judicial internacional avanzando en la creación de instrumentos que favorecen el contacto y posibilitan canales hacia un mejor acceso a la justicia.

#### *ABSTRACT*

This paper describes the relationship between Private International Law and the right of access to justice as a fundamental human right, in terms of relationships that are intertwined in a increasingly interconnected world, where critical areas also appear that have to do with difficulties regarding access to justice precisely when it cannot be achieved in an agile, flexible and accessible manner. The extraterritorial effectiveness of the judgments is another of the issues on which we advance because we understand that it is there where it is more clearly visualized that if the foreign judgment is not recognized, it is possible to think of a fracture of the system. Access to justice and soft law with a conglomerate of principles that promote equal treatment and strengthen the most vulnerable to some extent. International judicial cooperation advancing in the creation of instruments that favor and enable channels for better access to justice.

#### **PALABRAS CLAVE**

Acceso a la Justicia – Derecho Internacional Privado – Cooperación Internacional – Sentencias extranjeras en materia civil y comercial – Reconocimiento y ejecución.

**KEYWORDS**

Access to justice – International Private Law – International Cooperation – Foreign judgments in Civil Law and Commercial Law – Recognition and enforcement.

**SUMARIO.**

I.- Introducción. II.- El acceso a la justicia y la globalización. III.- El Soft Law (Los Principios de Asadip y 100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia, Ali Unidroit). IV.- Limitaciones a su aplicación. V.- Antecedentes en la Unión Europea. VI.- Acuerdos de elección de foro. Convenio de La Haya de 2005. VII.- Convenio de La Haya del 02/07/2019 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en materia civil y comercial. VIII.- Algunas reflexiones finales.

**I.- INTRODUCCIÓN.-**

El presente trabajo nos convoca a reflexionar sobre el acceso a la justicia dentro del ámbito iusprivatista Internacional. Desde diferentes abordajes doctrinarios y jurisprudenciales se ha debatido respecto a su alcance, erigiéndose como un derecho humano fundamental del justiciable, el derecho a una tutela efectiva, vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales, garantizando la igualdad ante la ley, siendo obligación del Estado el garantizarlo.

El acceso a la justicia y los Derechos Humanos se entrelazan en una relación inescindible, nos decía Erik Jayme, recordando que los Derechos Humanos han cobrado un rol relevante a la hora de resolver los conflictos de leyes propios del Derecho Internacional privado (p. 49).<sup>4</sup>

<sup>4</sup> JAYME, ERIK *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, Recueil des Cours*, 251, 1995, p. 49.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“la tutela judicial efectiva es la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías fundamentales en la tramitación de los procesos judiciales (CIDH “Narciso Palacios vs. Argentina 1999”)*<sup>5</sup>. Narciso Palacios presentó su petición, el 20 de mayo de 1988 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, contra la República Argentina, por la violación del derecho al debido proceso (artículo 8) y a la tutela judicial efectiva (artículo 25) establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su propio perjuicio.

Esta garantía y protección de los Derechos Humanos orienta toda solución que se busque para la resolución de un caso de derecho privado con elementos extranjeros, y desde esta perspectiva analizaremos los Convenios existentes y cuestiones vinculadas con el ejercicio del Derecho Internacional Privado en su relación con un acceso a la justicia efectivo y eficiente.

## **II.- EL ACCESO A JUSTICIA Y LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL.-**

En nuestros días advertimos la proliferación de litigios transfronterizos, ayudados por las diferentes relaciones jurídicas que se internacionalizan, el aumento del comercio electrónico internacional y donde la globalización ejerce un rol fundamental. Esta creciente actividad de las relaciones que se entablan y tienen su desenvolvimiento en estados diferentes, requiere de un régimen jurídico internacional con mayor previsibilidad, sensibilidad y seguridad jurídica a efectos de alcanzar la circulación global de decisorios extranjeros.

<sup>5</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. Caso 10.194. NARCISO PALACIOS VS. ARGENTINA. 29 de septiembre de 1999.

No son noticia los efectos de la globalización, como fenómeno de la modernidad, que ha impactado de forma palpable en todos los ámbitos de la vida social y, muy especialmente, ha transformado el devenir de las relaciones jurídicas. (Wegher Osci, 2018)<sup>6</sup>.

El “Principio In dubio pro cooperationis”, describe a la cooperación jurídica internacional como *“un presupuesto necesario para ponderar los derechos de todas las partes. Las dudas que susciten los conflictos normativos persistentes, se resolverán en favor de una solución que favorezca la cooperación jurídica internacional”* (Principios ASADIP, 2016.)<sup>7</sup>.

Los Estados mediante el reconocimiento y ejecución de las sentencias, reconocen un derecho consagrado en una decisión judicial. Sin embargo, muchas veces nos encontramos con velocidades distintas, en cuanto a la forma en que opera efectivamente el acceso a la justicia, aún sabiendo que el reconocimiento y ejecución de sentencias no es un favor de los Estados sino es un Derecho que tienen todos los justiciables.

*“Ponerse de acuerdo en materia de eficacia de la sentencia extranjera, supone necesariamente acordar, al menos, determinados criterios básicos de jurisdicción. Y el reconocimiento de fallos extranjeros es un pilar básico del acceso a la justicia, pues de otro modo la acción de la justicia es ilusoria”* (Vescovi, 2019, p.10)<sup>8</sup>. Y si bien se ha avanzado con normas que han alcanzado un consenso global en el caso de la Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras con más de 160 estados que la han ratificado, asegurando el reconocimiento y circulación de los laudos, aún no contamos con un instrumento a

<sup>6</sup> WEGHER OSCI, FLORENCIA S., *El acceso a la justicia: la igualdad de trato procesal en el Derecho Internacional Privado Argentino consagrada en el Código Civil y Comercial*.2018

<sup>7</sup> Art 1.2 b) Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia, 2016 (TRANSJUS).

<sup>8</sup> VESCOVI, EDUARDO. AADI 2019- El Derecho de acceso a la Justicia y el Derecho Internacional Privado, 2019, p.10.-

nivel global con tantas ratificaciones como ocurre en el arbitraje. En la región la labor de la OEA ha sido muy significativa con la elaboración de la CIDIP II sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, en la CIDIP III sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras. En el ámbito Mercosureño el Protocolo de las Leñas establece que los Estados Parte se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa.

La introducción del Convenio del 2 de julio de 2019 de La Haya, refiere a la creación de un instrumento capaz de garantizar plenamente el acceso a justicia: *Deseando promover un acceso efectivo a la justicia para todos y facilitar el comercio y la inversión multilaterales basados en normas, así como la movilidad, a través de la cooperación judicial, confiando en que esta cooperación pueda reforzarse estableciendo normas básicas comunes sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial, para facilitar el reconocimiento y la ejecución efectivos de dichas sentencias...*”

### **III.- EL SOFT LAW. (Los Principios de Asadip y 100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia).-**

La influencia del *Soft Law* en el acceso a la justicia es conducente y apropiada en el caso de las 100 Reglas de Brasilia aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en el año 2008, con un conglomerado de principios que aportan una especie de custodia a los más débiles y además, recogen recomendaciones para quienes forman parte a diario del sistema judicial y de los órganos públicos propendiendo a hacer más ágil el acceso a la justicia de todas aquellas personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad por diferentes razones de forma tal de garantizar el efectivo acceso a la justicia para defensa de sus derechos.

Principios de la ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado) aprobados en el año 2016, sobre el Acceso

Transnacional a la Justicia -TRANSJUS- que con una mirada globalizadora y abarcadora disponen normas acerca del acceso a la justicia.

Ambas convergen en puntos en común, en particular nos tendremos en uno de ellos en especial, la cooperación jurídica internacional.

Estos principios nos dicen que *“El derecho de acceso a la justicia impone a todos los Estados la obligación de cooperar jurídicamente en la realización de la justicia, más allá del plano meramente judicial, en cualquier situación que se vincule con jurisdicciones foráneas”*<sup>9</sup>. En la idea de búsqueda y esfuerzo en común para que el justiciable goce de acceso a la justicia.

El mejorar el acceso a la justicia de las personas naturales y jurídicas en los litigios privados de carácter transnacional, el principio de cooperación jurídica internacional, que impone a todos los Estados la obligación de cooperar jurídicamente en la realización de la justicia.

#### **IV.- LIMITACIONES A SU APLICACIÓN.-**

A veces se presentan situaciones capaces de limitar el acceso a la justicia amplio, cuestiones como la desigualdad generada por la pobreza *“es un fenómeno absolutamente evidente en lo que se refiere a la justicia civil, con tiempos largos y costos excesivos en cuanto a su resolución para las personas más pobres, es evidente en estos casos la denegación de justicia”*<sup>10</sup> (Albornoz, 2017, p.172).

En alguna mayor medida la falta de capacitación de los operadores judiciales, como también exigencias procesales que tornan

<sup>9</sup> Art 1.1 e) Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia, 2016 (TRANSJUS)

<sup>10</sup> ALBORNOZ, MARÍA MERCEDES. “Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales: Intereses en juego”, Rev. Sec.Trib. Perm. revis. Año 5, N 9; marzo 2017; p.172 nota 5.

imposible su cumplimiento en las distintas etapas del proceso, todas ellas capaces de obstaculizar el acceso a justicia o que tienen un costo elevado que la parte no puede afrontar, por ejemplo, con la traducción completa de una demanda, obtención documentación, o de una prueba pericial o de interrogar a un testigo en el extranjero, al solo efecto de mencionar algunas de las situaciones que pueden ser limitantes a la aplicación del derecho de acceso a la justicia.

El desconocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, las barreras que se pueden presentar de orden epistémico, subjetivo, formal, política, geográfica, económica y cultural y la exigibilidad en orden a lo jurídico, es indudable que cualquier descripción puede resultar escasa si se vinculan con la marginalidad, costos, distancia, el hablar otro idioma, la desigualdad en la distribución de los recursos.

En todas estas circunstancias el acceso a Justicia se constituye en un fenómeno con implicaciones jurídico-sociales, en el que confluyen, frecuentemente de manera conflictiva, el ejercicio de los derechos y diversas consecuencias de las distintas estructuras de desigualdad.

## **V.- ANTECEDENTES EN LA UNIÓN EUROPEA.-**

El Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil del año 1968, junto con el Convenio de Lugano del año 1988 con vigencia a partir del año 2000, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, contienen previsiones para facilitar el reconocimiento y ejecución de los decisorios judiciales de forma tal de agilizar trámites lentos y la misión de un acceso a la justicia efectivo.

Más adelante, el Consejo Europeo sustituyó el Convenio de Bruselas (pese a continuar vigente su aplicación en aquellos países excluidos de los Reglamentos de la Comunidad Europea por disposición legal) por la adopción del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo Europeo, hoy sustituido por Reglamento (CE) 1215/2012

relativo a la competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

En los considerandos del Reglamento 1215/2012 es donde el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión manifiestan entre sus objetivos el de facilitar *“el acceso a la justicia, en particular gracias al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”* y mencionan que es necesario *“adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos en materia civil con repercusiones transfronterizas”*.<sup>11</sup>

Este proceso legislativo, se replica en cada Estado de la Unión, por citar a modo de ejemplo, el caso de España en particular con la sanción de la Ley 29/2015 sobre Cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil (que deroga los artículos 951 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) que se aplica de manera subsidiaria al Reglamento Comunitario o Convenio internacional aplicable.

Es este un tema de relevancia y trascendencia si tenemos en cuenta que lo que se pretende es ponerse de acuerdo en materia de eficacia de la sentencia extranjera, al tiempo de ocupar un primer peldaño en lo referente al derecho de acceso a la justicia.

## **VI.- ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO. CONVENIO DE LA HAYA DE 2005.-**

El 10 de diciembre de 2014 se aprobó el Convenio de La Haya del 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro en la Unión Europea, consecuente con un proceso legislativo que comenzó con la Convención de Bruselas del 27 de septiembre de 1968.

El Convenio de la Haya del 2005, tuvo como premisa fundamental el fortalecer la eficacia internacional de los acuerdos de elección de foro facilitando el reconocimiento de decisiones, deter-

<sup>11</sup> Reglamento 1215/12 del Parlamento Europeo del 12 Diciembre, 2012.-

minando un marco legal más asequible para el comercio y las inversiones internacionales, garantizando la protección de la autonomía de la voluntad reflejada en la elección de foro en materia civil y mercantil, haciendo plausible el reconocimiento y la ejecución de las sentencias derivadas de procesos judiciales iniciados como consecuencia de un acuerdo de las partes sobre la elección de determinado foro.

El “*Convenio de La Haya de 2005 o Convenio de elección de foro pertenece a los llamados “convenios dobles”. Como es sabido, estos convenios regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.*” (Vargas Gómez - Urrutia, 2016, p.3).<sup>12</sup>

La aplicación práctica del Convenio, además de fortalecer el comercio internacional, brinda seguridad jurídica a los negocios internacionales superando las dificultades con las que puedan encontrarse las partes, como que no se respete el acuerdo que prorroga la jurisdicción del juez natural, al garantizar que el tribunal designado asuma la competencia que le viene atribuida por el acuerdo de elección de tribunal, facilitando la seguridad jurídica dentro del ámbito de las transacciones comerciales internacionales. Y con la amplia lista de exclusiones que también trae, se protege la autonomía de la voluntad de las partes, hay que decir que éste tuvo en espejo al Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. También tiene en cuenta que el acuerdo se perfeccione por escrito o por otro medio que haga ostensible la información para su consulta posterior, pudiendo hacerse por el intercambio de correos electrónicos, mensajes telefónicos, WhatsApp, telegramas o medio equivalente. Incorporando asimismo que los acuerdos verbales puedan ser confirmados por escrito. El procedimiento se sustanciará de conformidad con el Derecho Interno del Estado requerido.

<sup>12</sup> VARGAS GÓMEZ - URRUTIA, MARINA, *Cláusulas de elección de foro y protección de su efectividad en el Convenio de La Haya de 2005*. Revista perspectiva Jurídica, Universidad Panamericana, Número 6, 2016, p. 3.

## **VII.- CONVENIO DE LA HAYA DEL 02/07/2019 SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL.-**

Este Convenio multilateral, surgido de la Conferencia de La Haya, es un instrumento de aplicación general sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial que promueve el acceso a la justicia, fomentando el comercio y la inversión, a través de otro elemento tan caro para el Derecho Internacional Privado como es la cooperación internacional.

El Convenio persigue una circulación más ágil de las sentencias extranjeras tanto en materia civil como mercantil, poniendo especial énfasis en la necesidad alcanzar reglas uniformes para la libre circulación de los resolutorios judiciales frente a la disparidad de criterios jurídicos presentes en los sistemas jurídicos internacionales. Y viene a complementar el Convenio del 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro en el ámbito de las disputas internacionales entendiendo que más allá de asegurar la competencia del juez o Tribunal elegido por las partes, debe asegurarse la eficacia de la solución alcanzada en el Estado que corresponda ser reconocida y/o ejecutada dicha resolución. Este criterio se recepta en el Artículo 4 al decir que: *“una sentencia dictada por un tribunal de un Estado Contratante (Estado de origen) se reconocerá y ejecutará en otro Estado Contratante (Estado Requerido)..”* sin que pueda ser revisada sobre los méritos en el Estado requerido.

La Convención establece asimismo cuáles son las cuestiones que se excluyen a saber: cuestiones fiscales, aduaneras, administrativas, arbitraje y/o procedimientos conexos. Asimismo excluye en lo particular materias como: estado y la capacidad jurídica de las personas físicas, obligaciones alimenticias, cuestiones de Derecho de familia, testamentos y sucesiones, insolvencia, composición, resolución de entidades financieras y materias análogas, transporte de viajeros y mercancías, contaminación marina transfronteriza, la contaminación marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional, la contaminación marina procedente de buques, la limitación de la responsabilidad por reclamaciones marítimas y la media general, responsabilidad por daños nuclea-

res, la validez de las inscripciones en los registros públicos, difamación, privacidad, propiedad intelectual, actividades de las fuerzas armadas, incluidas las actividades de su personal en el ejercicio de sus funciones oficiales, actividades de aplicación de la ley, incluidas las actividades del personal de aplicación de la ley en el ejercicio de sus funciones oficiales, asuntos antimonopolio (competencia), excepto cuando la sentencia se base en una conducta que constituya un acuerdo o práctica concertada anticompetitiva entre competidores reales o potenciales para fijar precios, hacer ofertas, establecer restricciones de producción o cuotas, o dividir los mercados mediante la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio, y cuando dicha conducta y sus efectos hayan tenido lugar en el Estado de origen (Art. 1 y 2).

En cuanto a la procedencia para el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras deben darse algunos de los supuestos que se detallan: a) sentencias que surgen por la existencia previa de una relación entre la persona del Estado de origen y la persona del Estado acusado; b) Sentencias por consentimiento expreso del órgano jurisdiccional que resuelve el conflicto; c) sentencias que surgen de un punto de conexión entre la relación o situación jurídica reclamada y el Estado de origen (Art. 5).

También refiere cuáles serán aquellas causales para que se deniegue el reconocimiento y ejecución, a saber: a) se presenten hechos que impliquen no garantizar el debido proceso legal por ej: ante la falta de notificación en plazo del demandado para el ejercicio de su defensa; b) la sentencia se haya obtenido por fraude; y c) el reconocimiento o ejecución contraríen el orden público del estado requerido (Art. 7).

El procedimiento en cada estado estará regido por su propia legislación llegado el momento de reconocer y ejecutar una sentencia extranjera, presentando ello algunos interrogantes por razones de dilaciones burocráticas referidas a los trámites y otras circunstancias que puedan presentarse, no obstante, aclara el Convenio que el *“El tribunal del Estado requerido actuará con celeridad”* (Art. 13), sin embargo, no se sabe cuál será el criterio del Estado requerido para hacer efectiva esa celeridad.

La cooperación internacional cumple un rol fundamental para el acceso a la justicia que el convenio garantiza, facilitando la previsibilidad y seguridad de circulación de las sentencias extranjeras.

Este Convenio tiene su espejo en el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, ahora bien, habrá que esperar las necesarias ratificaciones, la confianza que pueda ganarse en atención al principio pro eficacia, con flexibilización de requisitos.

## **VII.- REFLEXIONES FINALES.-**

El acceso a la justicia como derecho humano fundamental, cobra especial pronunciamiento en el Derecho Internacional Privado y en el contexto de la globalización, especialmente por el interés de los justiciables a que su pretensión sea resuelta en un estrado judicial sin dilaciones, con fácil acceso, con costos accesibles. El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro, significó un avance, no obstante, no ha tenido el número de ratificaciones que se esperaran y el Convenio de julio 2019 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en materia Civil y Comercial vino a complementar al anterior, sin embargo no avanza sobre cuestiones tales como un reconocimiento general y directo que hubiera sido deseable.

Nos preguntamos si realmente podrá llevarse a cabo esta adhesión y colaboración internacional para la eficacia del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, a la luz de los Arts.13 y 17 de este Convenio. Ciertamente esto lo vuelve un proceso burocrático y lento al aceptar las decisiones resueltas en otro foro.

Con respecto a la firmeza y seguridad jurídica que a nivel internacional han cobrado los procesos arbitrales mediante la Convención de Nueva York de 1958, es difícil poder visualizar que los tribunales estatales puedan sortear ciertos beneficios alcanzados y probados en el arbitraje internacional, a mencionar por ej: confidencialidad, rapidez en la resolución de la controversia, flexi-

bilidad y ejecutoriedad del laudo arbitral. Sobre todo cuando pensamos, además, que los tribunales estatales suelen estar colapsados de expedientes y muchas veces, con falta de capacitación de los operadores judiciales.

Tal vez, sí cabría alguna ventaja respecto del Convenio de Nueva York de 1958 si pensamos en los costos de estos procesos ante las instituciones arbitrales, el Convenio de La Haya en este aspecto puede ciertamente ser más accesible que el recurso del arbitraje.

El propósito fundamental del Convenio es contar con una amplia participación de la Comunidad Internacional a fin de facilitar el reconocimiento y ejecución frente a transacciones internacionales cuyo fin es el no ralentizar el acceso a la justicia siendo que se trata de un instrumento de cooperación. Existe voluntad de promover un acceso efectivo a la justicia a través de reglas uniformes sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en casos civiles y comerciales transfronterizos. Si bien se han excluido expresamente cuestiones de derecho de familia, testamentarios, insolvencia, difamación, privacidad, propiedad intelectual, arbitrajes, es un convenio que busca facilitar la ejecución global de los decisorios judiciales.

## **BIBLIOGRAFÍA.-**

- ALBORNOZ, MARÍA MERCEDES. Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales: Intereses en juego. Rev. Sec.Trib. perm. revis. Año 5, N 9; marzo 2017; p.172 nota 5.
- AKERMAN LLP “Ejecución de sentencias extranjeras en el extranjero (Convenio de La Haya Nueva)” 15 de julio de 2019.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. Caso 10.194. NARCISO PALACIOS VS. ARGENTINA. 29 de septiembre de 1999.
- DURÁN AYAGO, ANTONIA, El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos.” Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 22, 2011, p.2, p.189 de Luciana Scotti, Manual de Derecho Internacional Privado.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid: Editorial Civitas, 1984, p.22.
- JAYME, ERIK. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne” Recueil des cours, 251, 1995, p.49.
- MORRISON & FOERSTER LLP. “Nueva Convención de La Haya busca facilitar la ejecución global de sentencias”. 10 de julio de 2019, Convenio de 2 de julio de 2019 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial.
- MORRISON & FOERSTER LLP “Un cambio de juego en la resolución de disputas internacionales: la Convención de 2019 sobre la ejecución de sentencias extranjeras”. 8 de julio de 2019, DLA Piper.
- Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia, 2016 (TRANSJUS).
- Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, MARINA. “Cláusulas de elección de foro y protección de su efectividad en el Convenio de La Haya de 2005”, Revista perspectiva Jurídica, Universidad Panamericana, Número 6, 2016 p. 3.
- VARELA RODRÍGUEZ, ADRIÁN. Reconocimiento de sentencias judiciales entre España y EEUU. Estudios Institucionales, 2016, p.217-250.
- VESCOVI, EDUARDO. AADI 2019.- El Derecho de acceso a la Justicia y el Derecho Internacional Privado p.10.



**XXXI CONGRESO ARGENTINO  
DE DERECHO INTERNACIONAL**

**Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina  
de Derecho Internacional - AADI - 2019**

**Facultad de Derecho de la  
Universidad Nacional de Córdoba**

**Ciudad de Córdoba, provincia de Córdoba,  
República Argentina**

**4, 5, 6 y 7 de septiembre de 2019**



---

# **RELATOS**

---



**SECCIONES**

**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y  
RELACIONES INTERNACIONALES**



# **DEL GATT A LA OMC: HISTORIA Y PERSPECTIVAS DELSISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO DESDE UN ENFOQUE ARGENTINO**

*FROM GATT TO WTO: BACKGROUND AND PROSPECTS OF  
THE MULTILATERAL TRADING SYSTEM FROM AN  
ARGENTINE OUTLOOK*

Relator: *EDUARDO R. ABLIN* (\*)

## **RESUMEN**

Luego de medio siglo exitoso del GATT como regulador del Sistema Multilateral de Comercio la creación de la OMC conllevó una gran evolución normativa. Sin embargo, la articulación del modelo económico concebido en la postguerra ha sufrido un retroceso en años recientes, en particular por las críticas de los Estados Unidos al Entendimiento de Solución de Diferencias diseñado acorde sus propias premisas. La visión mercantilista y proteccionista de los EE.UU. frente al comercio internacional pone así en peligro la subsistencia de la OMC, desarrollo agravado desde 2018 por la “guerra comercial” declarada a China, cuyas políticas le generan un enorme déficit comercial bilateral al mismo tiempo que parecen desafiar la hegemonía global de los EE.UU., quienes tienden a su vez a actualizar la convergencia entre sus intereses comerciales y de seguridad nacional.

## *ABSTRACT*

After successful regulation by GATT of the Multilateral Trading System for half a century, the inception of WTO brought out a significant statutory evolution. Nevertheless, the structuring of the economic model conceived in the postwar era has suffered a setback

(\*) Embajador.

in recent years, particularly due to the United States criticism of the Dispute Settlement Understanding, however designed according its own premises. The mercantilist and proteccionist approach of the U.S. towards international trade sets the subsistence of WTO in danger, a development exacerbated since 2018 by the “trade war” declared on China, whose policies inflict a huge bilateral trade deficit while they seem at the same time to defy the global hegemonic role of the U.S., which tends in its turn to upgrade the alignment of its trade and national security interests.

### **PALABRAS CLAVE**

Comercio internacional – GATT – OMC – Seguridad – ESD – Solución de diferencias – Esquema económico postguerra – Guerra Comercial – Soberanía – Órgano de apelación – Artículo XXI GATT – Esquema multilateral postguerra – Debilitamiento OMC – Agricultura – Medidas sanitarias y fitosanitarias – China.

### **KEYWORDS**

International trade – GATT – WTO – Security – DSU – Dispute settlement – DSU – Postwar economic scheme – Trade war – Sovereignty – Appellate body – Article XXI GATT – Multilateral postwar scheme – OMC weakening – Agriculture – Sanitary and phitosanitary measures – China.

### **SUMARIO**

El Sistema Multilateral de Comercio: del GATT a la OMC -El mundo de postguerra y el comercio como medio de reconstrucción - Los “principios” sustantivos del SMC - ¿Es la OMC la sucesora del GATT? - El GATT y su contenido - Implicancias del “Protocolo de Aplicación Provisional” del GATT -Estructura de la OMC y su contenido - Creciente intrusión sobre la soberanía de los Miembros - El Esquema de Solución de Diferencias (ESD) - El embate contra el Órgano de Apelación - Medidas comerciales y “seguridad nacional”

- La “seguridad nacional” y el Artículo XXI del GATT - Las “guerras comerciales” y el caso de la República Popular China - La “guerra comercial” al margen de la OMC - El capítulo agrícola de la “guerra comercial” y la OMC - Más allá de la “guerra comercial” - ¿Hacia el fin del esquema multilateral de la posguerra? - La RA ante el debilitamiento de la OMC - Conclusiones: lecciones no aprendidas de la historia

## **1. El Sistema Multilateral de Comercio: del GATT a la OMC**

Existe consenso al presente en que el Sistema Multilateral de Comercio (SMC) ha resultado uno de los regímenes internacionales más exitosos, sino el más exitoso, entre aquellos surgidos de la postguerra. Prueba de ello es que mientras 23 Partes Contratantes<sup>1</sup> suscribieron el “Acuerdo General de Aranceles y Comercio” (GATT<sup>2</sup>) en Ginebra<sup>3 4</sup>, el mismo convergió a partir de 1995 en la “Organización Mundial del Comercio” (OMC<sup>5</sup>), nucleando 165 Miembros y 20 países observadores<sup>6</sup> en 2019.

<sup>1</sup> Dado que el “Acuerdo General de Aranceles y Comercio” constituyó a lo largo de su existencia un Acuerdo Provisional, sin asumir características institucionales, los participantes del mismo se denominaron “partes contratantes”.

<sup>2</sup> El Acuerdo General (AG) es mayormente conocido por su denominación inglesa “General Agreement on Tariffs and Trade” y su acrónimo “GATT”.

<sup>3</sup> Suscripto el 30 de octubre de 1947.

<sup>4</sup> Cabe recordar que el número de Estados soberanos existentes al momento de suscribirse el GATT era muy inferior al actual. Por ello algunas metrópolis de la época, en que todavía subsistían resabios imperiales, firmaron el AG a título propio y del de sus colonias, algunos dominios de ultramar, u otros territorios bajo su mandato. El propio AG contempló soluciones específicas para la posterior integración de dichos territorios como partes contratantes del mismo.

<sup>5</sup> A diferencia del GATT, la OMC -creada al concluir la Ronda Uruguay (RU) del GATT como resultado del Acuerdo de Marrakech de abril de 1994- constituye una verdadera institución, por ende integrada por Miembros.

<sup>6</sup> Datos a abril de 2019. Ver <https://www.wto.org/spanish/>

### ***1.1. El mundo de postguerra y el comercio como medio de reconstrucción***

La política exterior de los Estados Unidos (EE.UU.) osciló siempre entre la expansión y apertura internacional y el resurgimiento de tendencias predominantemente aislacionistas -enraizadas en la concepción de los “padres fundadores”- respondiendo a modelos de raigambre nacionalista y proteccionista.

Así, su intervención en la Primera Guerra Mundial debe entenderse como una decisión anómala dentro de dicha tendencia. En efecto, el Presidente Woodrow Wilson intentó moldear, a la luz de un espíritu internacionalista, un enfoque multilateral -plasmado en el proyecto de la “Liga de las Naciones”- experiencia que puso a prueba la contienda entre las tendencias mundiales y las domésticas. En dicho contexto, luego de un intenso debate parlamentario y público dicha iniciativa no pudo superar la cultura aislacionista del Senado, debiendo ser desechada.

Tras devenir en potencia hegemónica al concluir la Segunda Guerra Mundial, los Presidentes Roosevelt y Truman vieron la necesidad de contar con un sistema multilateral liderado por los EE.UU, donde pudieran englobarse las políticas comerciales y de seguridad, a fin de evitar que las divergencias económicas devinieran en disputas bélicas. En efecto, los estrategas de postguerra -que habían sido combatientes en la Primera Gran Guerra- atribuían gran responsabilidad a las políticas comerciales bilaterales predominantes durante el período de entreguerras como disparadores de la segunda conflagración mundial<sup>7</sup>.

En el marco de la planificación de postguerra, los Aliados -liderados por los Estados Unidos (EE.UU.)- imaginaron un trípode institucional dirigido a gestionar la reconstrucción de la economía internacional, conocido como el esquema de Bretton Woods<sup>8</sup>. El mismo contemplaba dos organismos de naturaleza financiera y uno de carácter comercial. En primer lugar el “Fondo Monetario Inter-

<sup>7</sup> Ver Acheson, Dean: “Present At The Creation: My Years In The State Department”, W. W. Norton & Company, New York, 1969.

nacional” (FMI), orientado a la estabilización del sistema monetario y la generación de liquidez que permitiera atender esencialmente a los problemas de balance de pagos de sus Miembros. En segundo lugar, el “Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento” (BIRF, o “Banco Mundial” en su acepción más usual), dirigido a proveer crédito para la reconstrucción del mundo devastado por la conflagración. Finalmente, en el campo comercial el tercer vértice correspondía a la “Organización Internacional del Comercio” (OIC<sup>9</sup>), cuyo objetivo era facilitar la expansión del comercio internacional como instrumento de mejoramiento de la ocupación, el empleo, y el ingreso de los integrantes del sistema multilateral<sup>10</sup>.

Al respecto, cabe recordar que mientras se intentaba poner en funcionamiento este esquema multilateral la situación en la inmediata postguerra se vio fuertemente alterada por la progresiva desarticulación del esquema de cooperación vigente durante el conflicto entre los Aliados occidentales y la Unión Soviética, que se convirtiera hacia 1947 en una evidente confrontación destinada a durar más de 40 años. Aún cuando dicha ruptura corroboró la aparición del mundo bipolar que caracterizó a la denominada “Guerra Fría”, los intentos para desarrollar el “Sistema Multilateral de Comercio (SMC)” se iniciaron previamente, al difundir los EE.UU. en diciembre de 1945 las propuestas relativas a la OIC y el GATT, planteadas como instrumentos independientes aunque complementarios. En este sentido cabe destacar que la política exterior estadouni-

<sup>8</sup> Los Acuerdos de Bretton Woods (New Hampshire, EE.UU.) hacen referencia a las decisiones tomadas en la convención que en julio de 1944 reunió a 44 países con el fin de **establecer un nuevo modelo económico mundial de posguerra** donde se fijarían las reglas de las relaciones comerciales y financieras entre los países más industrializados, girando el debate en torno de la propuesta **estadounidense diseñada por Harry Dexter White y aquella británica por John Maynard Keynes, imponiéndose con criterio general la primera.** Ver <https://economipedia.com>.

<sup>9</sup> “International Trade Organization (ITO)”, en su denominación inglesa.

<sup>10</sup> Ver ABLIN, EDUARDO y PAZ, SANTIAGO, “En los orígenes del sistema multilateral de comercio”, Comercio Exterior N° 149, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, abril de 2002.

dense concibió siempre al SMC como instrumento orientado a la promoción del comercio de forma de asegurar la reconstrucción económica mundial, ajeno al ámbito de la seguridad internacional-delegada a la “Organización de las Naciones Unidas” (ONU)- así como a cargo en el ámbito occidental de la “Organización del Tratado del Atlántico Norte” (OTAN).

Así, por un lado, la propuesta del GATT apuntaba a un acuerdo destinado a negociar la reducción de obstáculos al comercio, esencialmente aquellos de carácter arancelario, a través de un mecanismo de negociaciones bilaterales entre el reducido grupo de 14 participantes originalmente convocados, que serían luego multilateralizadas a todas las “partes contratantes” dentro del propio acuerdo. Por otra parte, el “Consejo Económico y Social”<sup>11</sup> convocaba en febrero de 1946 a todos los integrantes de la ONU a una “Conferencia Mundial sobre el Comercio y el Empleo” que tuvo lugar en Londres entre octubre y noviembre de ese mismo año<sup>12</sup>, con el objeto de diseñar un SMC que pudiera precisamente contribuir a la recuperación de la economía mundial a través de la generación de mayores niveles de ocupación y empleo. Dicha Conferencia decidió conformar un “Comité Preparatorio” dirigido a la estructuración de la OIC<sup>13</sup>, el cual impulsó una Conferencia más comprehensiva que tuvo lugar en La Habana desde noviembre de 1947<sup>14</sup> hasta marzo de 1948, con la participación original de 56 delegaciones, aunque sólo 53 finalmente suscribieran la denominada “Carta de la Habana”.

Este importante acuerdo preveía la constitución formal de la OIC, e incluía como capítulo central relativo a la política comercial que deberían conducir los futuros Miembros de la organización al texto que posteriormente se convertiría en la base del GATT. No obstante, la “Conferencia de la Habana” se extendió en complejas

<sup>11</sup> ECOSOC, una de las instituciones centrales en la estructura de la ONU.

<sup>12</sup> La Conferencia fue reconvocada en una segunda etapa en Lake Success (Nueva York, EE.UU.) entre enero y febrero de 1947.

<sup>13</sup> Dicho Comité, que respondió a la sigla inglesa ICITO (“Interim Committee for the International Trade Organization”), proveyó la solución legal que permitió posteriormente el funcionamiento operativo y administrativo del GATT durante su larga existencia como Acuerdo de partes.

negociaciones que reflejaban las diferencias entre los EE.UU. como actor cuasi hegemónico del mundo capitalista de la época, las potencias europeas debilitadas por su profunda desarticulación productiva y comercial -tanto en el plano interno como en la relación de las metrópolis con sus colonias-, y las reivindicaciones de los países independientes del mundo en desarrollo (esencialmente de América Latina). Dichas divergencias se manifestaron en la incorporación de cuestiones de complejo tratamiento en el sistema comercial internacional, tales como aquellas atinentes a la política de competencia, el abastecimiento de productos básicos y los estándares laborales. De esta forma la Carta de la Habana finalmente aprobada constituyó un documento instrumentalmente controversial, y por ende alejado de las necesidades más urgentes de su promotor, los Estados Unidos.

Previendo este desarrollo, los EE.UU. presionaron a sus socios de Europa Occidental, así como a algunos otros países que habían integrado decididamente el campo aliado durante el conflicto (Brasil y las naciones de América Central, en particular) para avanzar raudamente en el ajuste del texto del GATT. Tal tarea tuvo lugar en Ginebra entre abril y noviembre de 1947, concluyendo con la adopción del AG por 23 signatarios, que como prueba de su interés sustantivo en el avance de dicho instrumento procedieron simultáneamente al desarrollo de la primera “Ronda”<sup>15</sup> de “negociaciones comerciales multilaterales” (MTN)<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Cabe destacar que mientras se desarrollaba la etapa inicial de la Conferencia de la Habana los Aliados anglo-americanos habían confrontado sucesivas crisis en Grecia y Turquía que dieron lugar al enunciado de la denominada Doctrina Truman, más conocida como doctrina de la “contención”, por la cual los EE.UU. decidieron enfrentar el avance del comunismo en todo ámbito territorial a nivel mundial en el cual el mismo pretendiera expandirse, dando formalmente así inicio a la “Guerra Fría”.

<sup>15</sup> En la terminología GATT/OMC se entiende por “Ronda” al período preestablecido de negociaciones, en su origen concentrado en torno de reducciones arancelarias mutuas, desarrolladas bilateralmente entre dos o más partes contratantes, luego multilateralizadas al conjunto de las que hubieran suscripto el GATT.

<sup>16</sup> Conocidas generalmente por su sigla inglesa MTN (“Multilateral Trade Negotiations”).

Posteriormente, estos desarrollos paralelos sufrieron destinos diversos. Por un lado, el complejo contenido de la Carta de la Habana comenzó a recibir fuertes críticas en el Congreso de los EE.UU. a partir de su elevación por el Presidente Truman en abril de 1949, por ser considerado como un instrumento permeado por “políticas dirigistas”. Más grave aún, las previsiones cuatrienales de la RTAA<sup>17</sup> habían expirado en mayo de 1948, con lo cual las chances con que contaba el Presidente Truman para lograr la aprobación de la Carta de la Habana se tornaron muy escasas, por lo que decidió retirar el proyecto del Congreso en diciembre de 1950. Una vez que quedó claro que los EE.UU. no aprobarían la constitución de la OIC, los demás signatarios de la Carta también procedieron a abandonar dicho proyecto, mientras que aquellos que habían adherido al AG decidieron encolumnarse detrás de los EE.UU. para impulsar el desarrollo de este último.

De esta forma, puede calificarse al posterior triunfo del GATT, como gran impulsor del comercio internacional durante cuatro décadas, como el paradójico resultado de un fracaso, en tanto la imposibilidad de poner en funcionamiento la OIC determinó que el AG comenzara a operar con carácter interino, el cual se extendió hasta que la OMC fuera definitivamente instaurada el 1° de enero de 1995, como corolario de la aplicación del “Acuerdo de Marrakech” suscripto en abril de 1994, como corolario de la “Ronda Uruguay (RU)” del GATT<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> La legislación denominada “Reciprocal Trade Agreements Act” (RTAA) databa de 1934, e incluía un mecanismo equivalente a la actual “Vía Rápida” (Fast Track) por la cual el Congreso de los EE.UU. delegaba al Ejecutivo por períodos de 4 años la negociación de acuerdos arancelarios, los cuales el Legislativo podía aprobar o rechazar “in totum” (en su conjunto), es decir renunciando a la posibilidad de reabrir cada punto de la negociación concluida por el Ejecutivo. En este sentido, la RTAA constituye el antecedente más directo del régimen de “Fast Track” todavía practicado en las negociaciones comerciales por los EE.UU., acorde con la normativa de división de poderes entre el Ejecutivo y el Congreso de dicho país.

<sup>18</sup> Ver ABLIN, EDUARDO y PAZ, SANTIAGO: “En los orígenes del sistema multilateral de comercio”, Comercio Exterior N° 149, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, abril de 2002.

## **1.2 Los “principios” sustantivos del SMC**

Al respecto cabe señalar que el AG no contiene ninguna referencia teórica que trasunte la adhesión a una corriente o escuela de pensamiento, aunque puede ciertamente inferirse que en su conjunto el texto refleja los principios propios del libre comercio sustentado en las ventajas comparativas de los actores. En cualquier caso, resulta destacable que el texto obvia cualquier adhesión a una orientación teórica que pudiera resultar controversial, prefiriendo que del mismo resulte una adscripción a determinado enfoque del comercio internacional manifestado implícitamente a través de sus enunciados y propósitos básicos: diseñar acuerdos normativos, negociar la reducción de aranceles y otras barreras al comercio, así como constituir un mecanismo de solución de diferencias.

En dicho marco, desde una perspectiva extrema podría destacarse que el AG se sustenta en rigor en torno de un sólo principio - la “no discriminación” en el comercio internacional-. Este a su vez se manifiesta en dos vertientes: la primera asociada a la no discriminación por origen, contenida en el artículo I que define el “Trato de la Nación más Favorecida” (NMF) y la segunda vinculada a la no discriminación por producto, enunciada en el artículo III como “Trato Nacional” (TN)<sup>19</sup>. Subsecuentemente, el principio de no discriminación, reflejado en ambas vertientes citadas, garantiza que a través de la mecánica operativa del AG las “partes contratantes” del mismo pudieran beneficiarse “mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, a base de reciprocidad y de ventajas mutuas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales, así como la eliminación del trato discriminatorio en materia de comercio internacional”<sup>20</sup>. Es cierto que el GATT contiene otras cláusulas que hacen referencia a la

<sup>19</sup>Ver ABLIN, EDUARDO R.: “El comercio de mercancías y el GATT: las obligaciones sustantivas”, Guía Práctica de Comercio Exterior N° 47, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, abril de 2006.

<sup>20</sup> Ver Preámbulo del Acuerdo General, en “Instrumentos Básicos y Documentos Diversos, Volumen IV: Texto del Acuerdo General”, GATT, Ginebra, 1969.

obligación de no discriminar<sup>21</sup>, aunque no cabe duda que los dos principios arriba citados constituyen los pilares del sistema, preservando cada uno de ellos eventuales excepciones destinadas a cubrir otros objetivos del AG<sup>22</sup>.

Para corroborar este concepto conviene observar detenidamente en primera instancia la forma de enunciación del principio de aplicación del Trato de Nación Más Favorecida, contenida en la parte final del párrafo 1<sup>23</sup> del Artículo I, que culmina explicitando que “cualquier ventaja, favor, privilegio, o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario<sup>24</sup> de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”. Al mismo tiempo, la primera parte de dicho párrafo esclarece que dicha obligación se refiere no sólo a los derechos de aduana sino a “cualquier otra carga” impuesta en ocasión de la “importación, exportación, y transferencia internacional de pagos a tal efecto. Ello resulta de relevancia para evitar la eventual “elusión” resultante de establecer “otras cargas” que pudieran actuar de facto como sucedáneos de derechos de importación<sup>25</sup>, incrementando los mismos en forma contraria a la

<sup>21</sup> Véase por ejemplo el Artículo XIII del Acuerdo General, relativo a la forma de aplicación de eventuales restricciones cuantitativas.

<sup>22</sup> En este sentido, cabe tener presente -por ejemplo- la excepción al Trato de Nación más Favorecida consentida en el Artículo XXIV del Acuerdo General, en lo que concierne a las Uniones Aduaneras y Zonas de Libre Comercio. De igual forma el Artículo XX, relativo a las “Excepciones Generales” contempla excepciones al Trato Nacional por motivos de salud pública, protección ambiental, etc.

<sup>23</sup> Cabe tener presente que, desde el punto de vista de su nomenclatura, el GATT utiliza la numeración romana para nominar sus artículos, y la arábica para sus respectivos párrafos, por lo que -por ejemplo- la cita “I.1” se refiere al Artículo I, párrafo 1, en este caso objeto de análisis.

<sup>24</sup> Ver ABLIN, EDUARDO: “El origen de las mercancías: una cuestión aún incierta en el Sistema Multilateral de Comercio”, Comercio Exterior N° 89, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, junio de 2007.

<sup>25</sup> Al respecto, cabe tener presente a título de ejemplo que nuestro país estableció en marzo de 1995 a través del Decreto N° 389/95 -así como en mayo de 2019 por Decreto 332/2019- una tasa sobre base ad valorem

normativa prevista por el GATT. De igual forma, surge claramente que el ámbito de aplicación del artículo I cubre también los métodos de recaudación de los aranceles y otras cargas, así como todos los procedimientos y formalidades vinculados con el proceso de importación y exportación de mercancías. En otras palabras, resulta relevante destacar que la obligación de no discriminar “por el origen” entre productos provenientes<sup>26</sup> de diversas partes contratantes<sup>27</sup> del GATT no sólo concierne a los aranceles que se les apliquen para su importación (y exportación) sino también a todos los otros procedimientos relacionados con dicho proceso, contemplados bajo el Artículo III (TN)<sup>28</sup>.

destinada a financiar un servicio de recopilación estadística aplicable sobre las importaciones y exportaciones, la cual fue considerada oportunamente incompatible con el artículo II.1.b) del GATT como resultado del dictamen de un Grupo Especial solicitado por los EE.UU. en el marco del Órgano de Solución de Diferencias. Véase al respecto ABLIN, EDUARDO y LUCÁNGELI, JORGE: “La política comercial argentina: evolución reciente y limitaciones de los instrumentos futuros”, Boletín Techint N° 304, Buenos Aires, Octubre-Diciembre 2000.

<sup>26</sup> El problema de la determinación del “origen” constituye un tema central del Acuerdo General, en tanto sólo corresponderán los beneficios del mismo a los bienes “originarios” de las partes contratantes. En este sentido, aún cuando las cuestiones relativas a la determinación del origen de las mercancías se vinculan directamente al menos con 7 artículos del GATT (aunque se tienda a asociarlas con carácter general a las obligaciones contenidas en el Artículo VIII), resulta paradójal que las mismas hayan sido en definitiva regladas a través de la cooperación aduanera, en el marco de las instituciones multilaterales pertinentes (anteriormente el “Consejo de Cooperación Aduanera” y desde 1994 su sucesora la “Organización Mundial de Aduanas”).

<sup>27</sup> Resulta de interés destacar que las partes contratantes pueden tratar autónomamente a los productos originarios de territorios que no formen parte del Acuerdo General, es decir que no guardan obligación de extenderles el trato de NMF. Sin embargo, a contrario sensu, si una parte contratante otorgara a un país que no es integrante del GATT un trato más favorable respecto de un determinado producto que el que ha garantizado a las demás partes del Acuerdo General debería teóricamente extender este último a todos los integrantes del mismo.

<sup>28</sup> Véase LAVAGNA, ROBERTO, ABLIN, EDUARDO, MAKUC, ADRIÁN y PAZ, ALBERTO: “El GATT y sus normas: una aproximación a las cuestiones fundamentales”, Boletín Techint N° 236, Buenos Aires, 1985.

Así, mientras el Artículo I concierne a la no discriminación “por el origen”, las obligaciones relativas a no discriminar entre productos domésticos e importados se hallan contenidas en el Artículo III (llamado por ello principio del “trato nacional”). En efecto, del mismo surge la obligación de que los productos importados no puedan ser objeto de un tratamiento menos favorable al otorgado a aquellos similares de producción nacional en lo relativo a todas aquellas normas y regulaciones impuestas por la normativa pública. En este sentido, el ejemplo más clásico del “trato nacional” ha sido reservado a la imposición, una vez que el producto importado ha sido ya objeto del despacho a plaza<sup>29</sup>. En efecto, el subterfugio de imponer alícuotas más elevadas de un impuesto interno (por ej. al consumo o al valor agregado, etc.) que afectaran desfavorablemente al producto importado vis à vis aquel producido domésticamente constituiría una clara violación del trato nacional. Sin embargo, cabe enfatizar que el elemento tributario ha resultado tradicionalmente el más evidente mecanismo discriminatorio, pero está lejos de ser el único utilizado. Por ello el Artículo III.4 enfatiza la necesidad de que cualquier reglamentación en el plano técnico o normativo no resulte discriminatoria contra la producción importada<sup>30</sup>, al señalar que “los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta

<sup>29</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “El “Trato Nacional”: pilar del Sistema Multilateral de Comercio”, Comercio Exterior N° 97, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, Septiembre de 2007.

<sup>30</sup> Al respecto, cabe recordar que los EE.UU. intentaron someter a las naftas importadas de Venezuela a normas técnicas de control de naturaleza medioambiental diversas de aquellas aplicadas a las de producción nacional, controversia que se resolvió en favor del país exportador en razón del principio del trato nacional. Véase al respecto “Informe del Grupo Especial en el caso Venezuela contra los EE.UU.: pautas para la gasolina reformulada y convencional”, documento OMC WT/DS2/R de enero de 1996.

para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior”.

En este sentido, cabe tener presente que el artículo III se encuentra mucho más directamente vinculado con las políticas productivas domésticas, y por ende conlleva la aplicación de mecanismos eventualmente discriminatorios mucho más sutiles que los que contempla el artículo I, por lo que requieren un análisis muy detallado de las decisiones internas de las partes contratantes para su dilucidación ante una controversia. En otras palabras, resulta de interés clarificar que la obligación que surge del Artículo I concierne a la necesidad de otorgar idéntico trato entre sí a productos similares importados en un mismo territorio (integrante del GATT) desde dos o más diferentes partes contratantes del Acuerdo General. Por el contrario, el artículo III apunta a asegurar que a dichos productos importados desde otros orígenes se les brinde un trato no menos favorable que el que se otorga a la producción doméstica de esos mismos bienes<sup>31</sup>.

A esta altura cabe preguntarse acerca del móvil por el que la doctrina del SMC se concentra fundamentalmente en torno a impedir la discriminación comercial. Si se reflexiona por un momento respecto de las características que primaron en el comercio internacional en las décadas entre ambas conflagraciones mundiales, caracterizado esencialmente por un bilateralismo a ultranza al cual los planificadores de postguerra atribuían en buena medida las causas del conflicto<sup>32</sup>, podrá obtenerse un indicio que ayuda a explicar la prioridad otorgada a la política anti-discriminatoria en materia comercial. Si a ello se agrega que la no discriminación contribuía a eliminar el régimen de preferencias que resultaba característico de los esquemas comerciales europeos -amarrando las

<sup>31</sup> Ver JACKSON, JOHN H.: “World Trade and the Law of GATT”, New York, Bobbs Merrill, 1986.

<sup>32</sup> Un bilateralismo caracterizado por políticas comerciales de carácter agresivo y predatorio que fueron definidas bajo la fórmula inglesa “beggar thy neighbour” (arruinar a su vecino).

colonias a sus respectivas metrópolis<sup>33</sup>- podrá visualizarse mejor la tendencia de los pensadores económicos de los EE.UU. enfocada a liquidar los sistemas imperiales subsistentes. De esta forma, puede concluirse que el énfasis en la no discriminación conllevaba la llave conceptual orientada a promover el libre comercio y desarmar las preferencias imperiales en un solo acto, resultando así en el instrumento que garantizara un efectivo avance del intercambio multilateral<sup>34</sup>.

Así, el SMC constituye un desarrollo particularmente exitoso de la postguerra, originado en la concepción de que el comercio internacional basado en principios de no discriminación contribuye ventajosamente a la ocupación y el empleo, y por ende a una mejor asignación de recursos en el plano internacional. Por el contrario, los “padres fundadores” del SMC parecerían haber actuado con gran pragmatismo en el contexto de las restricciones y conflictos que caracterizaron su época, inclinándose por un acuerdo minimalista en contraposición a proyectos alternativos de mayor envergadura y potencialidad<sup>35</sup>. Aun así, la adopción de tal criterio permitió al GATT convertirse durante casi 50 años en un instrumento altamente dinamizador del comercio mundial, atrayendo a un número creciente de integrantes, aún desde su limitada condición de acuerdo provisional carente de institucionalidad hasta su posterior evolución hacia la OMC post 1995.

## 2. ¿Es la OMC la sucesora del GATT?

Con relación a dicho desarrollo diversas fuentes tienden a presentar con cierta ligereza a la “Organización Mundial del Comercio

<sup>33</sup> Recuérdese, a título de ejemplo, que las preferencias imperiales negociadas en la “Conferencia de Ottawa de 1932” entre el Reino Unido y sus dominios impulsaron a la administración del Presidente Justo a intentar reconquistar el papel de Argentina como proveedora de carnes vacunas al Reino Unido a través del Tratado Roca-Runciman de 1933.

<sup>34</sup> Ver ABLIN, EDUARDO y PAZ, SANTIAGO: “En los orígenes del sistema multilateral de comercio”, Comercio Exterior N° 149, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, abril de 2002.

<sup>35</sup> Ver LAL DAS, BHAGIRATH: “The World Trade Organisation: A Guide to the Framework for International Trade”, Zed Books Ltd., Londres, 2000.

(OMC)” como la sucesora del “Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT)”. Tal afirmación, generalmente formulada con espíritu simplificador, suscita lamentablemente gran confusión en cuanto a la verdadera naturaleza del profundo cambio introducido por la “Ronda Uruguay (RU)” -octava y última de la era del GATT-<sup>36</sup> al suscribirse el Acuerdo de Marrakech<sup>37</sup>, que crea la OMC.

Al respecto, cabe recordar que el AG constituyó -como su nombre lo indica- un mero Acuerdo de partes, por lo que quienes adherían al mismo se denominaban “partes contratantes”. En dicho contexto, y gracias a la imaginativa solución administrativa diseñada a través de la ICITO<sup>38</sup>, así como a la incorporación del denominado “Protocolo de Aplicación Provisional”, el GATT pudo progresar exitosamente a lo largo de casi 50 años, aunque nunca dejó de ser simplemente un Acuerdo aplicado con carácter provisorio por sus partes contratantes.

Por el contrario, el Acuerdo de Marrakech crea la OMC, que constituye una verdadera organización de carácter multilateral, y por ende está integrada por Estados<sup>39</sup>, que asumen el carácter de Miembros de la misma. Esta diferencia -muchas veces soslayada- resulta no obstante sustantiva para comprender la diferencia entre una y otra etapa del SMC (1948 a 1994, bajo el GATT, y aquella posterior a enero 1 de 1995, cuando entró en funcionamiento la OMC). Ello es así en tanto el GATT -en su limitada condición de acuerdo- carecía de personería jurídica, mientras la OMC goza de la misma en los términos habituales para las organizaciones multilaterales. Si a su vez se observa que el GATT fue subsumido

<sup>36</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “Del GATT a la OMC: la evolución del sistema multilateral de comercio y su comprensión”, Comercio Exterior N°40, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, febrero de 2006.

<sup>37</sup> Abril de 1994.

<sup>38</sup> Ver Nota al pie N° 13 precedente.

<sup>39</sup> En rigor no se trata necesariamente de Estados, en el sentido de territorios soberanos, herencia que proviene del propio GATT, que preveía la incorporación de cualquier territorio que mantuviera independencia para el manejo de su política arancelaria, tal el caso paradigmático de Hong Kong.

en su versión actualizada<sup>40</sup> como uno de los Anexos del Acuerdo de Marrakech, surge claramente que la OMC no puede ser la mera sucesora del GATT, sino que constituye un instrumento jurídico-institucional mucho más complejo que el AG<sup>41</sup>, en tanto lo incluye<sup>42</sup>. En efecto, si el GATT 1994 resulta al presente sólo una parte integrante del vasto conjunto de acuerdos administrados por la OMC, podemos concluir por el absurdo que mal puede ser la OMC su sucesora<sup>43</sup>.

La clarificación de tal malentendido requiere comprender el salto cualitativo que significó la aparición de la OMC para el funcionamiento del SMC, y las consecuencias que la nueva estructura institucional conlleva para la aplicación al conjunto de sus Miembros de la red de regímenes que se enmarcan en la misma.

## **2.1 El GATT y su contenido**

En su versión original, el GATT de 1947 constaba de tres grandes Secciones o Partes, nombradas con números romanos. La parte I consta en rigor de sólo 2 artículos. Mientras que el primero establece el precepto central del Acuerdo, es decir el Trato de Na-

<sup>40</sup> El GATT 1947, con sus sucesivas modificaciones y actualizaciones (que fueron muy pocas en rigor), fue adoptado por los Miembros de la OMC al finalizar la Ronda Uruguay como GATT 1994, constituyendo el Anexo IA (relativo al comercio de mercancías) de los textos que integran la OMC. Ver “Los Textos Jurídicos: Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003.

<sup>41</sup> Efectivamente, el GATT 1994 se convirtió en el Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech (“Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías”), seguido de una serie de Acuerdos y Entendimientos específicos en materia de mercancías adoptados por la Ronda Uruguay.

<sup>42</sup> Véase “Los Textos Jurídicos: Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003.

<sup>43</sup> Ciertamente no puede serlo en el plano institucional, ni tampoco en razón de su carácter mucho más comprehensivo en términos comparativos.

ción más Favorecida<sup>44</sup>, el Artículo II introduce la mecánica negociadora del GATT a través de las denominadas “listas de concesiones”, que aunque comenzaron limitándose exclusivamente al ámbito arancelario, con la evolución de las negociaciones comerciales se extendieron progresivamente a otra serie de campos de igual o mayor sofisticación e interés a lo largo del tiempo.

Resulta en alguna medida sorprendente que la Parte I del Acuerdo General conste sólo de 2 artículos, mientras que el segundo pilar del SMC (el Trato Nacional) se incorpora por separado, como primer artículo de la Parte II del mismo. En rigor, podría interpretarse que el sentido de este ordenamiento apunta a clarificar que el principio rector del SMC reside en la no discriminación por el origen, y que cualquier beneficio que se otorgue en virtud de los compromisos emergentes de las negociaciones cuya mecánica se describe en el Artículo II se extenderá automáticamente a todas las partes contratantes en virtud de la validación generalizada de dicho precepto, enunciado en el Artículo I. Sin embargo, cabe tener presente con carácter absolutamente central que los dos pilares fundamentales del Acuerdo General (NMF y TN) resultan de aplicación obligatoria a todas las partes contratantes -de la misma forma que la totalidad de las obligaciones contenidas en la Parte II del GATT-, independientemente de que los productos originarios de las mismas hayan sido o no objeto de alguna concesión en el marco previsto por el Artículo II<sup>4546</sup>.

Por su lado, la Parte II, que se inicia con el Artículo III (relativo al segundo pilar, es decir el Trato Nacional) se extiende hasta el Artículo XXIII inclusive, e incluye todas aquellas figuras que responden a las obligaciones de “política comercial” de las partes con-

<sup>44</sup> Véase ABLIN, EDUARDO: “Del GATT a la OMC: la evolución del sistema multilateral de comercio y su comprensión”, Comercio Exterior N° 40, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, febrero de 2006.

<sup>45</sup> Ver JACKSON, J. H. “World Trade and the Law of GATT”, New York, Bobbs Merrill, 1986.

<sup>46</sup> Ver Instrumentos Básicos y Documentos Diversos, Volumen IV: “Texto del Acuerdo General”, Acuerdo General de Aranceles y Comercio, Ginebra, 1969.

tratantes, entre las cuales pueden citarse cuestiones centrales tales como aquellas vinculadas al libre tránsito y circulación de las mercancías, la valoración en aduana, las licencias y otras formalidades de importación, la transparencia en la normativa del comercio internacional, las prácticas desleales (dumping y subvenciones), las restricciones cuantitativas (contingentes y cuotas), las excepciones por dificultades de balance de pagos, el comercio de Estado, las ayudas públicas, las salvaguardias, y las excepciones generales, así como aquellas relativas a la seguridad. Dicha Parte II culmina con los Artículos XXII y XXIII, que conformaban el primitivo esquema de “solución de diferencias” en materia comercial previsto por el régimen originario del GATT<sup>47</sup>.

Finalmente, la Parte III, que se extendía desde el Artículo XXIV hasta el XXXV se concentraba esencialmente en la normativa operacional del AG, es decir en la definición de los mecanismos institucionales previstos por el mismo (tal como las formas en que se desarrollarían las rondas de negociación o que debían asumir las uniones aduaneras y zonas de libre comercio para poder ser consideradas como tales), así como aquellos de carácter decisional (adopción de las normas, enmiendas, adhesión de nuevas partes contratantes o su eventual abandono del AG, retiro de concesiones negociadas por las partes contratantes bajo Artículo II).

Posteriormente, durante el transcurso de la Ronda Kennedy de 1962-1965 -cuyo desarrollo resultó concomitante con el de la Conferencia de la UNCTAD<sup>48</sup>-, se incorporó a instancias de esta última

<sup>47</sup> Ver LAL DAS, BHAGIRATH: “The World Trade Organisation: A Guide to the Framework for International Trade”, Zed Books Ltd., Londres, 2000.

<sup>48</sup> La labor de la UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development, o Conferencia sobre Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas), bajo el influjo de las ideas desarrolladas por la escuela cepalina liderada por el prestigioso economista Raúl Prebisch, influyó decisivamente sobre los debates de la Ronda Kennedy, quedando sus intentos de reformar el SMC reflejados en la incorporación de la Parte IV del GATT. En efecto, la UNCTAD llevó a cabo su primera reunión en Ginebra en 1964, y avanzó en su primera sesión en Nueva York durante 1965, determinando así un paralelismo con las negociaciones de la Ronda.

la denominada Parte IV relativa al “Comercio y Desarrollo”, que tuvo por objeto contemplar las condiciones especiales y más favorables que podrían beneficiar a los países en desarrollo (PED) en el marco del SMC, llevando así el texto del GATT a XXXVIII artículos<sup>49</sup>.

## **2.2 Implicancias del “Protocolo de Aplicación Provisional” del GATT**

La reseña de la estructura del Acuerdo General resulta sustantiva para comprender la importancia e implicancias del denominado “Protocolo de Aplicación Provisional” respecto de la aplicación del GATT, hasta que el mismo quedara subsumido como uno de los Anexos del Acuerdo de Marrakech en el marco de la OMC. En efecto, dicho Protocolo preveía que las partes contratantes se comprometían a aplicar incondicionalmente las partes I (NMF y listas de concesiones negociadas) y III (mecanismos institucionales y decisionales) del AG. Por el contrario, su compromiso en relación con la aplicación de la Parte II -es decir aquella concentrada en los instrumentos de política comercial- quedaba limitado a que las previsiones de la misma resultaran compatibles con su propia legislación vigente al momento de la suscripción del GATT. Adicionalmente, una serie de partes contratantes -fundamentalmente aquellas que aún mantenían un dominio imperial sobre sus colonias, o por mandato de la ONU sobre diversos territorios de ultramar- comprometían la aplicación del AG en las condiciones arriba descriptas exclusivamente a su territorio metropolitano<sup>50</sup>.

Esta denominada “cláusula de fundador”<sup>51</sup> resultó de enorme relevancia a lo largo de la vigencia del GATT, y hasta la instaura-

<sup>49</sup> Véase LAVAGNA, ROBERTO, ABLIN, EDUARDO, MAKUC, ADRIÁN y PAZ, ALBERTO: “El GATT y sus normas: una aproximación a las cuestiones fundamentales”, Boletín Techint N° 236, Buenos Aires, 1985.

<sup>50</sup> Ver JACKSON, J.H. “World Trade and the Law of GATT”, New York, Bobbs Merrill, 1986.

<sup>51</sup> “Grandfather’s Clause” en su denominación inglesa.

ción de la OMC, ya que amparándose en la misma varias partes contratantes fundadoras se auto-exceptuaron del cumplimiento de diversas medidas de “política comercial” (precisamente aquellas contenidas en la Parte II del Acuerdo), argumentando la subsistencia de legislación doméstica previa al mismo que continuaba en vigencia<sup>5253</sup>.

La enorme relevancia que asumiera en el contexto del GATT el Protocolo de Aplicación Provisional, y sus implicancias arriba reseñadas, se evidencia precisamente con su desaparición como resultado de la institucionalización de la OMC. En efecto, a diferencia del GATT, la OMC se constituye como organismo multilateral con carácter definitivo, y por ende sus Miembros (que sustituyen a las partes contratantes) carecen de toda cláusula de escape destinada a evitar la plena aplicación de todas y cada una de las obligaciones dimanantes del Acuerdo de Marrakech<sup>54</sup>, así como del conjunto de Acuerdos subordinados al mismo, es decir de todos los compromisos negociados en el marco de la Ronda Uruguay.

Por ello puede asegurarse que la significativa transformación registrada en esta materia a partir de la creación de la OMC constituye un importante paso hacia la democratización del SMC, ya que los Miembros han resignado en dicha transición cualquier reserva que pudieran haber mantenido durante la vigencia del GATT en virtud de las excepciones previstas en el Protocolo de Aplicación Provisional<sup>55</sup>.

<sup>52</sup>De esta forma, por ejemplo, los EE.UU. justificaron la excepción que obtuvieran en 1955 del conjunto de las PARTES CONTRATANTES del GATT en materia de política agrícola, argumentando la vigencia ininterrumpida de normas en materia de sostén de precios y otras disposiciones derivadas de su legislación interna.

<sup>53</sup> En la nomenclatura del GATT se designa como PARTES CONTRATANTES (escrito de la forma que antecede, con todos los caracteres en mayúscula) al conjunto de las “partes contratantes” cuando adoptaban una decisión de carácter compromisorio en forma colectiva.

<sup>54</sup> Véase Artículo XVI:5 del Acuerdo de Marrakech.

<sup>55</sup> Ver VAN DEN BOSSCHE, PETER. “The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials”, Cambridge University Press, New York, 2006.

En particular, ello repercute sensiblemente en la homogeneización de los mecanismos de definición y aplicación de las respectivas políticas comerciales, ya que en última instancia la Parte II del Acuerdo General puede ser concebida como un código de conducta en la materia, destinado a complementar las obligaciones sustantivas contenidas en la Parte I del GATT, y en adición al TN definido en el Artículo III. Por ello, los Miembros de la OMC pueden ahora ser sometidos al procedimiento periódico de “Examen de Políticas Comerciales”<sup>56</sup> en forma igualitaria y sujetos a los principios generales vigentes, sin excepción alguna.

### **2.3 Estructura de la OMC y su contenido**

Como se ha señalado, la transición producida en la RU no sólo conllevó importantes diferencias en cuanto a los compromisos de las partes contratantes del GATT respecto de los Miembros de la OMC, sino que transformó la estructura institucional del SMC. En efecto, cabe observar en primer lugar que mientras que el GATT de 1947 en su versión original comprendía XXXV Artículos (sin incluir la posteriormente adicionada Parte IV), el Acuerdo de Marrakech constituye un texto mucho más corto, de apenas XVI Artículos, ya que el mismo se concentra en la creación de la OMC, sus funciones, estructura, y todos aquellos aspectos de carácter decisonal. Subsecuentemente, este Acuerdo remite a sus Anexos, comenzando por la incorporación del GATT 1994 en lo relativo al comercio de mercancías. A su vez, el mismo va seguido de una docena de acuerdos específicos alcanzados durante la Ronda Uruguay en lo concerniente al comercio de mercancías, cada uno de los cuales introduce en la práctica extensas y precisas clarificacio-

<sup>56</sup> El Acuerdo de Marrakech incorpora como Anexo E el denominado “Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales”, que consiste en una revisión crítica de la forma en que cada uno de los Miembros conduce su respectiva política comercial respecto de los principios y compromisos de la OMC. Ver “Los Textos Jurídicos. Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003

nes a previsiones originales ya contenidas en el AG en forma sucinta o poco explícita, habiendo dado lugar a complejas diferencias interpretativas a lo largo de la historia del GATT. De igual forma, se incorporan seis entendimientos relativos a la interpretación de artículos del AG en particular.

En segundo lugar, los Anexos 1B<sup>57</sup> y 1C<sup>58</sup> incluyen respectivamente los denominados acuerdos sobre nuevos temas incorporados al SMC en el curso de la Ronda Uruguay (servicios y propiedad intelectual, respectivamente). En tercer lugar, el Anexo 2 incorpora el nuevo “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD)” en el marco de la OMC, el cual es aplicable con carácter comprensivo a los Anexos sobre el comercio de mercancías, servicios y propiedad intelectual. En cuarto lugar, el Anexo 3 instauro el denominado “Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales”. Finalmente, el Anexo 4 se refiere a los así llamados “Acuerdos Comerciales Plurilaterales”, que cubren cuatro sectores específicos, constituyendo las únicas previsiones del conjunto de acuerdos administrados por la OMC que sólo son aplicables a los Miembros que los hayan suscripto, mientras que el resto de los textos arriba enunciados resultan de aplicación obligatoria para todos, excluyéndose cualquier excepción o derogación respecto de los mismos.

Sin embargo, cabe remarcar que se registra un evidente espíritu de transición entre el GATT y la OMC, al cual podría atribuírsele un propósito sucesorio, el que se encuentra claramente explicitado en el Artículo XVI:1 del Acuerdo de Marrakech, cuando establece que “salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se regirá por las de-

<sup>57</sup> “Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Anexos”. Ver “Los Textos Jurídicos. Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003.

<sup>58</sup> “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio”. Ver “Los Textos Jurídicos. Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003.

cisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo”. De esta forma la OMC hace suyo el acervo decisorio aplicado por el GATT a lo largo de su historia, el cual opera a través de esta cláusula “de traspaso”<sup>59</sup> como punto de partida para la nueva etapa institucional del órgano rector del comercio internacional. Por ello puede concluirse que aun cuando la OMC no sea por las razones ya enunciadas- la sucesora del GATT, este último constituye el núcleo de la fuente jurídica y operativa de la nueva institución, metodología bajo la cual debe visualizarse la “sucesión” que vincula a ambos<sup>60</sup>.

Así, concebir a la OMC como mera sucesora del GATT involucra una interpretación minimalista de las transformaciones que su aparición conllevan para el desarrollo y operación del SMC. La OMC es un organismo multilateral, con personería jurídica y una estructura formal, en cuyo marco todos los Miembros disponen de los mismos derechos y obligaciones, lo que resulta en una creciente democratización del SMC así como una mayor garantía para la defensa de los derechos de todos los Miembros. En efecto, la aparición de la OMC no sólo involucra la consolidación institucional del SMC, sino que también incorpora una tendencia -impulsada por la doctrina estadounidense en la materia- orientada hacia una visión juricista del funcionamiento del mismo, evidenciada en la inclusión de mecanismos procesales precisos tendientes a evitar la elusión de los principios de la OMC por parte de sus Miembros, así como la dilucidación dentro de un calendario previsible de las controversias que pudieran presentarse<sup>61</sup>. Esta importante transformación respondió en buena medida a la frustración de los EE.UU. con los resultados adversos de algunas importantes controversias durante la década de los '80 vis à vis la entonces “Comunidad Económica Europea (CEE)”.

<sup>59</sup> Denominada en inglés cláusula de “carry-over”.

<sup>60</sup> Ver LACARTE MURÓ, JULIO A.: “Ronda Uruguay del GATT: la globalización del comercio mundial”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994.

Ello no significa ignorar las diferencias de poder relativo que continúan caracterizando a los actores del SMC, en razón de su tamaño, capacidad económica y recursos litigiosos, aunque cabe reconocer que la filosofía que impregna la transición del GATT a la OMC enfatiza la juridicidad del sistema, reduciendo en términos relativos la tradición europea que prioriza la negociación.

En este sentido, cabe resaltar la novedosa estructura derivada del Acuerdo de Marrakech que construye un paraguas institucional enmarcado bajo la OMC, el cual cubre una vasta red de acuerdos específicos -entre los cuales se subsume el GATT en lo que concierne al comercio de mercancías- al mismo tiempo que instaura un mecanismo único de solución de diferencias para todos los denominados “acuerdos abarcados” por la OMC, incluyendo los nuevos temas incorporados, previendo -a tal efecto- un mecanismo “sucesorio” por el cual la OMC retoma el acervo decisorio y normativo acumulado durante la historia del GATT. Dicho esquema aporta una instancia plenamente superadora para buena parte de las deficiencias que evidenció el GATT a lo largo de su existencia, de la cual deriva el creciente atractivo de la OMC para la adhesión de un importante número de nuevos Miembros que se incorporaron al proceso de globalización con posterioridad a 1995, sin que ello impida reconocer el inmenso éxito del GATT en la promoción del comercio internacional a lo largo de su prolongada existencia<sup>62</sup>.

### **3. Creciente intrusión sobre la soberanía de los Miembros**

En efecto, la rigurosidad normativa de los sucesivos acuerdos que se agrupan bajo el paraguas de la OMC -denominados “acuerdos abarcados”- por encontrarse eventualmente sujetos a la inter-

<sup>61</sup> Ver ABLIN, EDUARDO y PAZ, SANTIAGO: “El mecanismo de solución de diferencias de la OMC”, Comercio Exterior N° 636, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, octubre de 2002.

<sup>62</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “¿La OMC sucesora del GATT?: coincidencias y divergencias”. Comercio Exterior N° 43, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, marzo de 2006.

pretación de la estructura jurisdiccional implícita en el ESD, genera una creciente intrusión del SMC sobre las decisiones unilaterales de política económico-comercial de los Miembros. Por ende se registran crecientes limitaciones a la autonomía de los Miembros en materia de política comercial, que limitan su flexibilidad en el diseño y empleo de sus instrumentos.

En este sentido, cabe recordar que el GATT no incorpora en ningún caso el concepto de prohibición, en tanto los “padres fundadores” presumían que los Estados podrían estar dispuestos a someterse -en aras de un beneficio para la economía global- al cumplimiento de normativa comercial a la cual se hubieran comprometido, considerada en cualquier caso un instrumento de “baja política” por los teóricos de la escuela realista de las relaciones internacionales. No obstante, no concebían en ninguna circunstancia que las naciones aceptaran subordinar sus acciones en aquellos casos en que sus intereses de “alta política” -por ejemplo en materia de defensa y seguridad- pudieran entrar en colisión con dichos compromisos de naturaleza multilateral. En cualquier caso, sin vulnerar el criterio restrictivo en materia de interdicciones, cabe destacar que algunos de los Acuerdos de la OMC introducen con carácter excepcional la “prohibición” de determinadas medidas sujetas a eliminación<sup>63</sup>.

Por ende, puede decirse que nada está literalmente “prohibido” en el SMC, y por ende los Miembros dispuestos a vulnerar una norma del mismo deberán evaluar en cada caso el costo-beneficio de “no conformar” (en el léxico de la OMC) ante la perspectiva mucho más concreta en el nuevo régimen del ESD de ser demandados por las contrapartes afectadas por sus potenciales acciones. En efecto, en caso de no cumplimentar los requerimientos de los órganos de dilucidación de derechos para “conformar” con la normativa dichos Miembros resultan pasibles de sufrir eventuales

<sup>63</sup>Ver ABLIN, EDUARDO y PAZ, SANTIAGO: “El mecanismo de solución de diferencias de la OMC”, Comercio Exterior N° 636, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, octubre de 2002.

contramedidas (medidas de “retorsión” o “retaliatorias” en el léxico del SMC) por parte de los Miembros recurrentes<sup>64</sup>.

De esta forma, ningún accionar se encuentra per se prohibido, en tanto el SMC no persigue criterios punitivos, sino el cumplimiento de sus objetivos básicos de que los Miembros dispongan de predictibilidad en su conducta, de manera tal de asegurar “la obtención de ventajas mutuas” en un marco equilibrado. Por ello cabe destacar que el sistema GATT/OMC carece de jurisdicción para imponer sanciones colectivas de carácter económico-comercial a ninguno de sus Miembros (antes partes contratantes), derecho reservado exclusivamente al Consejo de Seguridad (CS) de la ONU bajo casos excepcionales, y que se ha utilizado en oportunidades cada vez más precisas<sup>65</sup>. Por ello resulta erróneo, tal como muchas veces se expresa, que una medida de política comercial no puede ser adoptada por estar “prohibida” por la OMC, lo que podría tor-

<sup>64</sup> Ver SHAFFER, GREGORY C. y MELÉNDEZ-ORTIZ, RICARDO (editors): “Dispute Settlement at the WTO”, Cambridge University Press, 2010.

<sup>65</sup> Al igual que el recurso a la fuerza armada, las sanciones del Consejo de Seguridad (CS) se fundamentan en el **Capítulo VII de la Carta de la ONU relativo a “la acción en caso de amenaza contra la paz, de ruptura de la paz y de acto de agresión”**. El recurso a las sanciones, previsto explícitamente por el artículo 41, permite al CS solicitar a los Estados Miembros que apliquen medidas coercitivas con el fin de hacer efectivas sus decisiones y contribuir de este modo al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, pudiendo los diversos regímenes de sanciones adoptados por el Consejo equipararse a instrumentos políticos destinados a velar por el mantenimiento de la paz y la seguridad. En la práctica, el objetivo de las sanciones es ejercer una presión política y/o material sobre un actor. Desde las primeras medidas adoptadas contra Rodesia del Sur en 1966 y Sudáfrica en 1970, el CS ha recurrido cada vez más y en situaciones más variadas a las sanciones: intervención en un conflicto armado, desbloqueo de un proceso político, lucha contra la proliferación de armas de destrucción masiva o lucha contra el terrorismo. Al presente se encuentran vigentes 14 regímenes de sanciones dirigidos a prestar apoyo a la solución política de conflictos, la no proliferación de las armas nucleares y la lucha contra el terrorismo. Los mismos son administrados por un miembro no permanente del Consejo de Seguridad. Ver Consejo de Seguridad, ONU, 2019.

narnos pasibles de sanciones por parte de dicha organización. Lo correcto es asumir que cualquier medida podrá ser “contestada jurídicamente” en el ámbito del ESD, y generar eventuales derechos a los Miembros afectados a aplicar medidas retaliatorias, bajo la premisa de restablecer el equilibrio entre los mismos acorde con la normativa de la OMC, limitando a su vez cualquier escalada de sanciones ante el fracaso de un mutuo entendimiento, o frente a la carencia de la voluntad de un Miembro de “conformar” acorde lo decidido por los órganos jurisdiccionales que componen el ESD<sup>66</sup>.

#### **4. El Esquema de Solución de Diferencias**

Puede decirse entonces que el procedimiento de solución de diferencias constituye la piedra angular del sistema multilateral de comercio, ya que sin un instrumento de este tipo el SMC se encontraría imposibilitado de lograr el cumplimiento de las normas. En efecto, el ESD<sup>67</sup> se basa en reglas claramente definidas, contando asimismo con plazos procesales precisos para ultimar el procedimiento. Por su parte, aunque el antiguo GATT disponía de un procedimiento de solución de diferencias el mismo no preveía automaticidad ni un calendario rígido, por lo que resultaba factible obstruir el desarrollo del procedimiento así como la adopción de las resoluciones, dilatándose en muchos casos largamente la posibilidad de alcanzar una solución concluyente.

Puede decirse que surge una diferencia cuando un país adopta una política comercial o toma una medida que otros Miembros de la OMC consideran infringe las disposiciones de los acuerdos o constituye un incumplimiento de las obligaciones contraídas.

<sup>66</sup> Ver ABLIN, EDUARDO y PAZ, SANTIAGO: “El mecanismo de solución de diferencias de la OMC”, Comercio Exterior N°636, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, octubre de 2002.

<sup>67</sup> Contenido formalmente en el “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”. Ver “Los Textos Jurídicos. Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003.

Procesalmente, un caso que siga su curso completo hasta la primera resolución no debería extenderse normalmente más de un año, o 15 meses en caso de recurrirse en apelación. Aunque el procedimiento es en gran parte análogo al de un tribunal, se aspira sin embargo a que los países afectados examinen sus problemas y logren resolver la diferencia de manera mutuamente satisfactoria por sí solos, por lo que la primera etapa prevista es la celebración de consultas entre los gobiernos parte en la diferencia<sup>68</sup>. De todas formas el ESD no debe ser entendido bajo el concepto de un “tribunal”, en el sentido que carece de jurisdicción internacional a tal efecto, y por ende sus competencias no incluyen la emisión de “Fallos” sino de “Informes y Recomendaciones” que pueden convertirse en “Resoluciones” o “Decisiones” del “Órgano de Solución de Diferencias (OSD)”, cuya forma de dilucidación de derecho involucra la interpretación de las actuaciones a la luz de la normativa de los “acuerdos abarcados”. Así, sobre la base de dichos “Informes” el OSD invita a los Miembros imputados por una eventual “violación” de la normativa a “conformar”, sin que ello conlleve un espíritu punitivo, ya que el mismo resultaría auto-frustrante a la luz de los objetivos del SMC. Por el contrario, su meta apunta en esencia a lograr el restablecimiento del equilibrio de ventajas y obligaciones dimanantes de los acuerdos que integran la OMC, o sea la restauración del balance de concesiones mutuas entre Miembros involucrados en una diferencia<sup>69</sup>.

Por ello, la violación de la normativa por parte de un Miembro no conlleva sanciones multilaterales por el conjunto de los integrantes de la OMC. Por el contrario, sólo aquellos Miembros afec-

<sup>68</sup> Entre la creación de la OMC, el 1° de enero de 1995, y el 31 de diciembre de 2018, se distribuyeron en total a los Miembros de la OMC 573 solicitudes de celebración de consultas. Ver: “Actividad en la esfera de la solución de diferencias - algunas cifras”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2019. Ref: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/disputstats\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disputstats_s.htm)

<sup>69</sup> Ver PETERSMANN, ERNST-ULRICH: “The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement”, Kluwer Law International, Londres, 1997.

tados por las acciones sometidas a consideración del ESD (es decir los “recurrentes” o demandantes) -una vez aprobado por el OSD el Informe producido por el “Grupo Especial” (GE), sin que hubieran recibido satisfacción en un plazo prudencial por parte del Miembro “recurrido” (acusado)- pueden solicitar la constitución de un segundo GE con mandato para valorizar las eventuales medidas retaliatorias a ser aplicadas, previa autorización del OSD, aunque con carácter estrictamente bilateral<sup>70</sup>.

No escapa entonces que la juridicidad del ESD –como acuerdo específico de la OMC- introduce una inevitable tensión entre soberanía y globalización, ya que mientras el comercio internacional se convierte en una de las actividades centrales de la economía mundial la OMC cuenta con instrumentos que permiten una intrusión del SMC sobre la autonomía de las políticas comerciales aplicadas por los Miembros, tanto por vía de la dilucidación de diferencias en el marco del propio ESD, como en la evaluación de dichas políticas y su conformidad con la OMC por vía del “Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales”<sup>71</sup>

Obsérvese en este sentido que mientras el “Sistema de Solución de Diferencias” del antiguo régimen del GATT se limitaba a sólo dos artículos (XXII y XXIII) de carácter muy laxo y difuso, el ESD incluye 27 artículos y 4 Apéndices, extendiéndose a lo largo de 30 páginas que incorporan definiciones detalladas de los órganos destinados a la operativa del mismo, así como pautas procesales precisas aplicables a las sucesivas etapas del procedimiento, resultando aplicable tanto a bienes como servicios y propiedad in-

<sup>70</sup> Desde la vigencia de la OMC en 1995 y hasta finalizar 2018 cada vez que un Miembro ha solicitado una autorización para adoptar medidas de retorsión (15 casos), el nivel admisible de suspensión de las obligaciones ha debido ser determinado mediante un arbitraje. Ver: “Actividad en la esfera de la solución de diferencias - algunas cifras”, Organización Mundial del Comercio, 2019, [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/disputats\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disputats_s.htm)

<sup>71</sup> Ver ABLIN, EDUARDO y PAZ, SANTIAGO: “El mecanismo de solución de diferencias de la OMC”, Comercio Exterior N° 636, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, octubre de 2002.

telectual<sup>72</sup>. Cabe destacar al respecto que este nuevo esquema de dilucidación de derechos fue en buena medida diseñado acorde la concepción y tradiciones legales de los EE.UU., apuntando a la búsqueda de una mayor imparcialidad, previsibilidad y rigurosidad legal.

Funcionalmente, este ámbito de la OMC compete al “Órgano de Solución de Diferencias” (OSD, o el Consejo General bajo otra forma), integrado por todos los Miembros de la OMC, quien cuenta con la facultad exclusiva de establecer “Grupos Especiales” (GE) de expertos -seleccionados a partir de una lista propuesta por los Miembros- para que examinen la diferencia, así como de aceptar o rechazar las conclusiones de los mismos o los resultados de las apelaciones. Así, corresponde al OSD vigilar la aplicación de las “Resoluciones” y “Recomendaciones”, al mismo tiempo que autorizar la adopción de medidas de retorsión cuando un país no respete una Resolución emanada del mismo.

En relación con las demandas, el ESD de la OMC rescata dos definiciones básicas contenidas en el GATT bajo el concepto de “anulación o menoscabo” (“nullification or impairment”) de las ventajas del Acuerdo, las cuales pueden ser invocadas aún en el caso de no existir una efectiva vulneración de la normativa, ya que se verifican ante:

- a) el incumplimiento de una obligación dimanante de los Acuerdos enmarcados en la OMC, en el marco del Artículo XXIII.1.a del GATT;
- b) la aplicación de una medida contraria a los Acuerdos, bajo el Art XXIII.1.b;
- c) una violación prima facie de alguna norma de los Acuerdos, rigiendo en dicho caso la reversión de la carga de la prueba;

<sup>72</sup> Véase “Los Textos Jurídicos: Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003.

- d) casos calificados como de “no violación”, en los cuales se alega la vulneración de las ventajas previsibles para un Miembro al momento de su “accesión”, por lo que puede decirse que la OMC responde siempre a un “derecho en expectativa”, no requiriendo de un perjuicio consumado para el recurso ante el ESD.

En dicho marco procesal la primera etapa prevé consultas, ya que previo a adoptar cualquier otra medida los países parte en la diferencia deben mantener conversaciones para explorar la posibilidad de resolver sus diferencias por vía del diálogo. Si este intento fracasa, pueden también solicitar al Director General de la OMC que medie o trate de asistirlos de cualquier otro modo. En una segunda etapa, y si las consultas celebradas no permiten alcanzar una solución satisfactoria, el país reclamante puede requerir al OSD que se establezca un GE. En caso de que el mismo autorizara tal paso las partes objeto de la diferencia deberán aprobar la designación de los tres integrantes del mismo, y el caso se abrirá a la participación de las denominadas “Terceras Partes”, las cuales para ser aceptadas como tales deben demostrar el cumplimiento de determinados requisitos que se considera justifican su interés inmanente para participar en el caso, debiendo asimismo su intervención ser aprobada por los Miembros objeto de la diferencia. Esencialmente dichas condiciones involucran contar con una participación “sustantiva” en el comercio mundial del producto en cuestión, o que el mismo refleje una “proporción sustancial” del total de sus exportaciones.

Al margen de las opiniones e intervenciones elevadas por las Terceras Partes a los GE, se ha suscitado en los últimos años un intenso debate acerca de la habilitación de los mismos para recibir aportes -en carácter de “amicus curiae”- procedentes de expertos individuales, organizaciones o instituciones especializadas durante cualquier instancia del procedimiento, inclusive cuando el GE abre la etapa de alegatos, audiencias y pruebas. Finalizada dicha fase, cabe destacar que los Informes, Dictámenes y Recomendaciones de los GE deben ser aprobados por el OSD. Aún así, los mis-

mos carecen de carácter compromisorio para casos futuros, no obstante lo cual se los considera como precedente de carácter “jurisprudencial” cuyo criterio se mantiene ante casos análogos<sup>73</sup>, a menos que las condiciones de los mismos resulten sustancialmente distintas, o que la evolución de carácter global del comercio los torne obsoletos<sup>74</sup>.

Oficialmente, los GE ayudan al OSD a dictar Resoluciones o formular Recomendaciones, aunque en tanto su Informe únicamente puede ser rechazado por consenso, resulta difícil en general revocar sus conclusiones, que deben basarse en los Acuerdos invocados. Los países afectados pueden exponer ante el GE sus argumentos verbalmente, así como presentar réplicas por escrito<sup>75</sup>

Así, cuando una parte en la diferencia plantea cuestiones de carácter científico o técnico, el GE puede consultar a peritos o designar un grupo de expertos en la materia para que lo asesore al respecto. Finalmente, si el GE decide que la medida comercial objeto de la diferencia constituye una infracción a uno de los Acuerdos de la OMC o un incumplimiento de una obligación dimanante de los mismos, recomienda que tal norma sea puesta en conformidad con dichas disposiciones, pudiendo inclusive formular sugerencias acerca de cómo proceder.

En este sentido, una de las grandes innovaciones de la OMC ha sido la incorporación del conocimiento científico prevaleciente a nivel internacional en las evaluaciones de los órganos funcionales del ESD, aunque por vía indirecta. En efecto, el reconocimiento de

<sup>73</sup>Ver LACARTE MURÓ, JULIO A.: “Ronda Uruguay del GATT: la globalización del comercio mundial”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994.

<sup>74</sup> Ver “A Handbook on the WTO Dispute Settlement System”, World Trade Organization, Cambridge University Press, 2004.

<sup>75</sup>En los asuntos relativos al comercio de mercancías se invoca con frecuencia el GATT de 1994, junto con acuerdos más específicos, lo cual explica por qué el mismo aparece citado en 464 de las 573 diferencias iniciadas entre 1995 y 2018. Ver: “Actividad en la esfera de la solución de diferencias - algunas cifras”, Organización Mundial del Comercio, 2019. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispustats\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispustats_s.htm)

la necesidad de promover la aceptación de las normas, directrices y recomendaciones de organismos técnicos de naturaleza multilateral -considerados “organismos referenciales” en el campo de sus respectivas competencias- facilita enormemente la tarea de los GE, ya que la normativa avalada por las mismas adopta carácter probatorio en el marco del ESD. Así, el “Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias” -de gran relevancia para un exportador sustantivo de productos alimenticios como el caso de nuestro país- prevé la incorporación del acervo consensuado en la “Comisión del Codex Alimentarius FAO/OMS”<sup>76</sup>, la “Oficina Internacional de Epizootias” y la “Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”, cuyas definiciones y actualizaciones científicas originadas en la mayor parte de los Miembros de la OMC adquieren fuerza probatoria en los casos planteados en el ESD. Igual criterio se adopta en el “Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio” en lo relativo a las normas establecidas por vía de cooperación internacional en la “Organización Internacional de Normalización”<sup>77</sup> respecto de productos manufacturados.

En cualquier caso, una vez emitido y adoptado el Informe y sus recomendaciones, cualquiera de los Miembros originarios en el caso bajo tratamiento que considerara que el mismo vulnera sus derechos o ventajas en el marco de los acuerdos podrá recurrir en apelación al “Órgano de Apelación (OA). Dicha instancia tiene a cargo revisar los Informes, aunque sólo le corresponde reexaminar los mismos en lo atinente a cuestiones de derecho o interpretación jurídica -con capacidad para sostener, modificar o revertir sus conclusiones<sup>78</sup>- aunque sin poder reconsiderar las pruebas ni introducir nuevas cuestiones<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Organismo conjunto de la “Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación” (FAO) y la “Organización Mundial de la Salud” (OMS).

<sup>77</sup> Más conocida internacionalmente por su denominación en inglés “International Standard Organization” (ISO).

<sup>78</sup> Ver PÉREZ GABILONDO, JOSÉ LUIS: “Manual sobre Solución de Controversias en la Organización Mundial del Comercio (OMC)”, Universidad Nacional de Tres de Febrero, 2004.

<sup>79</sup> Ver SOREL, JEAN-MARC: “Resolución de litigios en la OMC”, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.

Cada caso en apelación debe ser evaluado por tres miembros del OA, establecido como instancia procesal superior en el ESD, aunque a diferencia de los GE -constituidos ad hoc- consta de siete integrantes electos en forma consensual por el OSD, a propuesta de los Miembros, los que deben resultar representativos, en términos generales, de la composición de la OMC. Los mismos son nombrados por un período de cuatro años, renovable por única vez por un segundo mandato de igual duración<sup>80</sup>. Así, el ESD estatuye una jerarquía jurisdiccional en dos instancias (OSD y OA), constituyendo un sistema jurídico “cerrado o autónomo” y sujeto a un riguroso calendario procesal, en la medida que una vez cumplimentada la revisión del caso por el OA -como resultado de la apelación de uno de los Miembros objeto de la diferencia- no existen otras instancias jurídicas superiores habilitadas dentro ni fuera del sistema, es decir que la capacidad de dilucidación de derecho culmina en el OA, no resultando extensiva a ningún otro ámbito<sup>81</sup>. Ello significa, en otros términos, que las decisiones del OA resultan inapelables en cualquier otro nivel, aunque si el Miembro recurrido no “conformara” con las recomendaciones del GE o del OA sin dilación el Miembro reclamante podrá solicitar al OSD autorización para iniciar un segundo “panel” con el objeto de determinar el valor de la compensación bilateral requerida o la eventual autorización para suspender concesiones equivalentes respecto del Miembro en falta. Si no resultara factible para el Miembro “recurrido” cumplir en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones, el mismo podrá

<sup>80</sup> Ver SHAFFER, GREGORY C. y MELÉNDEZ-ORTIZ, RICARDO (editors): “Dispute Settlement at the WTO”, Cambridge University Press, 2010.

<sup>81</sup> Entre 1995 y fines de 2018, se establecieron Grupos Especiales con respecto a 336 diferencias (casi 60% del total de diferencias iniciadas vía consultas), de las cuales 249 culminaron en Informes (no todos los casos de establecimiento de un GE dan origen a un Informe, ya que las partes pueden resolver su diferencia bilateralmente incluso después de que se haya establecido el mismo). Estas actuaciones fueron seguidas de apelaciones en 166 diferencias (o sea, 67% de todos los asuntos en los que se distribuyó un Informe de un GE en el procedimiento inicial). Ver: “Actividad en la esfera de la solución de diferencias - algunas cifras”, Organización Mundial del Comercio, 2019, [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/disputats\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disputats_s.htm)

plantear un calendario para su concreción, debiendo entretanto compensar a los Miembros reclamantes por la demora<sup>8283</sup>.

No obstante, una vez resuelto el caso, y aún previo a la eventual imposición de sanciones comerciales bilaterales por los Miembros perjudicados, debe todavía intentarse que el Miembro “demandado” perdedor modifique prontamente su política de conformidad a la Resolución o Recomendación del GE<sup>84</sup>.

Como se ha señalado el ESD define con precisión la estructura institucional del mismo, su conformación y respectivas capacidades, de forma de ofrecer mecanismos legales más rigurosos, imparciales y previsibles para la solución de diferencias entre los Miembros. Contrariamente, el antiguo régimen del GATT aspiraba en su origen a que las mismas se resolvieran preferencialmente mediante negociaciones entre las partes, aunque tal metodología requería del consenso de las PARTES CONTRATANTES, resultando

<sup>82</sup> Entre 1995 y fines de 2018 51 Miembros han iniciado al menos una diferencia, mientras que 60 Miembros han actuado en calidad de demandados en al menos una diferencia. Asimismo, 88 Miembros han participado como terceras partes en procedimientos entre dos o más de los demás Miembros de la OMC. En conjunto, 109 Miembros han participado activamente en procedimientos de solución de diferencias, como partes o como terceros. Ver: “Actividad en la esfera de la solución de diferencias - algunas cifras”, Organización Mundial del Comercio, 2019, [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispustats\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispustats_s.htm)

<sup>83</sup> Entre 1995 y fines de 2018 se establecieron grupo especiales sobre el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los Informes en 49 casos (es decir 20% de las diferencias que dieron lugar a la distribución de un Informe del GEI). En 29 de dichas diferencias (es decir casi 60% de los casos en los que se estableció un GE sobre el cumplimiento), el Informe del mismo fue objeto de apelación. Ver: “Actividad en la esfera de la solución de diferencias - algunas cifras”, Organización Mundial del Comercio, 2019, [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispustats\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispustats_s.htm)

<sup>84</sup> Entre 1995 y fines de 2018 se celebraron arbitrajes para determinar el plazo para la aplicación en 49 diferencias Ver: “Actividad en la esfera de la solución de diferencias - algunas cifras”, Organización Mundial del Comercio, 2019. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispustats\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispustats_s.htm)

vulnerable ante las insalvables dificultades para contar con la adhesión del propio país cuestionado, que podía así bloquear tanto la decisión de constituir un GE como la aprobación o adopción del Informe si sus recomendaciones le resultaban desfavorables.

Para superar esta limitación el ESD incorpora una solución de clara naturaleza procesal al autorizar sin más trámite la solicitud de constitución de un GE en caso de no alcanzarse una solución mutuamente satisfactoria a lo largo de las consultas bilaterales, y producido el Informe y sus respectivas recomendaciones el mismo es asimismo adoptado en forma automática por el Consejo General, a menos que se produzca un “consenso negativo” en alguna de las instancias mencionadas<sup>85</sup>.

Finalmente, al constituir el ESD un sistema único aplicable a todos los “acuerdos abarcados”, el mismo introduce una innovación de gran relevancia para los Países en Desarrollo al autorizar la eventual “retaliación cruzada”, es decir aquella que permite solicitar eventuales medidas de retorsión trasponiendo los diversos Anexos de la OMC (bienes, servicios y propiedad intelectual), más allá de las reglas de precedencia vigentes al respecto. En efecto, intentando soslayar todo espíritu punitivo el ESD establece un orden de prioridades para las eventuales compensaciones o retiro de concesiones, que deberán en primer lugar asignarse al mismo sector en que se produjo la violación o perjuicio para los derechos del Miembro demandante, pudiendo como segunda alternativa trasladarse a otros segmentos del mismo Anexo (por ej. mercancías), y sólo en última instancia derivar al ámbito de otros Acuerdos bajo el concepto de retaliación cruzada<sup>86</sup>.

Al respecto, puede señalarse que desde su constitución el OSD ha tratado 585 diferencias, adoptando más de 350 Decisiones como resultado de los Informes y Recomendaciones de los respectivos GE, a lo cual cabe agregar los múltiples casos que se resolvieran por vías bilaterales u otros medios (mediación, buenos oficios, ar-

<sup>85</sup> Ver “Los procedimientos de solución de diferencias de la OMC”, Organización Mundial del Comercio, Editions Yvon Blais, Canadá, 2004.

<sup>86</sup> Ver SHAFFER, GREGORY C. y MELENDEZ-ORTIZ, RICARDO (editors): “Dispute Settlement at the WTO”, Cambridge University Press, 2010.

bitraje, conciliación del Secretario General de la OMC, etc.) lo que pone en evidencia el alto grado de efectividad del ESD a lo largo de la historia de la OMC, estimado en torno del 75% de los casos iniciados<sup>87</sup>.

## 5. El embate contra el Órgano de Apelación

La génesis del ESD de la OMC responde a que el recurso durante la década de los '80 al mecanismo de solución de controversias del GATT resultó una experiencia particularmente frustrante para los EE.UU., al enfrentar la limitación del “consenso” para la adopción de las recomendaciones del GE así como la adopción de medidas por importantes socios comerciales -particularmente la UE- que resultaban en muchos casos inconsistentes con la normativa del GATT<sup>88</sup>.

Paradójicamente, los EE.UU. han puesto en duda con el tiempo las virtudes del esquema por ellos mismos diseñado y que se ha probado altamente eficaz, al convertirse en un pilar fundamental de la OMC a lo largo de dos décadas. Aún cuando la decepción frente a los logros previos tiende a ser atribuida a la posición mercantilista y unilateral de la Administración Trump en relación al comercio internacional, en rigor ya la Administración Obama cuestionaba la presunta independencia y autonomía del ESD, no obstante haber sometido los EE.UU. 124 disputas a dicho régimen en carácter de demandante hasta el presente<sup>89</sup>. Más aún, podría esti-

<sup>87</sup> Entre 1995 y abril de 2019 el OSD ha tratado 585 diferencias, adoptando más de 350 Decisiones como resultado de los Informes y recomendaciones de los respectivos GE. Ver: “Actividad en la esfera de la solución de diferencias - algunas cifras”, Organización Mundial del Comercio, 2019. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispustats\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispustats_s.htm)

<sup>88</sup> Ver CEMBRERO, IGNACIO: “La Comunidad Europea prohíbe carne con hormonas a partir de enero próximo”, El País, Madrid, diciembre 20 de 1988.

<sup>89</sup> Ante el OSD, en el periodo enero 1995 y junio de 2019. Ver: “Actividad en la esfera de la solución de diferencias - algunas cifras”, Organización Mundial del Comercio, 2019. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispustats\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispustats_s.htm)

marse con carácter global que el ciclo de naturaleza mercantilista y proteccionista que prevalece en los EE.UU. se origina durante la Administración Clinton hacia fines del Siglo XX, no siendo seriamente revertida desde entonces<sup>90</sup>.

Así, las críticas se han focalizado en el OA, acusado de extralimitarse en la interpretación y aplicación de los Acuerdos, derivando de ello obligaciones que exceden los compromisos asumidos por los Miembros en la OMC, y por ende resultando decisiones sesgadas contra los intereses de los EE.UU. Sobre esta base, se enfatizó que las decisiones del OA han “ignorado” la normativa interna de los EE.UU. -en referencia a las investigaciones bajo Sección 301 de la Ley de Comercio, entre otras-, debate que hace abstracción de la cesión de soberanía implícita en la intrusión de la OMC sobre las políticas comerciales de los Miembros. Más aún, los EE.UU. ya enunciaron anteriormente -y han reafirmado al presente- su pretensión de que las decisiones del ESD puedan ser revisadas por magistrados estadounidenses para constatar su conformidad con la legislación doméstica<sup>91</sup>. La Administración Trump sugirió considerar el rechazo de los fallos de la OMC contrarios a los EE.UU.,

<sup>90</sup>Ver RIABOI, JORGE: “El sabotaje de Trump al comercio global y regional”, *El Economista*, Buenos Aires, abril 29 de 2019

<sup>91</sup> Resulta imposible imaginar que la sofisticada burocracia de los EE.UU. pase por alto que la normativa interna de un Miembro no resulta oponible en el ESD de la OMC a partir de la desaparición de la denominada “cláusula de fundador”. Menos aún que Robert Lighthizer -actual titular del USTR- y afamado abogado con larga actuación en el ámbito de la OMC estime que esta posición pudiera resultar sostenible a la luz de los textos vigentes. Al respecto cabe recordar que Robert Lighthizer ya ocupó entre 1983 y 1985 el cargo de Representante Comercial Adjunto del USTR durante la gestión del Presidente Reagan, siendo reconvocado por el Presidente Trump para encabezar dicha Oficina en 2017. Entretanto, como abogado privado, siempre se ha mantenido vinculado con las cuestiones relativas a la OMC, por lo que puede considerarse un indudable experto en este ámbito. De allí que no pueda presuponerse que subyace algún error en las interpretaciones enunciadas, sino que se confronta la indudable intención de los EE.UU. de apuntar a través de este nuevo posicionamiento a presionar a favor de cambios en el ESD.

planteándose el eventual abandono de la Organización ante la eventual reiteración de sucesivas decisiones en su contra.

Finalmente, los EE.UU. profundizaron esta tendencia al elegir bloquear el funcionamiento del ESD como estrategia dirigida a forzar una reforma de la institución en el marco de sus propias reglas, o “desde adentro”. A tal efecto, los EE.UU. argumentaron que el “Informe del OA” de septiembre de 2017 en el caso “Unión Europea-medidas antidumping sobre las importaciones de alcoholes grasos provenientes de Indonesia (DS442)”, no cumplía los requisitos de la normativa OMC para ser considerado como tal, ya que acorde al ESD tres Miembros del OA deben atender cada recurso, habiendo uno de ellos renunciado al 1 de agosto de 2017. Según la novedosa interpretación propugnada por los EE.UU. los Miembros del OA -cuyos mandatos duran cuatro años, con calendario escalonado, y reelegibles una única vez- deben mantener esa calidad al momento de distribución de los Informes en que hubieran intervenido. Dicho criterio entra entonces en colisión con la denominada “Regla 15” de los “Procedimientos de Trabajo del OA”, por la cual el propio OA dispuso en agosto de 2010 la permanencia temporaria de integrantes cuyo mandato hubiera expirado -previa autorización del OSD- a efectos de poder continuar la evaluación de las apelaciones a las cuales hubieran sido asignados previamente. Sobre esta base, los EE.UU. alegan al presente que la “Regla 15” vulnera la normativa ESD, ya que correspondería al Consejo General de la OMC -es decir a todos sus Miembros- autorizar tales prórrogas. A partir de esta concepción los EE.UU. han bloqueado -ya desde la Administración Obama- la renovación de mandatos, mientras que la Administración Trump ha impedido el proceso de nominaciones para tres posiciones de jueces del OA al no brindar el consenso necesario, aún contra la solicitud en tal sentido de 60 Miembros. Como corolario, de los siete integrantes del OA, actualmente solo restan cuatro en funciones, generando esta circunstancia una situación anómala que afecta la labor, independencia e imparcialidad del OA y, por ende del ESD. Más aún, el escenario del OA tiende a agravarse, ya que al requerirse un mínimo de tres integrantes para examinar cada caso su actuación se ha visto casi paralizada durante 2018, pudiendo devenir crítica hacia fines de 2019

cuando hayan culminado los mandatos de dos más, en tanto los EE.UU. no abandonen su política de obstrucción de la designación de todos los candidatos propuestos<sup>92</sup>. Ello ha obligado a los Miembros a evaluar soluciones alternativas que permitan continuar con la labor de adjudicación de derechos en controversias en la OMC, contemplándose por ejemplo el recurso al “arbitraje” previsto en el artículo 25 del ESD, que aunque menos eficiente genera eventualmente idénticos efectos compromisorios, al permitir a los Miembros acordar el procedimiento, la selección de árbitros y notificar las recomendaciones al OSD, las cuales resultarían de igual obligatoriedad a las producidas por el OA<sup>93</sup>.

Parecería entonces que la Administración Trump debilita -mediante un mecanismo procesal- la situación del OA de forma de mantener a la OMC como rehén, en la expectativa de lograr modificar el ESD acorde a sus expectativas, retrotrayendo eventualmente la mecánica de solución de diferencias a un esquema conceptual similar al del GATT, donde el poder relativo de los actores se reflejaba ante la carencia de la equidad garantizada por el sistema de normas de la ESD, permitiendo inclusive a una parte contratante en falta bloquear las decisiones de un “panel”. Al paralizar el adecuado funcionamiento del probadamente eficiente mecanismo de solución de controversias los EE.UU. embisten contra el corazón de la OMC, cuestionando la legitimidad del SMC surgido de la Ronda Uruguay.

Tal vez esta estrategia no resulte ajena a la agudización de tensiones comerciales entre los EE.UU. y la República Popular China (RPC), en tanto el bloqueo a las designaciones en el OA probablemente termine afectando al sistema, al limitar la posibilidad de cualquier Miembro de recurrir a la vía procesal para defenderse

<sup>92</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “¿Campeonato suspendido por falta de árbitros?”, *El Economista*, Buenos Aires, mayo de 2018.

<sup>93</sup> Ver ARREDONDO, RICARDO y GODIO, LEOPOLDO: “La crisis del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* N° 13, Mercosur, marzo de 2019.

contra medidas autónomas de los EE.UU., quienes tal vez estén agotando el ciclo conocido como “atrición del negociador” según el cual quien diseña reglas a su satisfacción luego de cierto tiempo de operarlas descubre que no desea que le sean aplicadas a sí mismo. Este proceso, largamente estudiado en el ámbito multilateral<sup>94</sup>, refleja las condiciones en que luego de combatir intensamente por la adopción de un modelo se descubre que la evolución de los regímenes operativos tornan al mismo inadecuado para los nuevos intereses del diseñador<sup>95</sup>. Así, una interpretación extrema de esta fase sugiere que la Administración Trump podría plantearse por objetivo liquidar la OMC “desde adentro”.

## **6. Medidas comerciales y “seguridad nacional”**

El Departamento de Comercio de los EE.UU. anunció el 11 de enero de 2018 haber completado su investigación relativa a importaciones de ciertos productos de acero en su país (así como el 22 de enero para aquellas de aluminio), elevando sus conclusiones -sucesivamente postergadas, y aún no difundidas- al Ejecutivo, quien debía en el plazo de 90 días adoptar las acciones consideradas oportunas.

Estos procedimientos se originaron en investigaciones iniciadas por la Administración Trump en abril de 2017 bajo la denominada “Sección 232 de la Trade Expansion Act de 1962”, destinada a evaluar las implicancias de los niveles de importación de aquellos bienes identificados como potencialmente amenazantes para la “seguridad nacional” de los EE.UU., anticipándose idéntico objetivo en relación a los semiconductores, aunque no concretado aún. El propio Presidente Trump ha criticado largamente los crecientes volúmenes de importación registrados en los EE.UU. a lo largo de los últimos años -en particular de acero- desde diversos países que apoyan a su juicio deslealmente la competitividad de su produc-

<sup>94</sup> Entendido como “arrepentimiento”, “abatimiento” o “agobio”.

<sup>95</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “¿Campeonato suspendido por falta de árbitros?”, *El Economista*, Buenos Aires, mayo 23 de 2018.

ción siderúrgica, poniendo así en desventaja a la industria doméstica estadounidense para competir en su propio mercado.

Desde la vigencia de la normativa citada en 1962 se han concretado menos de 30 investigaciones -la última en 2001, concerniente a mineral de hierro y productos de acero semi-terminados- resultando la mayor parte de las mismas negativas y por ende sin consecuencias ulteriores. La escasa invocación de esta norma reside en la dificultad para definir la “seguridad nacional” en la normativa comercial internacional, concepto ausente tanto en la propia “Ley de Expansión Comercial” invocada como en las provisiones del GATT, cuyo artículo XXI enumera las excepciones atribuidas a los Miembros por razones de seguridad, aunque no se pronuncia sobre las definiciones, reglas y límites que deben caracterizarlas.

Así, la normativa unilateral en cuestión permite al Ejecutivo de los EE.UU. -con criterio discrecional y sin límite temporal- incrementar los aranceles vigentes, aún aquellos “consolidados” en el GATT, o establecer restricciones cuantitativas a las importaciones bajo un sistema de cuotas, luego de evaluar si la excesiva dependencia de las mismas amenazas a la industria doméstica a tal nivel que no pueda satisfacer las necesidades de defensa de los EE.UU. Las investigaciones citadas se fundamentaron en la imposibilidad -no obstante 150 procedimientos antidumping y anti subvenciones en curso- de ajustar la sobrecapacidad de los mercados de acero y aluminio, concentrada esencialmente en la República Popular China (RPC) y otros países asiáticos. No obstante, la adopción de medidas generales que involucraban a importaciones chinas potenciaron el riesgo de potenciar el conflicto comercial bilateral. Una sucinta observación estadística permite concluir que cualquier medida que se adoptara afectaría potencialmente a 10 países que concentran el 81% del volumen de acero importado en los EE.UU. (en 2016), entre los cuales paradójicamente no se encuentra la RPC, por lo que acrecentaría el riesgo indirecto de una ampliación de cualquier conflicto comercial.

La normativa nacional citada tampoco requiere probar prácticas desleales, ni cumplir estándares causales rigurosos como en el caso de las salvaguardias. Así, los factores que la “Comisión de

Comercio Exterior de los EE.UU.” debe contemplar para la investigación se limitan sólo al impacto de la competencia externa sobre la industria local, así como cualquier desplazamiento de la producción doméstica que conduzca a desempleo sustantivo, baja en los ingresos fiscales, pérdida de capacidades productivas o inversiones.

Por ello cabe presumir que la Administración Trump ha elegido esta vía de naturaleza unilateral precisamente para eludir el recurso a los mecanismos contemplados en el sistema GATT/OMC para aplicar “remedios” contra prácticas comerciales desleales, los cuales conllevan la verificación de parámetros estrictos para su instrumentación. En efecto, si las autoridades estadounidenses apuntaran a contrarrestar presuntas prácticas comerciales desleales por parte de otros Miembros de la OMC tendrían abierto el recurso en primera instancia a los regímenes antidumping y antisubvenciones. Por su parte, si estuvieran enfrentando una crisis sectorial por un incremento imprevisto y repentino del volumen de importaciones de determinados productos o sectores también contarían con la opción de invocar una salvaguardia. En cualquier caso las tres alternativas citadas requieren demostrar “daño o amenaza de daño” a su industria doméstica, acorde con precisas metodologías de investigación y cálculo establecidas en los acuerdos respectivos de la OMC.

Finalmente, si efectivamente los EE.UU. consideraran que el nivel de determinadas importaciones constituye una “amenaza para su seguridad nacional” restaría en última instancia apelar a la excepción específica contenida en el Artículo XXI del GATT, norma de compleja interpretación y dudosa eficacia.

Por ello, el interés de las investigaciones conducidas por el Departamento de Comercio de los EE.UU. reside en sus eventuales implicancias y ramificaciones sobre la normativa del SMC, más allá de los sectores involucrados, ya que para poder replicar a la acción estadounidense los Miembros afectados deberían recurrir al ESD, reabriendo un debate inconcluso -por su complejidad e incertidumbre- sobre la relación entre comercio internacional y “seguridad nacional”, cuestión hasta ahora generalmente soslayada en el SMC.

Así, la línea argumental de los EE.UU. plantea el peligro de que frente al crecimiento en las importaciones de cualquier producto pudiera invocarse la “seguridad nacional” -aunque en rigor con intenciones encubiertas de protección comercial-, ya que ningún bien podría en última instancia escapar a dicha presunción.

Así, con este paso la Administración Trump ha abandonado una tradición -originada en los propios EE.UU.- que logró durante más de medio siglo disociar la política comercial de la de “seguridad”, con lo cual la renovada convergencia entre ambas no puede resultar en ningún caso un sendero alentador. En efecto, los derrames comerciales hacia conflictos más trascendentes resultan difícil de evaluar a priori, a lo cual un exceso de vocación litigante en el SMC no contribuye.

## **7. La “seguridad nacional” y el Artículo XXI del GATT**

Las excepciones relativas a la seguridad constituyen una cláusula común en los tratados internacionales en materia económica, aunque la historia del SMC indica que la misma ha sido escasamente invocada tanto a lo largo de la era del GATT como desde la institución de la OMC. En efecto, dada su controversial naturaleza, así como la dificultad en imaginar una asignación de derecho por vía multilateral ante cuestiones de “alta política”, ya que los países históricamente tienden a definir per se los límites a su seguridad, sin estar dispuestos a que los mismos puedan ser objeto de evaluación<sup>96</sup>.

De allí puede concluirse que este tipo de disposición se incluye en los convenios comerciales precisamente en la convicción que la protección de la naturaleza última de los estados nacionales predominará siempre sobre cualquier beneficio económico potencial que surja de un acuerdo comercial. Por el contrario, no cabe des-

<sup>96</sup> Ver VÁSQUEZ ARANGO, CAROLINA: “La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo GATT”, Revista FORUM N° 2, Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional, Medellín, diciembre de 2011.

cartar la invocación de razones de seguridad para abusar con propósitos proteccionistas de esta verdadera “cláusula de escape”, aspecto que ya fuera objeto de debate durante la Conferencia de la Habana destinada a constituir la OIC<sup>97</sup>. De la misma manera, se consideró allí si las disposiciones sobre solución de diferencias debían resultar aplicables al Artículo XXI del GATT, concluyéndose que la invocación de dicha norma evidenciaba que una parte contratante se considerara afectada, teniendo derecho a una reparación conforme a las disposiciones del AG, por lo que no podía regir ninguna exclusión respecto de la aplicación de los procedimientos de solución de diferencias regulados en la Carta de la OIC respecto del Artículo XXI o a cualquier otra disposición<sup>98</sup>.

Por ello, el Artículo XXI del GATT autoriza a los Miembros de la OMC a adoptar medidas incompatibles con sus obligaciones en virtud del AG solo cuando las mismas tengan por objeto proteger sus intereses “esenciales” de seguridad. No obstante, ello incluye en una forma muy amplia a “todas las medidas que estime necesarias” para la protección de tales intereses, tanto aplicadas en “tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional”, incluyendo la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Miembros para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales en virtud de la Carta de la ONU, una de las escasas excepciones al carácter “autónomo” del SMC.

No obstante las intenciones enunciadas tanto el carácter judiciable del Artículo XXI, como la posibilidad de su sometimiento al procedimiento de solución de diferencias, fueron cuestionados por las Partes Contratantes demandadas en las muy escasas disputas surgidas en este ámbito durante la era del GATT -originadas en buena medida en el contexto de la “Guerra Fría”-. Precisamente, la imposibilidad de resolver dichos casos determinó que la nor-

<sup>97</sup> Ver JACKSON, JOHN H.: “World Trade and the Law of GATT”, New York, Bobbs Merrill, 1986.

<sup>98</sup> Ver REYES HEROLEZ, JESÚS: “La Carta de la Habana y el Acuerdo Arancelario General: actualidad y perspectiva”, *El Trimestre Económico* N°68, Fondo de Cultura Económica, México, D.F. Octubre-Diciembre 1950.

ma en cuestión no haya sido jamás invocada desde la creación de la OMC. En efecto, durante la historia del GATT todas las partes contratantes que recurrieron al Artículo XXI concibieron la excepción relativa a la seguridad como una disposición discrecional de carácter ilimitado. Por el contrario, sólo algunos países objeto de medidas eventualmente no justificadas a la luz de los textos del AG aceptaron su revisión por parte de los GE actuantes, con el resultado de Informes nunca adoptados, que reflejaban la enorme dificultad para considerar hechos esencialmente políticos bajo la óptica legal del mecanismo de solución de diferencias.

Al respecto, ya en el primer caso iniciado por Checoslovaquia en 1950 ante la invocación del Artículo XXI b) ii) por los EE.UU., estos afirmaron que “cada país debe ser el juez de última instancia sobre las cuestiones relativas a su propia seguridad”, mientras que “cada parte contratante debe evitar cualquier paso que pueda tener el efecto de socavar el AG”. De esta forma, los EE.UU. interpretaron claramente al artículo XXI como una “cláusula de escape” prácticamente ilimitada<sup>99</sup>. Posteriormente, los EE.UU. -invocando el Artículo XXI- iniciaron en 1962 su ya histórico embargo al comercio con Cuba, que prefirió no someter el asunto al procedimiento de solución de diferencias del GATT sino proceder a notificarlo como una medida no arancelaria impuesta por EE.UU., aceptando así de facto el hecho de que se confrontaba una decisión política sobre la cual difícilmente el AG pudiera expedirse.

En otro plano, el caso más flagrante de utilización del Artículo XXI con fines proteccionistas fue protagonizado sorprendentemente por Suecia, que en 1975 introdujo un sistema de importación para determinado tipo de calzado basado en un contingente global, motivado por la disminución de la producción de su industria doméstica del sector, situación en rigor prevista en el Artículo XIX relativo a las salvaguardias. Este caso resultó particularmente relevante porque fue el único en que las PARTES CONTRATANTES del GATT rechazaron el argumento esgrimido, debiendo Suecia eliminar los

<sup>99</sup> Ver JACKSON, JOHN H.: “World Trade and the Law of GATT”, New York, Bobbs Merrill, 1986.

contingentes. Este antecedente resulta de interés en tanto guarda cierta similitud con argumentaciones actuales de los EE.UU. en el marco de las “guerras comerciales”, que parecen en buena medida esconder una salvaguardia encubierta más que responder a una medida amparada por el Artículo XXI. Situación al presente agravada por sustentar sus medidas en legislación nacional, la cual -a diferencia de la era del GATT- no puede ser invocada en la OMC, al haberse eliminado cualquier excepción basada en la “cláusula de fundador”.

Por su parte, en abril de 1982 la “Comunidad Económica Europea (CEE)” y sus Estados Miembros, junto a Canadá y Australia, suspendieron las importaciones de productos procedentes de nuestro país en represalia por la intervención armada en las Islas Malvinas, situación asimismo abordada por el CS de la ONU. En este caso, la CEE, Canadá y Australia justificaron sus medidas en virtud del Artículo XXI -sin poderse refutar que las mismas se adoptaron en un contexto de conflagración armada- aunque sólo con un integrante de la CEE en una época en que la misma carecía de competencias sobre la defensa común. Al respecto, nuestro país argumentó que las medidas en cuestión constituían una violación de los artículos I:1 (Trato NMF), II (listas de concesiones), XI:1 (eliminación de restricciones cuantitativas), XIII (aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas), así como de la Parte IV (referida a Comercio y Desarrollo) del GATT. El caso fue ampliamente discutido en el Consejo del GATT, quedando expuesta la dificultad relativa a encontrar algún consenso acerca de la interpretación del artículo XXI:b.iii) y si esta disposición resultaba de carácter discrecional. Por ello, nunca se llegó a conformar un GE para dirimir la diferencia, eliminándose las medidas contra nuestro país al cesar el conflicto armado en junio del mismo año. No obstante, la República Argentina (RA) solicitó a las PARTES CONTRATANTES que se llevara a cabo una interpretación del Artículo XXI, adoptándose -como resultado de este requerimiento- una “Declaración Ministerial” que dispone que “las Partes Contratantes se comprometen, individual y conjuntamente a abstenerse de tomar medidas restrictivas del comercio, por razones de carácter no económico, incompatibles con el AG”. Adicionalmente, se apro-

bó la “Decisión relativa al Artículo XXI del Acuerdo General” que constituye el único intento aclaratorio hasta el presente en el ámbito GATT/OMC respecto de la interpretación y aplicación del Artículo XXI. Aún cuando dicha Decisión no resuelve la cuestión ampliamente debatida sobre el carácter discrecional del mismo y la competencia de los GE para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la seguridad nacional, introduce algunas pautas de procedimiento que los Miembros de la OMC que invoquen esta excepción deben observar con el fin de justificar una medida o acción con arreglo al Artículo XXI<sup>100</sup>.

Continuando esta compleja saga de dilucidación de derechos frente al Artículo XXI los EE.UU. redujeron en 1984 el contingente de importación de azúcar asignado a Nicaragua, como parte de su política exterior hacia el gobierno Sandinista en dicho país. En respuesta, Nicaragua solicitó consultas y el posterior establecimiento de un GE, argumentando que las restricciones a la importación de azúcar resultaban incompatibles con los Artículos XI (eliminación general de las restricciones cuantitativas), III (trato nacional), XIII (aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas) y la Parte IV (Comercio y Desarrollo) del GATT. Por el contrario, los EE.UU. no se ampararon en ninguna norma, afirmando que no tenían la intención de defender su acción en términos del GATT, ya que aunque la misma afectaba los intercambios no respondía a razones de política comercial.

Ante esta posición, Nicaragua evocó la Declaración Ministerial de 1982 antes mencionada, mientras el GE señaló que las medidas comerciales adoptadas por los EE.UU. conformaban solo un aspecto de un problema más general, mientras su examen podía solamente limitarse al comercio en disputa. Por ello, el GE concluyó que las medidas de EE.UU. resultaban incompatibles con sus obligaciones conforme al artículo XIII:2 del GATT (aplicación no

<sup>100</sup> Ver VÁSQUEZ ARANGO, CAROLINA: “La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo GATT”, Revista FORUM N° 2, Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional, Medellín, diciembre de 2011.

discriminatoria de las restricciones cuantitativas), sugiriendo que las PARTES CONTRATANTES recomendaran “asignar sin demoras a Nicaragua un contingente de importación de azúcar” acorde los criterios reclamados. Entretanto, el Presidente de los EE.UU. emitió en 1985 una “Orden Ejecutiva” que prohibía todo comercio y servicio de transporte entre ambos países, lo que de facto concluyó este tema en el marco del SMC. No obstante, Nicaragua solicitó el establecimiento de un GE, aceptando finalmente la conformación de un “panel” para examinar la cuestión, aunque bajo la tradición de que “no se tratara o examinara la validez o motivación para aplicar el Artículo XXI, lo que Nicaragua rechazó por interpretar que el embargo impuesto era incompatible con las disposiciones del GATT, impedía la realización de sus objetivos según el Acuerdo, y violaba los compromisos asumidos por EE.UU.”

Estos últimos se opusieron a cualquier determinación del GE basada en los conceptos de “anulación o menoscabo”, que estimaba no resultaban aplicables a la naturaleza del Artículo XXI, en tanto ello “implicaría un juicio sobre la validez de la justificación de la seguridad nacional que el propio Artículo XXI deja a criterio exclusivo de la parte contratante que lo invoca”. En cualquier caso, la determinación de anulación o menoscabo sólo hubiera permitido a Nicaragua retirar concesiones a los EE.UU., resultado carente de utilidad práctica en tanto la medida adoptada por ésta consistió en un embargo de doble vía, es decir, que también afectaba las exportaciones de los EE.UU., hacia Nicaragua

Nicaragua manifestó que para poder invocar la excepción de seguridad nacional era necesario probar que las medidas adoptadas fueran necesarias para la protección de los intereses de seguridad, siendo asimismo tomadas en tiempos de guerra o de grave tensión internacional, condiciones que ningún caso se cumplieran, mientras que un país de sus características y tamaño no podía representar amenaza alguna para la seguridad nacional de EE.UU. Al respecto, recordó que el embargo de EE.UU. había sido declarado como una violación del Derecho Internacional por parte de la Corte Internacional de Justicia, mientras que el CS y la Asamblea General de la ONU también lo habían condenado por incumplir los

principios del libre comercio, solicitando su derogación. Con esta argumentación, Nicaragua intentó atacar el carácter “autónomo o cerrado” del sistema de solución de diferencias del SMC, el cual precisamente constituye una de sus fortalezas.

Como consecuencia de este desarrollo el GE no se encontró en condiciones de determinar si los EE.UU. estaban o no cumpliendo sus obligaciones en virtud del AG. Por otra parte, en cuanto a si las ventajas de Nicaragua conforme al GATT habían sido objeto de anulación o menoscabo el panel consideró que resultaba inútil examinar esta cuestión, pues la misma no contribuiría a la solución del caso, sugiriendo que las PARTES CONTRATANTES debían tomar medidas para evitar la repetición de una situación de este tipo en el futuro, procediendo a una clarificación del artículo XXI en cuanto a si su interpretación estaba reservada a la Parte Contratante que lo invocaba, porque ese derecho ilimitado podía conllevar acciones abusivas. En consecuencia el Informe del GE nunca fue adoptado ante el rechazo nicaragüense por su renuencia a formular recomendaciones, mientras en 1990 los EE.UU. finalmente levantaron el embargo comercial.

Como puede apreciarse, la experiencia reseñada en este campo durante la era del GATT llevó a que desde la conformación de la OMC no se planteara ningún caso invocando al Artículo XXI. Más aún, mientras los Acuerdos específicos de la OMC precisaron con gran detalle una serie de aspectos difusos del GATT en relación a las “prácticas desleales”, “salvaguardias”, “subvenciones” etc., no se registró ningún intento de clarificar el problema atinente al Artículo XXI, aceptándose de facto la imposibilidad de encontrar una solución práctica a su operativa en razón del rechazo subsistente entre los Miembros a una eventual pérdida de soberanía.

No obstante, esta norma ha sido invocada en dos diferencias. La primera, conocida como el caso “Helms-Burton”, en referencia a la ley de los EE.UU. que contenía varias disposiciones dirigidas a restringir la libertad de las “Comunidades Europeas (CE)” para exportar a Cuba o comercializar productos de origen cubano -entre ellos el azúcar-. Dado que los EE.UU. justificaron sus medidas bajo el Artículo XXI rechazaron el establecimiento de un GE, anticipando

que no cooperarían con el mismo. Ello reforzó la relevancia del, ya que un Informe favorable a los EE.UU. podría haber tenido consecuencias definitivas para el SMC, ya que habría abierto el camino a todos los miembros de la OMC para justificar en el futuro cualquier restricción al comercio por motivos de seguridad nacional, sin temor a ser cuestionados ante el ESD. Por otra parte, una conclusión contraria podría haber motivado una reacción imprevisible de grandes actores en el SMC, poniendo en peligro la legitimidad y continuidad del mismo, por lo que se promovió intensamente un entendimiento mutuo entre las partes en la disputa.

Más allá de esta solución pragmática, los interrogantes relativos a si el recurso a las excepciones relativas a la seguridad habilita cualquier medida contraria al GATT con carácter discrecional —así como si las mismas se hallan sujetas a dilucidación de derecho en el marco del ESD— continúan sin respuesta, por lo que el sistema confía de facto en que los Miembros ejerzan un autocontrol en la materia para evitar colisiones que pongan en peligro su estabilidad.

## **8. Las “guerras comerciales” y el caso de la República Popular China**

Aún cuando desde comienzos de 2018 se hace referencia a “la guerra comercial”, en rigor correspondería calificar a esta política en plural, ya que la Administración Trump ha promovido diversos conflictos en el intercambio con la UE, México, Canadá, la RPC, Japón, Corea del Sur, entre otros socios comerciales, argumentando en buena parte de estos casos idénticas motivaciones asociadas a la protección de su seguridad nacional. No obstante, mientras que hasta el presente ha encontrado alternativas que le han permitido alcanzar respectivos “modus vivendi” con México, Canadá, la UE, Japón y Corea, el caso chino ha adquirido tal envergadura que de alguna manera parece haber monopolizado su caracterización como la única “guerra comercial” en curso.

Sin embargo, con el objeto de impedir una escalada del conflicto comercial bilateral aún superior a la observable en la segunda

mitad de 2018 el Presidente Trump y su par chino Xi Jinping -acompañados respectivamente por prominentes delegaciones- sostuvieron en ocasión de la Cumbre del G20 que tuvo lugar en Buenos Aires en noviembre de 2018 una decisiva reunión bilateral que permitió alcanzar una primera “tregua provisional”, así como diseñar una hoja de ruta negociadora que apuntara a desarmar el conflicto en un calendario predeterminado. No obstante, aunque entre noviembre de 2018 y julio de 2019 se concretaron una innumerable serie de encuentros tanto a nivel técnico como ministerial, el prolongado proceso no permitió vislumbrar una conclusión mutuamente satisfactoria del enfrentamiento, obligando a una segunda reunión de los máximos líderes respectivos en junio de 2019, una vez más en torno del G20 en Osaka, resultando en el compromiso de una segunda “tregua”, aún vigente. Así, durante los últimos nueve meses ambas partes han agotado innumerables negociaciones sucedidas alternativamente por reacciones de euforia o pesimismo que han sacudido los mercados financieros internacionales, aunque ciertamente sin un atisbo concreto de acuerdo bilateral, en tanto cada parte es acusada por la otra de intentar retrotraer los compromisos alcanzados en la instancia previa.

Formalmente, la preocupación sustantiva de los EE.UU. en relación a las políticas comerciales de la RPC concierne a la obtención de mayor protección para las patentes y derechos de propiedad intelectual pertenecientes a empresas de los EE.UU., que acusan a China -entre otros países- del despojo de tales activos por vía de diversos artilugios a un costo acumulado para los EE.UU. de al menos U\$S 225.000 millones, o sea 1% de su PBI. Los esfuerzos dirigidos a la protección de la propiedad intelectual han constituido una parte sustantiva de la política comercial de los EE.UU. desde la creación de la OMC, ocasión en que su presión resultó vital para la incorporación de un Anexo específico<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> Ver “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio” (ADPIC), en “Los Textos Jurídicos: Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003.

Al respecto los EE.UU. alegan dos situaciones diversas en torno de la misma temática. Por un lado, denuncian múltiples casos de espionaje industrial sobre firmas estadounidenses con capacidades tecnológicas destacadas que involucran a empresas chinas, sin descartar la participación o mandato de sectores del gobierno de la RPC en dicho proceso destinado a “robar” secretos comerciales de compañías en los EE.UU. Sin embargo, el mayor problema esgrimido por los EE.UU. en la materia concierne a la normativa de inversión en la RPC, ya que su accionar requiere -según un informe de la oficina del “Representante Comercial de los EE.UU” (“United States Trade Representative (USTR)- la transferencia gratuita y obligatoria de propiedad intelectual a los socios chinos que normalmente se le asignan al inversor. Así, se generaría una progresiva transferencia sin costo de tecnología a la contraparte china, que redundaría en una creciente competitividad de los receptores, los cuales finalmente terminan rivalizando con sus obligados socios, cuando el modelo de la Administración Trump persiste en intentar recuperar para los EE.UU. los puestos de trabajo transferidos a otros países. Al respecto resulta difícil rebatir que la RPC conduce su comercio exterior en esta materia por vía de normativa poco transparente, a lo que se agrega el otorgamiento de subsidios distorsivos para productos de alta tecnología en el marco de su política industrial. En cualquier caso, tales prácticas no convalidan la estrategia de los EE.UU. al desatar una guerra comercial que pone en peligro la propia subsistencia de la OMC al ignorar su mandato, pudiendo presumirse en rigor que la Administración Trump busque dirimir su conflicto global con la RPC por el predominio tecnológico y estratégico mundial fuera del ámbito de la OMC, aunque utilizando en primera instancia instrumentos de presión comercial.

De allí que la situación creada no permita excluir que la Administración Trump utilice este conflicto para reforzar sus ataques contra la estructura de la OMC, al no desconocer que peligraría perder el caso por el cual impuso aranceles punitivos al “acero y aluminio”, contrarios a la normativa vigente al haber sustentado su acción en legislación interna, lo que no resulta ya válido. Sin embargo, diversos análisis señalan que no resultaría sencillo el retiro de la OMC para los EE.UU sin intervención del Congreso, aunque

el Ejecutivo podría intentar emitir una “declaración de retiro” a ser sometida a consideración del mismo, sin descartar que la propia Corte Suprema de Justicia pudiera verse obligada a intervenir ante un rechazo del Congreso a tal paso<sup>102</sup>. En cualquier caso, esta hipótesis introduciría enorme incertidumbre sobre los aranceles y demás reglas del comercio, no descartándose que el promedio arancelario actual en los EE.UU. -inferior al 5%- pudiera expandirse hasta 30%, con la subsecuente retaliación y generalización de la conflictividad global al estilo del efecto Smoot-Hawley<sup>103</sup>.

## 9. La “guerra comercial” al margen de la OMC

La Guerra Comercial desatada a comienzos de 2018 por los EE.UU. puede historiarse a partir de sucesivas rondas de amenazas y aranceles adicionales punitivos impuestos inicialmente por los EE.UU. a diversos países -para luego concentrarse específicamente en la RPC- sustentados en investigaciones previamente desarrolladas por el USTR durante 2017, lo cual evidencia que la estrategia aplicada no respondió a una decisión espontánea bajo la presión del desbalance comercial global registrado en 2017 sino a una claro diseño concebido con su respectivo calendario, el cual se desarrolló acorde la siguiente secuencia:

- en febrero de 2018 los EE.UU. inician una agresiva política comercial al implementar “salvaguardias” de carácter global a la importación de paneles solares (U\$S 8.500 millones de importaciones) y lavarropas (U\$S 1.800 millones de importaciones), aplicando aranceles extraordinarios a las mismas del 30% y 20% respectivamente. Este primer paso respondió, al menos, a normativa claramente prevista en la OMC<sup>104</sup> ;

<sup>102</sup> Ver BOWN, CHAD P. e IRWIN, DOUGLAS A.: “What Might a Trump Withdrawal from the World Trade Organization Mean for US Tariffs?”, Peterson Institute for International Economics, Washington DC, noviembre de 2018.

<sup>103</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “Las guerras comerciales también son guerras”, *El Economista*, Buenos Aires, marzo de 2018.

<sup>104</sup> Ver “Acuerdo sobre Salvaguardias”, en “Los Textos Jurídicos: Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003.

- asimismo, inician ante la OMC un caso contra la RPC por la práctica de licencias discriminatorias;

- deciden restringir asimismo la inversión de empresas de dicho origen en sectores tecnológicos clave de los EE.UU., imponiendo aranceles extraordinarios sobre las importaciones desde la RPC de productos del sector aeroespacial, así como vinculados al área de tecnología de la información y comunicaciones;

- en marzo, dicha tendencia se profundiza, al imponer “erga omnes” -invocando normativa unilateral en materia de seguridad (Sección 232, Trade Expansion Act, 1962)- aranceles sobre aceros (25%) y aluminio (10%)<sup>105</sup>;

- aún cuando la RPC no se encuentra entre los principales proveedores de tales productos a los EE.UU. (US\$ 2.500 millones en 2017, último año con estadísticas disponibles), asumió el liderazgo contestatario al interpretar con alto grado de verosimilitud que la medida equivalía a una salvaguardia encubierta, sin límite temporal ni compensación, recurriendo por ende al ESD de la OMC, seguida de México, Canadá, India, Noruega, Rusia, Suiza y la Unión Europea (UE)<sup>106</sup>;

- por el contrario, los EE.UU. exceptuaron -a requerimiento- a Argentina, Australia, Brasil, Corea, Canadá, México, y la UE, sujeto a la aceptación de una virtual autolimitación de exportaciones por parte de dichos Miembros -instrumento prohibido por el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC-<sup>107</sup>;

<sup>105</sup> Ver BOWN, CHAD P.: “Trump’s Steel and Aluminum Tariffs: How WTO Retaliation Typically Works” Peterson Institute for International Studies, Washington DC, marzo de 2018.

<sup>106</sup> Ver Organización Mundial del Comercio, Solución de Diferencias: “DS544: Estados Unidos — Determinadas medidas relativas a los productos de acero y aluminio”, Solicitud de Consultas por parte de la RPC abril de 2018, constitución del GE en enero de 2019.

<sup>107</sup> Ver “Acuerdo sobre Salvaguardias”, “Los Textos Jurídicos: Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003.

- por su parte, al arrogarse el derecho a exigir una compensación en caso de confrontarse una salvaguardia no declarada, la RPC respondió imponiendo aranceles retaliatorios (15-25%) sobre productos importados de los EE.UU. por valor de U\$S 3.000 millones (chatarra de aluminio, carne porcina congelada, vino y champaña embotellados, alcohol etílico, frutos secos y una extensa lista de frutas frescas, deshidratadas o congeladas);

- al respecto cabe destacar que a partir de esta instancia la RPC adopta el criterio de responder con retaliaciones de carácter simétrico en términos de valor a los aranceles impuestos por los EE.UU., política que continuará -como se señala más adelante- hasta el límite cuantitativamente factible;

- en abril los EE.UU. anunciaron la imposición -en dos tramos (denominadas Listas 1 y 2)- de aranceles (25%) sobre 1.334 mercancías chinas hasta un valor de U\$S 50.000 millones, como resultado de una investigación del USTR bajo la “Sección 301 de la Ley de Comercio de 1974”. Dicha normativa unilateral está destinada a prevenir abusos contra empresas de los EE.UU., alegando la investigación que la norma china que obliga a inversores extranjeros a asociarse con empresas locales, a las que deben transferir tecnología sensible sin costo ni compensación, les causó perjuicios estimados en U\$S 48.000 millones;

- acorde lo antes enunciado la RPC reacciona a la lista de productos difundida por los EE.UU. (Lista 1) anunciando aranceles del 25% a ser aplicados sobre 106 productos estadounidenses por un valor equivalente, incluyendo habas de soja, automóviles y productos químicos;

- al percibir las autoridades chinas que el embate de los EE.UU. presiona progresivamente sobre el intercambio bilateral, el Presidente Xi Jinping acepta visitar a su par Donald Trump en su residencia de Florida, donde acuerdan establecer un “Plan de Acción de 100 días” con el propósito de resolver las múltiples diferencias comerciales;

- no obstante esta positiva noticia el Departamento de Comercio de los EE.UU. difunde las conclusiones de una investigación

señalando que la importante empresa de telecomunicaciones china ZTE ha infringido las sanciones unilaterales aplicadas por su país a la provisión de materiales sensibles a Irán, por lo que se la multa al mismo tiempo que se le prohíbe conducir relaciones comerciales con empresas estadounidense durante siete años;

- por su parte, la RPC anuncia la aplicación de “derechos antidumping” de casi 180% al sorgo proveniente de los EE.UU.;

- en mayo ambas partes acuerdan una suspensión provisional de la aplicación de las medidas respectivamente anunciadas, en tanto la RPC se compromete a incrementar sus importaciones desde los EE.UU., aceptando el Presidente Trump reconsiderar las sanciones a ZTE;

- en dicho marco se sostienen conversaciones de alto nivel en Beijing, donde los EE.UU. exigen que la RPC reduzca su superávit comercial bilateral en U\$S 200.000 millones en el plazo de dos años, aspecto que no logra una definición<sup>108</sup>;

- en junio el Presidente Trump amenazó con imponer aranceles sobre otros productos de origen chino por valor de U\$S 200.000 millones (Lista 3), con el objeto de “frenar la competencia desleal y el robo de propiedad intelectual” en el marco de la citada investigación bajo la Sección 301 de la Ley de Comercio;

- por su parte, la RPC revisó su lista inicial de 106 productos para expandirla a 545 (por valor de U\$S 34.000 millones, equivalentes al primer tramo de sanciones, con un arancel del 25%, o sea la Lista 1), previendo su puesta en vigencia al comenzar julio. Asimismo, proyecta una segunda lista de 114 productos con igual nivel de aranceles punitivos por valor de U\$S 16.000 (equi-

<sup>107</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “Una taza de té verde en Pekín”, *El Economista*, Buenos Aires, mayo de 2018.

<sup>108</sup> La saga relativa a la poderosa empresa Huawei no es objeto de consideración en este documento por razones de extensión, ya que ameritaría un extenso capítulo per se. Ver al respecto Goldman, David: “¿Qué hizo Huawei para terminar en este gran aprieto con Estados Unidos?”, *CNN Business*, Nueva York, mayo 21 de 2019.

valente Lista 2), para equiparar el segundo tramo de las penalidades anunciadas por los EE.UU.;

- continuando su accionar los EE.UU. anticipan que la Lista 1 se reducirá a 818 productos, previéndose su puesta en vigencia en el mes de julio, al mismo tiempo que anuncia la confección de la denominada Lista 2, integrada por 284 bienes;

- una vez más se desarrollan dos días de intensas negociaciones en Beijing, determinándose sólo que ambas partes negociarán una solución para que ZTE pueda retomar su actividad comercial en relación con empresas de los EE.UU.;

- al comenzar julio entró en vigor el primer tramo de las “sanciones específicas” de los EE.UU. contra la RPC por valor de U\$S 34.000 millones, abarcando manufacturas chinas de carácter tecnológico -vinculados esencialmente a las industrias aeroespacial y robótica (Lista 1)- mientras la RPC respondió con aranceles equivalentes sobre importaciones de los EE.UU. de automóviles, productos agrícolas, y otros de la pesca y acuicultura;

- del lado de los EE.UU. el USTR consideró extender al 25% el arancel del 10% previsto originalmente a ser aplicado a la denominada Lista 3, que cubre 6.000 bienes por valor de U\$S 200.000 millones, incluyendo productos de consumo, químicos, materiales de construcción, textiles, herramientas, equipo electrónico, vehículos y sus partes, alimentos preparados y productos agrícolas;

- asimismo el Departamento de Comercio incorpora a 44 entidades chinas a su lista de control de exportaciones, por considerar que plantean un “riesgo significativo” a la seguridad nacional de los EE.UU., enfatizando con ello que la guerra comercial no sólo apunta al campo del intercambio de bienes, sino que también está acompañada de un segmento vinculado al control sobre el desarrollo y dominio de las denominadas “nuevas tecnologías”;

- el segundo tramo punitivo (Lista 2), que ascendía a U\$S 16.000 millones, se aplicó a fines de agosto con aranceles del 25%, incorporando productos tecnológicos que afectan principalmente a las industrias electrónica (semiconductores), siderúrgica (productos de hierro y acero) química, plástica, de transporte (productos para

ferrocarriles) petrolera y motriz (motocicletas y motonetas eléctricas);

- dicha acción recibió como contramedida por parte de la RPC aranceles equivalentes aplicados a un listado compuesto por productos químicos, equipos médicos y energía importada de los EE.UU., aunque destacándose en particular aquellos aranceles sobre habas de soja, segundo ítem de exportación estadounidense a la RPC, sólo superado en valor por las aeronaves;

- puede observarse que la RPC aplicó en cada etapa de esta secuencia contramedidas equivalentes en valor y nivel arancelario, habiendo subordinado su calendario de forma de responder en cada ocasión a la previa puesta en vigor de los aranceles adicionales por parte de los EE.UU.;

- por ello, con la incorporación de la Lista 3 los EE.UU. aplicaban al finalizar septiembre aranceles punitivos sobre productos chinos por valor de U\$S 250.000 millones, amenazando con extender los mismos al total de sus importaciones desde la RPC, lo que incorporaría en tal caso a U\$S 257.000 millones restantes si se calculaban sobre la base del comercio 2017, o U\$S 325.000 millones si se extrapolaban las estimaciones del saldo comercial previsto para 2018;

- dicha expresión llevó al Ministro de Comercio de la RPC a señalar, como preámbulo a la segunda presentación china ante la OMC rechazando la legitimidad de la Sección 301 de la Ley de Comercio de los EE.UU. “que la disputa podía conducir a la mayor guerra comercial de la historia”;

- por su parte, la RPC sancionaba con aranceles extraordinarios a bienes por valor de U\$S 110.000 millones originarios de los EE.UU., ya que en este último caso la RPC debió modificar su estrategia, imponiendo aranceles entre el 5 y 25% sólo sobre 5.207 productos por valor de U\$S 60.000 (incluyendo carbón, residuos de cobre, combustibles, ómnibus y equipo médico). Así, la RPC aplicó por primera vez en su serie retaliatoria un criterio proporcional a los intercambios, ya que contramedidas simétricas lineales hubieran superado el total de las importaciones originarias de

los EE.UU. (U\$S 130.000 millones), vulnerando los márgenes autorizados en la OMC;

- finalmente, en septiembre de 2018 la Lista 3 fue limitada provisionalmente a bienes por U\$S 100.000 millones, con 10% de aranceles, previéndose su elevación automática al 25% en enero de 2019 en caso de no encontrarse una solución al conflicto previo a dicha fecha;

- durante agosto los Subsecretarios del Tesoro de EE.UU. y el Viceministro de Comercio de la retoman el diálogo directo en Washington por primera vez en varios meses con la intención de desbloquear el conflicto, aunque no se producen avances sustanciales, cancelándose posteriormente las sucesivas reuniones previstas para septiembre ante la decisión de EE.UU. de aplicar la Lista 3;

-entretanto, la RPC anuncia el inicio de otro caso bajo el ESD por la salvaguardia contra la importación de paneles solares, alegando que aún cuando no fue dirigida específicamente contra la RPC dañaba sus intereses;

- mientras que octubre se caracterizó por un ominoso silencio de ambas partes, a comienzos de noviembre el Presidente Trump llevó a cabo una “visita de Estado” a la RPC, en la expectativa que el diálogo personal con su par Xi Jinping pudiera abrir la vía a un entendimiento fructífero que permitiera retrotraer los graves avances registrados en el intercambio así como en las vinculaciones tecnológicas;

- sin embargo, este paso no resultó particularmente efectivo, por lo que la “Oficina de Industria y Seguridad” de los EE.UU. (“US Bureau of Industry and Security” BIS) retomó la publicación de una serie de reglas de control de exportaciones sobre tecnologías de punta, tales como inteligencia artificial y robótica, dada su naturaleza dual aplicable tanto a fines científicos como militares, que aunque de carácter general apuntaban indudablemente a su venta a la RPC;

- en dicho contexto una comunicación telefónica entre el Secretario del Tesoro Steve Mnuchin y el Vicepremier chino Liu He logró reabrir las negociaciones introduciendo una tregua para re-

ducir las tensiones a la búsqueda de un acuerdo bilateral en ocasión del encuentro previsto entre los respectivos Presidentes durante la reunión del G20 en Buenos Aires;

- este encuentro entre delegaciones de alto nivel a comienzos de diciembre dio lugar una vez más a la declaración de una tregua de 90 días vigente hasta fines de marzo, durante la cual se preveía que ambas partes se abstuvieran de adoptar nuevas medidas restrictivas, al mismo tiempo que formularan concesiones alentadoras orientadas hacia un acuerdo bilateral;

- como prueba de ello el Ministro de Finanzas de la RPC anunció que se removerían temporariamente por tres meses a partir de enero los aranceles extraordinarios del 25% sobre los automóviles originarios de los EE.UU. así como del 5% sobre autopartes, al mismo tiempo que la RPC retomaba sus compras de habas de soja -bloqueadas en julio- al adquirir 1,5 millones de toneladas estadounidenses como parte de un paquete dirigido a adquirir más productos agropecuarios y del sector energético originarios de los EE.UU.;

- también la RPC se habría comprometido a un mayor control - y eventual sanción- de las firmas responsables de la exportación hacia los EE.UU. de sustancias farmacológicas opioides, tales como el Fentanyl, aspecto que aunque de claro interés en materia de salud se vincula prioritariamente a la cooperación internacional en la lucha contra el narcotráfico, ubicándose así en el campo de la seguridad;

- por su parte, los EE.UU. acordaron mantener los aranceles de la Lista 3 en niveles del 10%, posponiendo su elevación al 25% durante el período de tregua, al igual que la introducción de aranceles sobre el resto de las importaciones desde China aún no afectadas;

- como metodología de trabajo futuro se coincide en dividir la agenda en dos grandes capítulos atinentes a las denominadas cuestiones comerciales y aspectos estructurales, respectivamente, concentrándose estos últimos en la regulación de las transferencias tecnológicas forzosas, los problemas de protección de propiedad intelectual, y las barreras no arancelarias;

-como síntesis de la evolución de las negociaciones hacia fines de 2018 puede observarse que en cada encuentro las respectivas comunicaciones difirieron, ya que mientras el Ministerio de Comercio de la RPC enfatizó el establecimiento de las bases para la resolución de las preocupaciones respectivas, el USTR se limitó a señalar que la RPC se comprometió a la compra de volúmenes sustanciales de productos agrícolas, energía, manufacturas y otros bienes y servicios desde los EE.UU., mientras múltiples aspectos sustantivos en otros campos seguían pendientes;

- así, a fines de febrero se concreta un nuevo encuentro en Washington, transmitiendo el Presidente Trump y el Vicepremier Liu He en una conferencia conjunta optimismo respecto de un pronto acuerdo, como prueba de lo cual la Administración Trump prorroga -atento a los avances en las conversaciones- el vencimiento de la tregua sin un calendario fijo, en la expectativa de una nueva visita del Presidente Xi Jinping a los EE.UU.;

-a mediados de febrero una delegación ministerial estadounidense es recibida por el propio Xi Jinping en Beijing, y aunque las diferencias subsisten se anticipan nuevas conversaciones en Washington, descartándose no obstante un encuentro a nivel presidencial hasta marzo;

-al finalizar marzo la RPC mantiene la suspensión de los aranceles punitivos sobre el sector automotriz;

-una nueva reunión bilateral se desarrolla al inicio de abril en Beijing, calificada de constructiva en razón del establecimiento de un mecanismo de monitoreo mutuo de las respectivas concesiones comerciales, al mismo tiempo que se señala que se aguardan definiciones en un mes sobre el acuerdo definitivo;

- como señal de su disposición a formular concesiones, la RPC anuncia su prohibición de exportación de Fentanyl, atento a la crisis de los opioides en los EE.UU.;

- al finalizar abril se concreta un nuevo encuentro en Beijing, calificado una vez más de “productivo”, aunque sin que las negociaciones progresen hacia un acuerdo;

- mayo comienza muy negativamente, con la implementación por parte de los EE.UU. del incremento de aranceles sobre la Lista 3 del 10% al 25%, aumento que había quedado congelado temporariamente sobre la base de la tregua resultante de las negociaciones de Buenos Aires;

- como represalia la RPC anuncia la implementación de su lista punitiva por valor de U\$S 60.000 millones -aunque incrementando las escalas de aranceles oportunamente anunciadas- la cual incluye carnes vacunas, ovinas y porcinas, vegetales, jugos de frutas, aceite comestible, té y café, refrigeradoras y muebles, entre otra larga lista de bienes;

- asimismo, el Presidente Trump reitera que se aplicarán aranceles del 25% sobre el resto de las importaciones chinas estimadas en U\$S 325.000 millones a partir de los datos de comercio para 2018, como resultado “del intento de la RPC de renegociar compromisos ya asumidos como parte de los acuerdos”;

- a tal efecto el USTR anuncia una audiencia pública para el mes de junio en la cual se analizaría la primera versión de un nuevo listado, que incluiría teléfonos celulares, laptops y otros productos de electrónica doméstica y de oficina;

- por su parte, hacia fines de mayo el Departamento de Comercio anuncia la inclusión de Huawei Technologies Co.<sup>109</sup> en la lista de entidades a las cuales las empresas de telecomunicaciones de EE.UU. tienen vedado vender partes o tecnología sin aprobación del gobierno, mientras la RPC inaugura su propio listado de organizaciones, empresas e individuos considerados “no confiables” por no obedecer a las reglas de mercado, violar contratos, bloquear o suspender el aprovisionamiento de sus clientes por razones no comerciales, o dañar los legítimos intereses de las empresas de la RPC;

- casi simultáneamente, al iniciarse junio de 2019 la RPC difunde un documento respecto de las relaciones económicas y co-

<sup>109</sup> Tampoco el presunto acuerdo bilateral objeto de negociación impidió el agravamiento del déficit bilateral de intercambio durante 2018.

merciales con los EE.UU., denunciando las medidas unilaterales y proteccionistas de dicha contraparte comercial así como criticando el desarrollo de las negociaciones, no obstante el esfuerzo de la RPC dirigido a alcanzar soluciones bilaterales razonables;

- sin embargo, en el contexto de las amenazas descriptas y la inclusión de cinco nuevas empresas al listado de entidades objeto de prohibiciones, entre las cuales una institución oficial china -el Wuxi Jiangnan Institute of Computing Technology- los Presidentes Trump y Xi deciden retomar el diálogo en material comercial con el objeto de organizar un encuentro que pueda desbloquear la situación en ocasión de la reunión de la Cumbre del G20 en Osaka hacia fin de junio;

- tal proyecto da lugar al acuerdo de una nueva tregua tentativa que suspende todas las amenazas mutuamente vertidas durante mayo y junio, aunque los EE.UU. imponen un límite de seis meses a la misma, lo que postergaría cualquier mecanismo punitivo adicional hasta finalizar 2019;

- así, al finalizar junio se acuerda reiniciar las conversaciones, aunque sin fijarse un término a las mismas, restringiendo los EE.UU. como muestra de buena voluntad la prohibición vigente sobre exportaciones dirigidas a Huawei;

-durante julio las estadísticas de crecimiento de la economía china durante 2019 parecen dar razón a las estimaciones de que la guerra comercial terminaría doblegando las eventuales ventajas de la RPC en una confrontación, aspecto que se encuentra indudablemente sujeto a fuertes dudas<sup>110</sup>;

- finalmente, las reuniones a nivel Ministerial sólo se retomaron en Shanghai al finalizar julio **constructivo**<sup>111</sup>, transmitiendo los

<sup>110</sup> Ver TAUCHE, KAYLA y PRAMUK, JACOB: "US, China in-person trade talks expected next week; White House eyeing longer-term timeline for deal", CNBC, Julio 23 de 2019.

<sup>111</sup> Ver "Trump aumenta la tensión con China: anunció aranceles del 10% a partir de septiembre", *Ámbito Financiero*, Buenos Aires, agosto 1 de 2019.

representantes de ambos países luego de dos días de conversaciones escasas señales de avance, aunque paradójicamente definiendo al encuentro como constructivo;

- como señal de frustración frente a esta nueva dilación en las negociaciones, cuya próxima ronda se fijó para septiembre de 2019, el Presidente Trump anunció que a partir del 1° de septiembre se aplicará finalmente la largamente postergada amenaza de imponer aranceles punitivos de 10% -incorporada a la tregua de 3 meses vigente-sobre las importaciones remanentes de la RPC aún no penalizadas. Las mismas afectarán a productos por valor aproximado de U\$S 300.000 millones, incluyendo una amplia variedad de bienes de consumo, desde teléfonos celulares hasta juguetes y computadoras<sup>112</sup>;

- en ocasión de dicho anuncio, el Presidente Trump fustigó a la RPC por no cumplir con las promesas de incrementar sus compras de productos agrícolas estadounidenses, al mismo tiempo que criticó directamente al presidente Xi Jinping por no esforzarse para detener las ventas del opioide sintético “fentanilo”, al que se atribuye la mayor parte de las 28.000 muertes por sobredosis relacionadas con drogas sintéticas en los EE.UU. durante 2017;

- como respuesta, el Ministerio de Relaciones Exteriores chino acusó a los EE.UU. de “chantajear e intimidar” con esta medida, añadiendo que “China no negociará bajo presión”, anticipando represalias que retrotraen la situación de progresiva escalada del conflicto a uno de sus puntos más ríspidos en más de un año de tensiones<sup>113</sup>, reflejado en una fuerte caída de los mercados de valores y de productos básicos.

Como reseña de este desarrollo puntual puede concluirse que desde el último intercambio de amenazas mutuas en junio de 2018

<sup>112</sup> Ver: “China rechaza los aranceles de EE.UU. y anuncia que ‘habrá represalias’”, La Vanguardia, Barcelona, agosto 1 de 2019.

<sup>113</sup> Como la experiencia indica, las guerras comerciales se combinan usualmente con conflictos monetarios, ya que elevados aranceles impulsan a los afectados a intentar superarlos por vía de devaluaciones competitivas, acusación vastamente difundida en el entorno de la Casa Blanca.

el conflicto ingresó en una serie inagotable de negociaciones bilaterales, que fueron ascendiendo desde niveles técnicos a importantes delegaciones lideradas por Ministros de ambas partes, las cuales se desarrollaron alternativamente en Beijing y Washington. Estos encuentros fueron complementados con innumerables conversaciones telefónicas a nivel ministerial, así como por tres reuniones personales entre los máximos líderes de ambos países respectivamente. Dada la necesidad de ambas partes de transmitir una sensación de fortaleza a sus bases los anuncios presentaron en general un tono positivo, aunque sin poder obviarse las diferencias de tono siempre subsistentes. Por ello, cada una de estas gestiones fueron seguidas por reacciones de creciente optimismo -muchas veces infundado- respecto de avances que parecían anticipar el pronto cierre de un acuerdo, con el consiguiente impacto sobre los mercados de valores en ambos países<sup>114</sup>. No obstante, a la euforia por los presuntos avances se opusieron ciclos de desaliento ante las mutuas acusaciones esgrimidas por los líderes políticos señalando que la contraparte había retrocedido respecto de sus concesiones previamente acordadas, generando un impasse, o inclusive una regresión en las conversaciones<sup>115</sup>. En rigor, casi un año después del inicio de la aplicación de las primeras medidas específicas por parte de los EE.UU. contra la RPC el panorama no parece haber cambiado demasiado, dado que las cuestiones “estructurales” que constituyen el núcleo de la agenda estadounidense parecen aún distantes de resultar solucionados, mientras los EE.UU. parecen reconocer que el acuerdo definitivo podría insumir lo que resta del año como mínimo.

## **10. El capítulo agrícola de la “guerra comercial” y la OMC**

Paradójicamente, en este incesante flujo de penalidades y contramedidas el anuncio del “Departamento de Agricultura de los

<sup>114</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “¿Tiene China un arma secreta?”, *El Economista*, Buenos Aires, julio de 2018.

<sup>115</sup> Ver BAYO, BLANCA: “Trump ayuda al sector agrícola y ganadero de Estados Unidos”, *Euronews*, mayo 24 de 2019.

EE.UU. (USDA)” en julio de 2018 de un paquete de apoyo doméstico a los productores afectados por la elevación de los aranceles chinos pasó relativamente desapercibido. La Administración Trump asumió que la imposición de contramedidas por diversos socios comerciales desde el inicio de la guerra comercial podría llegar a poner en riesgo 20% de las colocaciones agropecuarias estadounidenses totales, por valor de U\$S 27.000 millones. Al respecto, la medida china sobre soja apuntó doblemente a los EE.UU., tanto por su relevancia cuantitativa como por su potencial impacto eleccionario sobre Estados de estructura agropecuaria alineados con el Presidente Trump. Cabe recordar que un tercio de la cosecha de soja estadounidense se destinó a la RPC en 2017 (U\$S 12.300 millones), aspirando los EE.UU. a desplazar la soja excedente hacia el mercado de la UE -como parte de la tregua alcanzada en materia comercial con el área europea- intento confuso que no logró eco positivo, convirtiéndose así la pérdida del mercado chino en el problema territorial más grave para la política eleccionaria del Presidente Trump, reflejando moderado efecto sobre los comicios de mitad de período de noviembre de 2018.

Decidido a evitar perder el apoyo de un sector compenetrado con sus políticas a pocos meses de las elecciones parlamentarias de mitad de período, el Presidente Trump encomendó en julio al Secretario de Agricultura, Sonny Perdue, articular un paquete por valor de U\$S 12.000 millones -denominado “Market Facilitation Program (MFP)”- definido como “una solución de corto plazo para asistir a los productores en respuesta a los daños comerciales generados por las injustificadas represalias tomadas por naciones extranjeras”. En rigor, U\$S 12.000 millones conllevan un importante aumento del apoyo gubernamental a un sector que se estima habría ya recibido en 2016 U\$S 33 mil millones. Dicho instrumento se destinará a productores sojeros del centro, oeste y norte del país, incluyendo asistencia financiera directa, compras de cosechas excedentes y promoción comercial en mercados alternativos, considerándose que no requeriría aval del Congreso por financiarse con fondos federales ya presupuestados (por U\$S 30.000 millones anuales) con destino a la “Corporación de Crédito a Productos Básicos” (“Commodity Credit Corporation o CCC”), Agencia Fede-

ral cuyas funciones incluyen el apoyo a los productores por vía de préstamos, compras, pagos directos y otras operaciones, así como la provisión de insumos e instalaciones para la producción y comercialización agrícola.

Para la soja -cultivo más beneficiado por las subvenciones previstas- se anticipó una eventual ayuda de U\$S 60 dólares por tonelada, que equivaldrían a casi 20% del valor de la soja “disponible” en silos, aunque si el total destinado por el MFP al sector (U\$S 3.600 millones) se repartiera entre todos los productores en función de la cosecha proyectada para 2018 el aporte alcanzaría apenas a 28 U\$S/tonelada. Sin embargo, el subsidio sólo resulta aplicable a los granjeros que hubieran tenido un ingreso fiscal -promedio ponderado- inferior a U\$S 900.000 en los ejercicios 2014 a 2016, cumpliendo asimismo con la normativa antierosión.

El MFP comprende también ayudas de menor envergadura - hasta un tope de U\$S 125.000- para los productores de sorgo, trigo, maíz, algodón, soja y trigo en forma combinada, así como subsidios de U\$S 8 dólares por cerdo comercializado y de U\$S 0,002 por litro de leche, siempre en el marco de producción combinada. Asimismo, el USDA implementará un programa de compras de productos -destinados a ayuda social- con el propósito de contribuir a sostener sus precios internos, entre cuyos principales beneficiarios se incluyen la carne porcina, manzanas, pistachos, lácteos, naranjas, uvas, arroz, papa, nueces, y arándanos. Por último, se prevén U\$S 200 millones destinados a promover mercados alternativos para productos agrícolas afectados por las represalias comerciales.

Este programa generó numerosas consultas en el Comité de Agricultura de la OMC, ya que su aporte se agrega a la ya enorme asistencia que el sector agrícola de los EE.UU. recibe anualmente del gobierno en forma de precios sostén, subsidios al seguro de cosechas, e otros instrumentos operados por la CCC para amortiguar caídas de ingresos por malas cosechas o bajas cotizaciones. Diversos Miembros de la OMC -Australia, Canadá, India, Japón, Nueva Zelanda y la UE- se interesaron por la naturaleza y potenciales efectos eventualmente distorsivos del MFP sobre los merca-

dos, sorprendiendo el mutismo argentino. También interesó conocer cuando se notificaría formalmente el programa a la OMC, cuestionándose si los fondos asignados no excederían el límite de U\$S 19.100 millones previsto por los EE.UU. para su Medida Global de Ayuda (MGA) acorde el Artículo 1.a) del Acuerdo sobre Agricultura de la OMC, vulnerando así los compromisos negociados para impedir la expansión de las subvenciones agrícolas más distorsivas incorporadas en la denominada “caja ámbar”. Se trata entonces de dilucidar si el MFP no constituirá una subvención ilegal bajo la OMC, ya que el USDA podría haber conformado un esquema prudente de subsidios desacoplados de las señales de mercado, y por ende no distorsivos, prefiriendo la Administración Trump este mecanismo de aplicación cuasi-automática, aunque potencialmente cuestionable bajo el ESD. Para calmar los reclamos los EE.UU. advirtieron que se trataba de una compensación por única vez que vence dentro del presupuesto del ejercicio en vigor, lo que resulta difícilmente imaginable, ya que una vez aplicados los subsidios tienden a perpetuarse. Por ello, no sorprendió que, previsiblemente, el programa se incrementara para el ejercicio 2019 a U\$S 16.000 millones<sup>116</sup>.

En cualquier caso, los granjeros “beneficiados” por el MFP -buena parte votantes de Trump- preferirían no quedar en la línea de fuego de la guerra comercial, criticando por un lado al programa como insuficiente, mientras se sugiere por otro retomar las negociaciones con la RPC. Así, la “Asociación Estadounidense de la Soja (ASA)” enfatizó que “lo que necesitamos es recuperar nuestros mercados”, evitando que los competidores -Brasil y Argentina- expandan su producción para cubrir la demanda china. Por su parte, la “American Farm Bureau Federation” expresó aprecio por la ayuda estatal, aunque al mismo tiempo aboga por un “final rápido y segu-

<sup>116</sup> Así, las inversiones de empresas chinas en los EE.UU. habrían disminuido en un 90% desde la asunción de la Administración Trump, debido a mayores restricciones estadounidenses junto a la imposición de crecientes auto controles chinos a las inversiones de sus nacionales en el exterior. Ver MOLTENI, ATILIO: “La otra manera de ver a China en Estados Unidos”, *El Economista*, Buenos Aires, julio 30 de 2019.

ro de la guerra comercial” recordando que el embargo de exportación de soja a Japón en 1973 impulsó a dicho país a invertir en su cultivo en Brasil, luego convertido en un colosal competidor de los EE.UU., por lo que el sector sojero parece intentar evitar que la historia se repita esta vez con la RPC.

### 11. Más allá de la “guerra comercial”

La “guerra comercial” reseñada en la sección precedente se centra hasta el presente en armas de naturaleza comercial -aranceles punitivos por parte de los Estados Unidos (EE.UU.), respondidos con retaliaciones equivalentes de la República Popular China (RPC)-. Sin embargo, las autoridades estadounidenses han justificado su accionar sobre la base de normativa nacional (Párrafo 232 de la “Trade Expansion Act”, así como Sección 301 de su “Ley de Comercio Exterior”), alegando que las prácticas comerciales presuntamente desleales involucradas en el programa de política industrial denominado “Made in China 2025” constituyen una amenaza a sus intereses de seguridad.

Al respecto, la estrategia denominada “Made in China 2025” -presentada por el “Consejo de Estado” en 2015- está dirigida a **reorientar en una década la industria manufacturera china hacia sectores de alta tecnología**, dejando atrás el modelo de producción intensiva del tipo “factoría del mundo” para pasar del “Made in China” al “Created in China”. Presentando objetivos desafiantes en el sector manufacturero, su finalidad última es reducir la dependencia de tecnología importada, sustituyéndola por desarrollos propios, apuntando a promover la presencia de alta tecnología generada en la RPC en los mercados internacionales, meta que ha despertado inquietud y recelo en la Administración Trump.

El programa propone superar las deficiencias detectadas de forma de desarrollar una economía industrial avanzada por vía de significativas inversiones en investigación y desarrollo, identificando sectores estratégicos que aspira a liderar mundialmente. Para convertir al país en una potencia científico-tecnológica se prevé

hacia 2020 invertir en Investigación y Desarrollo 2,5% del PBI - superando las erogaciones de Alemania y Japón en sus respectivos despegues- hasta ubicarse en 2017 sólo detrás de los EE.UU.- concentrando según la “Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)” un millón de solicitudes de patentes.

La iniciativa señalada se concentra en diez importantes sectores industriales relevantes para el conocimiento futuro de avanzada, que comprenden la tecnología de la información, inteligencia artificial, telecomunicaciones, redes 5G, ciberseguridad, biotecnología, farmacia, biomedicina, equipo médico, robótica, ingeniería aeroespacial, marítima y de vías férreas, equipamiento agrícola, instrumental energético, maquinaria de control numérico, impresoras 3D, materiales sintéticos, y vehículos no contaminantes. Todos sectores centrales para la denominada “cuarta revolución industrial”, que persigue alcanzar una producción “inteligente” al integrar el avanzado instrumental de tecnología informática a la manufactura en las cadenas de valor más dinámicas. Como ejemplo de sus carencias de autoabastecimiento la RPC señala que aún cuando concentra el 60% de la demanda mundial de “semiconductores” -vitales para la producción electrónica- sólo produce 13% de la oferta global. Asimismo, una encuesta gubernamental observa que las más importantes empresas de diversos sectores de vanguardia -tales como el aeronáutico- dependen de la importación de 95% de los componentes centrales para su producción y control.

Al respecto, “Made in China 2025” establece metas específicas, aspirando a alcanzar 70% de autosuficiencia tecnológica en las industrias de punta con el fin de alcanzar hacia 2049 -centenario de la RPC- una posición dominante en el ámbito internacional en tales sectores. Dado que los calendarios planteados por la RPC para sus objetivos de largo plazo han resultado hasta el presente rigurosamente cumplidos, y encontrándose este programa enmarcado en el publicitado anhelo del Presidente Xi Jinping de lograr una “consolidación nacional” de la segunda economía mundial bajo el liderazgo del “Partido Comunista Chino (PCC)”, cabe presumir una manifiesta perspectiva de cumplimiento.

El programa acelera esfuerzos previos destinados a impulsar una **industria tecnológica ya responsable del 30% del PBI -así como del 22% del empleo-**, asignando mayores recursos de origen estatal en creciente coordinación con el sector privado y los centros académicos. Así, para superar la debilidad de sus capacidades para esta transición productiva el Gobierno ha instalado cinco centros nacionales de innovación productiva -previendo alcanzar 40 hacia 2025- y 48 a nivel provincial. Con igual propósito se prevé hasta 2020 invertir U\$S 17.000 millones para asistir a las 42 principales universidades del país a ubicarse en primeros planos de excelencia académica a nivel mundial en campos específicos.

Al definir al programa 2025 como directamente inspirado en la iniciativa “Industry 4.0” en vigor en la República Federal de Alemania (RFA), la RPC intenta prevenir alegaciones de que el mismo no se encontrara eventualmente en conformidad con la normativa OMC. Sin embargo, a diferencia del esquema alemán -orientado casi exclusivamente a investigación básica- el plan chino incluye subsidios gubernamentales, la movilización de importantes ingresos de empresas estatales -que aún dominan un tercio del PBI y dos tercios de su inversión externa-, exenciones impositivas y préstamos masivos a tasas subvencionadas, entre otros instrumentos. La compleja naturaleza de tales herramientas torna dificultoso el cálculo de los fondos asignados al programa, aunque estimaciones sectoriales oscilan en torno a U\$S 320.000 millones (equivalentes a 2,5% del PIB en 2017), en cuyo marco la RPC se propone promover “campeones nacionales” que puedan liderar el dominio chino sobre diversos sectores de alta tecnología. En este sentido cabe contemplar que la inversión privada recaudada en mercados para la **creación de empresas tecnológicas (“start-ups”), superó U\$S 2.700 millones en 2017.**

La propaganda estatal ya ha difundido los progresos tecnológicos alcanzados en el film documental titulado “Amazing China”, seguido del anuncio de un prestigioso académico de la “Universidad Tsinghua” según el cual la RPC habría ya superado a los EE.UU. como líder en términos económicos y tecnológicos. Tales acciones alentaron un nuevo sentido de orgullo nacional, hasta que el blo-

queo estadounidense de exportaciones de componentes claves a la empresa ZTE en abril de 2018 -por su violación de sanciones unilaterales de los EE.UU. contra Irán- dejaron al famoso proveedor de equipos de telecomunicaciones inactivo, evidenciando la debilidad del sistema industrial doméstico. Tal traspie obligó a las autoridades a revertir cualquier presentación excesivamente entusiasta acerca de los éxitos alcanzados, reconociendo que las mismas pueden convertirse en un “boomerang”, en tanto los ámbitos académicos estiman que la RPC aún estaría retrasada entre 15 y 20 años respecto de la frontera tecnológica internacional.

Entretanto, las agencias de seguridad de los EE.UU. y otros países desarrollados registraron esta polémica china como reflejo de la firme intención de convertirse en un actor dominante en materia de tecnología de avanzada, interpretando tal propósito como una amenaza para su seguridad. Así, el Pentágono advirtió en 2017 que la inversión estatal en la RPC en materia de reconocimiento facial (favorecida por el volumen de datos disponibles), sistemas de realidad virtual, impresoras 3D, exploración espacial y vehículos autónomos -entre otros- involucran tecnologías de uso dual -civil o militar- en un contexto donde el autoritarismo interno reverdece, y la diplomacia pacífica en torno de las disputas territoriales con sus vecinos en el Este y el Mar de la China se diluye. En abril de 2018 las agencias de inteligencia de EE.UU. observaron un creciente reclutamiento de científicos extranjeros por parte de la RPC, junto a un avance de las intenciones de adquisición de empresas con perfil de alta tecnología en los EE.UU. -que en 2016 alcanzaron a U\$S 45.000 millones- calificando dicho paso como una amenaza sin precedentes a su base industrial doméstica. De allí que se atribuye al programa 2025 la ambición de controlar cadenas de aprovisionamiento completas que cruzan toda la electrónica moderna, con lo cual industrias enteras quedarían sometidas al control de un poder geopolítico rival, el cual al priorizar consideraciones políticas podría distorsionar los mercados globales.

Este razonamiento replantea la asimetría según la cual China podría invertir donde deseara mientras las empresas extranjeras están sujetas a restricciones regulatorias para radicarse en la RPC,

las que incluyen la obligación de constituir empresas conjuntas (“joint-ventures”) con socios locales, quienes según el USTR se apropiaron ilegalmente y sin compensación de la tecnología aportada por los inversores. Así, frente a esta nueva convergencia de intereses comerciales y de seguridad la Administración Trump ha recurrido al máximo poder del Ejecutivo en esta última materia, con el objetivo de restringir la autonomía de diseño de la política económica interna de China. Paradójicamente, al conducir el conflicto bilateralmente Washington ha alienado a la UE y Japón de esta preocupación compartida por forzar una corrección profunda de la política económica china, la cual ha introducido enormes distorsiones en el comercio global, y a la cual por ende podrían haber contribuido a aglutinar una presión multilateral coordinada.

En tal dirección envió al Congreso legislación reforzando el poder del “Committee on Foreign Investment (CFIUS)” para controlar y eventualmente prohibir a empresas de propiedad china invertir en firmas de reconocido dominio tecnológico en EE.UU., así como bloquear exportaciones de bienes de tecnología avanzada hacia la RPC<sup>117</sup>. De esta forma, el avance del “Made in China 2025” intensifica un conflicto no declarado en torno del desafío chino al predominio de los EE.UU. en materia de alta tecnología. Así, la “guerra comercial” a la Trump tendría como meta real lograr el desmantelamiento de las barreras a las compañías inversoras que compiten en el mercado interno chino, restringiendo el progreso tecnológico de la RPC en aquellos campos que amenazan directamente el liderazgo de EE.UU., lo que confronta al Presidente Trump directamente con el programa de desarrollo del propio Presidente Xi Jinping<sup>118</sup>. Por ende, podría especularse que la batalla por **liderar la revolución tecnológica**, y la necesidad de proteger la propiedad

<sup>117</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “La guerra comercial y su impacto sobre el Sistema Multilateral de Comercio”, Seminario Guerra Comercial, Fundación INAI, Bolsa de Cereales, Buenos Aires, agosto de 2018.

<sup>118</sup> Ver WONG, DORCAS y CHIPMAN KOTY, ALEXANDER: “The US-China Trade War: A Timeline” China Briefing, junio 29 de 2019.

intelectual para lograrlo, tal vez ofrezcan una importante clave tras la escalada de tensiones comerciales entre China y los EE.UU.<sup>119</sup>.

**Sin embargo, si la guerra comercial a la que asistimos reflejara en rigor el anticipo de un conflicto de largo plazo más vasto en torno de la primacía tecnológica mundial para las futuras décadas, como se insinúa en la sección precedente, tal vez resulte difícil imaginar el restablecimiento a corto plazo de una paz comercial que pueda satisfacer las expectativas de los dos colosales contendientes.**

## **12. ¿Hacia el fin del esquema multilateral de la posguerra?**

Como corolario, luego de convivir por 70 años con resultados imperfectos, aunque reconocidamente positivos, la Administración Trump parecería inclinarse decididamente por el desarme del régimen multilateral que ha regulado la post-guerra. A diferencia de la “Liga de las Naciones” y la “Organización Internacional del Comercio”, dos intentos multilateralistas fallidos, precedidos por un intenso debate parlamentario y público dentro de los EE.UU. previo a su rechazo y abandono, esta vez se trata de desarticular instituciones en operación, alentadas y lideradas por los EE.UU. durante largo tiempo. En efecto, 70 años después de su creación la Administración Trump parece apuntar a desmontar en buena medida el régimen multilateral que ha regulado la postguerra, diseñado por los propios EE.UU. como un esquema para tornar aceptable al resto del mundo aquello que convenía a sus intereses unilaterales. Así, Washington celebró el retiro del Reino Unido de la UE -cuya conformación había alentado intensamente durante la segunda mitad de los años 40-, fustiga a Europa por su exigua disposición a financiar la “Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN, 1949)”, y amenaza con reducir sustantivamente el presupuesto de la propia ONU.

<sup>119</sup> 1.400 páginas. Véase [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds293\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds293_s.htm).

Más allá de estas controvertidas acciones, todas a contramano de la doctrina precedente en EE.UU., el mayor embate de la Administración Trump se ha dirigido contra la OMC, organismo rector del comercio internacional, paradójicamente rediseñado en 1995 para atender a la frustración estadounidense respecto del funcionamiento del GATT en la década de 1980, al cual atribuía escasa eficiencia en su instrumentación de la solución de diferencias. Al respecto, la nueva orientación de los EE.UU. parece soslayar que han ganado 90% de los casos que iniciaran contra otros Miembros en el ESD desde la creación de la OMC.

De esta forma, la nueva doctrina de los EE.UU. acusa al menos a media docena de socios comerciales de abusar del contexto legal de la OMC en su perjuicio, al no reciprocitar la “apertura económica” que los EE.UU. ofrecen, y en particular: a) ejercer prácticas comerciales desleales; b) manipular el valor de sus monedas con el objeto de mejorar su competitividad exportadora; c) amenazar con sus exportaciones la “seguridad nacional” de los EE.UU.; y d) no responder con equidad a disciplinas reclamadas por Washington sobre estándares laborales y medioambientales, propiedad intelectual y protección de inversiones.

Así, los reclamos comerciales de Washington contra la UE, México, India -aunque en particular contra la RPC- han sido acompañados por críticas crecientes a la OMC, anticipando la disposición a ignorar toda dilucidación de derechos que los EE.UU. juzguen contrarios a su soberanía, recurriendo a la aplicación de normas unilaterales contra los presuntos desvíos normativos de sus socios comerciales, inclusive mediante la aplicación de barreras simétricas contra supuestas violaciones del principio de reciprocidad. Ello implica desconocer la primacía de la normativa acordada multilateralmente, así como la autoridad de la OMC, exigiendo una reconsideración estructural de su instrumental, incluyendo la revisión de la estructura compromisoria del ESD. Bajo esta perspectiva la Administración Trump parece perseguir, en forma arbitraria, un sistema global de comercio carente de normas sólidas, sujeto a un esquema de reglas ad hoc, que afirme exclusivamente sus inte-

reses unilaterales, enfoque que introduciría incertidumbre en el clima internacional de negocios al restar confiabilidad a la dilucidación de derechos.

Ello implicaría una desviación sin precedentes de la tradición estadounidense respecto de la relevancia de las reglas comerciales internacionalmente acordadas -y en particular la autoridad de la OMC en el ámbito de sus competencias, incluida la solución de controversias entre sus Miembros-. Más aún, el ESD actual de la OMC responde a los criterios legalistas y procesales impulsados a instancias de los propios EE.UU., que ahora reniega de plazos que juzga demasiado prolongados para la labor de los GE, así como de una composición éticamente criticable de sus integrantes respecto de las prácticas comerciales que les toca juzgar. En esta línea, desde 2016 los EE.UU. han bloqueado -en un hecho sin precedentes- la renovación de los mandatos de integrantes del OA, por considerar que habrían excedido el mandato legal del ESD con la intención de “reescribir” las reglas del mismo a través de sus fallos. Así, al congelarse de facto el funcionamiento del ESD los EE.UU. parecen paradójicamente intentar retomar un esquema criticado a lo largo de la era del GATT, donde el poder relativo de los actores enfrentados por una controversia primaba sobre los procedimientos legales establecidos, desechando inclusive la información científica reconocida por los organismos internacionales de carácter referencial.

Tal visión refleja un profundo escepticismo en torno de las virtudes del SMC y de los principios que guían el objetivo de promover el crecimiento económico y la creación de empleo. Dicha desvalorización de las ventajas de una liberalización del intercambio se centra en una interpretación mercantilista de los saldos del comercio exterior a nivel tanto global como por socio, prefiriendo la sustitución del esquema multilateral por negociaciones bilaterales que apunten a negociar concesiones específicas en los campos de interés específico para los EE.UU. Así, la Administración Trump parece orientarse a renegociar los acuerdos comerciales multilaterales que no se sometan a sus términos de referencia, o en su defecto retirarse de los mismos. Por ello, si tensiones futuras resultaran en su eventual retiro de la OMC el esquema de post-

guerra habrá cerrado un ciclo, cuyo impacto sobre la seguridad internacional en un sentido global resulta prematuro vislumbrar.

### **13. La RA ante el debilitamiento de la OMC**

La RA ya se había convertido en un activo participante en el ámbito del GATT desde su adhesión en 1977. Su relevancia como actor del SMC creció significativamente durante la Ronda Uruguay del GATT y la subsecuente creación de la OMC, a cuya estructura y contenido legal contribuyó con destacados aportes doctrinarios durante el debate y redacción de diversos Acuerdos. Como corolario de esta evolución también se ha constituido en un usuario destacado del ESD, registrando una singular paridad al haber participado en 21 casos como reclamante, mientras resultó demandado en 22 ocasiones. También desde 1995 se incorporó en 62 casos como Tercera Parte, demostrando así su claro interés por el desarrollo y evolución de la doctrina de la OMC en relación a innumerables diferencias de interés generalizado para la dinámica e interpretación de su acervo.

Más aún, ha sido demandante en el caso que motivó el Informe más extenso de un GE en la historia del SMC<sup>120</sup> “- DS 293 Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos”- el cual se extendió desde mayo de 2003 (con la solicitud de consultas) hasta septiembre de 2006 (con la distribución del Informe del GE).

En cuanto a la sustancia del caso, la RA solicitó la celebración de consultas con respecto a medidas adoptadas por las CE y sus Estados Miembros que afectaban la importación de determinados productos, considerando que dichas medidas conllevaban desde octubre de 1998 una “moratoria de facto” sobre la aprobación de productos biotecnológicos, la cual había redundado en la restric-

<sup>120</sup>“Acuerdo sobre la Agricultura”. Ver “Los Textos Jurídicos: Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2003.

ción de las importaciones de productos agropecuarios y alimenticios procedentes de la Argentina. Asimismo, la RA afirmó que en adición a las medidas de las CE diversos Estados Miembros mantenían prohibiciones de comercialización nacional y de importación de productos biotecnológicos, aun cuando los mismos ya habían sido aprobados por las propias CE para la importación y comercialización en su territorio. Australia, Brasil, Canadá, los EE.UU., India, México y Nueva Zelanda solicitaron ser incorporadas a las consultas como Terceras Partes.

El GE constituido constató que las CE habían aplicado una “moratoria general de facto” a la aprobación de productos biotecnológicos entre junio de 1999 y agosto de 2003, cuya existencia y aplicación las CE habían negado categóricamente. No obstante, el GE consideró probado dicho accionar, incompatible con las obligaciones dimanantes de la cláusula primera del párrafo 1 a) del Anexo C y del artículo 8 del “Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (AMSF)”, en tanto la moratoria de facto había dado lugar a demoras indebidas en la ultimación de los procedimientos de aprobación de los productos biotecnológicos por las CE. Sin embargo, el GE constató que las CE no habían actuado de manera incompatible con las obligaciones correspondientes en virtud de otras disposiciones invocadas por la parte reclamante derivados del AMSF.

Por su parte, en lo concerniente a las medidas de las CE relativas a productos específicos, el GE constató que las CE habían actuado asimismo de manera incompatible con las obligaciones derivadas de la primera cláusula del párrafo 1 a) del Anexo C y del artículo 8 del AMSF respecto de los procedimientos de aprobación relativos a 24 de los 27 productos biotecnológicos identificados por la parte reclamante, dando lugar a demoras indebidas en la ultimación de los procedimientos de aprobación correspondientes para cada uno de los mismos. Por el resto, el GE constató que no se registraban otras disposiciones cuestionables.

Finalmente, en lo referido a las medidas de salvaguardia adoptadas por algunos de los Estados Miembros de las CE, el GE constató que las Comunidades Europeas habían actuado de manera

incompatible con las obligaciones que surgen del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del AMSF en todos los casos, en tanto dichas acciones no se sustentaban en evaluaciones del riesgo que se ajustaran a la definición respectiva del AMSF y, por consiguiente, cabía presumir que se adoptaron y mantenían sin testimonios científicos suficientes.

Así, la RA logró la dilucidación de derechos más relevante hasta el presente en el marco del AMSF, al mismo tiempo que abrió el camino para un debate mucho más amplio -aún en curso- sobre los límites a la asociación entre medidas sanitarias y medioambientales en la regulación del comercio bajo el paraguas de la OMC.

Como resultado del Informe reseñado, en diciembre de 2006 las CE anunciaron su intención de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD de manera compatible con sus obligaciones en el marco de la OMC. No obstante, debido a la complejidad y el carácter sensible de las cuestiones tratadas solicitaron disponer de un plazo prudencial para la aplicación, el cual fue acordado entre las partes.

No obstante este importante antecedente de la actividad argentina en el ESD, cabe destacar que la RA sólo ha ejercido un reclamo desde 2015, mientras que no ha sido demandada desde 2012, lo que sugiere una clara pérdida de relevancia en el comercio internacional, ya que eventuales situaciones de falta de conformidad con la normativa OMC no merecieron inquietud por parte de ningún Miembro, en el marco de un modelo conceptual donde los países despiertan mayor atención para el conjunto por su nivel de importaciones que de exportaciones. En este sentido, también resulta demostrativo que la RA no ha participado como Tercera Parte sino en dos casos desde 2016. Más aún, contrariamente a competidores como Australia, Canadá, y la UE, entre otros, no ha solicitado integrarse como Tercera Parte en las consultas iniciadas por los EE.UU. en septiembre de 2016 contra la RPC por el otorgamiento de ayudas internas a la producción agrícola de trigo, maíz, y diversas variedades de arroz, medidas incompatibles con disposiciones concernientes nada menos que al “Acuerdo sobre la Agricultura”

(DS511: “China — Ayuda interna para los productores agropecuarios”), de enorme relevancia para de nuestras exportaciones. En efecto, la prescindencia de nuestro país en la controversia planteada por los EE.UU. en materia agrícola resulta difícil de explicar por su trascendencia para el futuro de las exportaciones agrícolas. En efecto, tanto China como India defienden el derecho a subsidiar su producción doméstica argumentando principios de seguridad alimentaria o mejoramiento del nivel de vida del campesinado de forma de evitar su emigración a los centros urbanos, lo que en el caso de la RPC contradice directamente su política en la materia, al fomentar la urbanización de millones de habitantes rurales. En cualquier caso dichas políticas afectan una vez más a los países exportadores agrícolas eficientes, como lo hicieron oportunamente los subsidios de los EE.UU. y la UE bajo la cobertura de la “Guerra Fría”, la protección del medio ambiente o el bienestar animal.

Al respecto, en mayo de 2019 el Informe del GE fue adoptado, recomendando la puesta de las medidas chinas en conformidad con la normativa OMC, anticipando la RPC su intención en tal sentido. A tal efecto requirió un plazo prudencial, que las partes extendieron en junio -en plena guerra comercial- hasta marzo de 2020.

Con igual criterio tampoco puede sorprender que nuestro país no haya ejercido acción alguna en relación con los sucesivos paquetes de asistencia agropecuaria de los EE.UU. –“Market Facilitation Program” 2018 y 2019, muy probablemente contrarios a la normativa OMC<sup>121</sup>- orientados a compensar a sus productores locales por los eventuales perjuicios en su acceso al mercado de la RPC como resultado de las represalias adoptadas en ocasión de la “guerra comercial” en curso. Al no cuestionar los MFP dirigidos por los EE.UU. a beneficiar a sus productores agrícolas presuntamente perjudicados por las restricciones chinas una vez más nuestro país ha desatendido la trascendencia de presionar para que los

<sup>121</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “La soja bajo estrés”, *El Economista*, Buenos Aires, abril de 2019.

competidores ajusten los subsidios al agro en conformidad con la normativa OMC<sup>122</sup>.

Contrariamente a estos vaivenes en la actitud argentina, a pesar de las amenazas de la Administración Trump, así como de las expresiones altisonantes del USTR Robert Lightziger, los EE.UU. no han cesado de recurrir al ESD en defensa de sus intereses, conservando así su condición de mayor litigante de la OMC.

No obstante, el USTR ha preferido ignorar las conclusiones del GE convocado a solicitud de Ucrania (DS512: "Rusia — Medidas que afectan al tráfico en tránsito") contra las medidas restrictivas al comercio impuestas por la Federación Rusa a las mercaderías en tránsito hacia dicho país. En efecto, el GE concedió a Rusia el derecho de imponer restricciones de este tipo por razones de seguridad nacional en virtud del conflicto que sostiene con Ucrania<sup>123</sup>. Sin embargo, estableció al mismo tiempo la necesidad de clarificar aspectos del artículo XXI, rechazando la interpretación de que no corresponde a la OMC emitir juicio sobre las cuestiones sometidas al mismo en tanto la seguridad nacional constituye una decisión autónoma de cada Miembro, aspecto directamente ligado a la historia del caso planteado por nuestro país contra la UE en ocasión de la Guerra del Atlántico Sur.

Así, puede concluirse que nuestro país ha evidenciado en los últimos años una actitud reticente a la activa participación en el ESD, abandonando en buena medida el protagonismo que siempre caracterizó al país en la OMC, haciéndolo acreedor a un merecido prestigio. Al respecto parecen percibirse -ya desde la era del GATT- ciclos en el posicionamiento argentino en relación al recurso a la solución de diferencias, muchas veces signados por el temor de que reclamar ante el ESD pudiera conllevar repercusiones en otros ámbitos de su relacionamiento bilateral con socios relevantes. Pa-

<sup>122</sup> Ver FRYDMAN, FELIPE: "La Argentina cede el protagonismo en la OMC", Infobae, Buenos Aires, abril 14 de 2019.

<sup>123</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: "El mecanismo decisorio en el sistema GATT/ OMC: mitos y realidades", Guía Práctica de Comercio Exterior N°59, Editorial Guía Práctica, Buenos Aires, agosto de 2006.

radójicamente, ello parece reflejar una errónea apreciación por parte de las autoridades a nivel político, que no alcanzan a comprender que el sentido último del SMC -y en particular del ESD- se orienta a contar con un instrumento destinado a conducir las situaciones litigiosas comerciales entre los Miembros de la OMC sin que las mismas generen ningún “derrame” (“spillover) sobre otros campos ni organizaciones multilaterales, motivo por el cual ya los “padres fundadores” del esquema económico de postguerra nunca asociaron al órgano destinado a regular el comercio al ámbito de la ONU.

Aún cuando la actual retracción argentina parece reflejar una cierta coincidencia con la menguante confianza expresada a lo largo de los últimos años por los EE.UU. en el funcionamiento del ESD tal posicionamiento resultaría indudablemente erróneo, ya que dicho esquema resulta el más ecuánime para la defensa de los intereses de los países menos poderosos, en la medida que la OMC es la más democrática entre las organizaciones multilaterales, ya que más allá de su preferencia por el consenso como método decisorio, prevé -llegado el caso- la votación igualitaria bajo la fórmula un Miembro un voto<sup>124</sup>.

Finalmente, una vez más nuestro país desaprovechó su costoso esfuerzo al concretar la “Reunión Ministerial de la OMC” en diciembre de 2017, al carecer de una propuesta apropiada para avanzar en la agenda presente de la Organización, en buena medida por el limitado conocimiento de la misma por parte de los altos funcionarios seleccionados para conducir dicho acontecimiento, con lo cual el país se conformó con intentar promover su imagen internacional en torno de la Conferencia, más que aportar a la sustancia de la misma y al avance del SMC<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> Ver RIABOI, JORGE: “El sabotaje de Trump al comercio global y regional”, *El Economista*, Buenos Aires, abril 29 de 2019.

<sup>125</sup> Las leyes, “Acts”, tienden a ser identificadas en los EE.UU. con los nombres de los líderes partidarios que las impulsan en cada Cámara.

#### **14. Conclusiones: lecciones no aprendidas de la historia**

Los EE.UU. se caracterizaron durante las dos décadas posteriores a la “Primera Guerra Mundial” (PGM) por un vigoroso nacionalismo con rasgos xenófobos, creciente proteccionismo y una intensificación del sesgo aislacionista propio de su tradicional política exterior. El prominente status internacional que le aportó la PGM no aplacó dichas tendencias, toleradas inclusive por el Presidente Woodrow Wilson -precursor del multilateralismo- para unificar a la sociedad en torno de su política intervencionista ante el conflicto, contrariando el testamento político de George Washington que recomendaba “no mezclarse en los choques entre las potencias europeas”. El Presidente Wilson esperaba revitalizar el comercio mundial al finalizar el conflicto, incluyendo sus “Catorce Puntos” para la paz la remoción de todas las barreras al mismo en el marco de su proyectada “Liga de las Naciones”, por lo que el rechazo del Senado a integrar dicha institución terminó profundizando el aislacionismo de los EE.UU.

Al dinámico ritmo de guerra siguió una inevitable desaceleración económica, reflejada en la “depresión” de 1918, al cesar la demanda para muchas industrias. En tanto las autoridades libraron la economía a un ajuste automático la recuperación sólo llegó cuando los precios cayeron hasta volver a alentar la producción, reduciéndose el consumo en favor del ahorro, y cesando la inflación intensificada durante el conflicto. Al revivir la actividad hacia 1919 el sector laboral exigió mejoras salariales que compensaran la inflación acumulada durante el esfuerzo de guerra, desatándose una segunda “depresión” en 1920-21, la más intensa hasta entonces en los EE.UU., con caída del 30% de la producción y desempleo cercano al 12%. Precios y salarios se desplomaban sin cesar, aunque esta vez el gobierno reaccionó promoviendo la oferta crediticia y reduciendo las tasas de interés, con lo que logró recuperarse el pleno empleo hacia 1923.

Esta crisis tuvo consecuencias en materia migratoria, al adoptarse en 1921 la “Emergency Quota Act” -sucesida en 1924 por la “Johnson-Reed Act” o “Immigration Act”- dirigidas a regular

la inmigración según orígenes, priorizando a europeos y bloqueando un vasto abanico considerado “asiático”. Tal legislación restrictiva, presuntamente orientada a proteger los puestos de trabajo para los nacionales, se vio favorecida por una creciente xenofobia, junto al rechazo a posiciones radicalizadas asociadas con inmigrantes cuya lealtad se cuestionaba, imputados de pretender socavar las instituciones -como las tenaces huelgas alentadas por anarquistas y socialistas-.

En materia comercial, los EE.UU. protegieron durante los años '20 y '30 la producción doméstica con elevados aranceles, sin abandonar al mismo tiempo el reclamo de las deudas de guerra por parte de los Aliados europeos, objetivos claramente contradictorios. El país se centró en su desarrollo interno, sustentado en una fuerte promoción empresaria impulsada por medidas desregulatorias, impositivas, y crediticias que permitieron la expansión industrial, afianzar avances tecnológicos y estimular los mercados. La relación de intercambio con los Aliados europeos se había ya desarticulado al pasar los EE.UU. de ser deudores por U\$S 3.700 millones (1914) a convertirse en acreedores por U\$S 12.500 millones (1919), de los cuales U\$S 10.000 millones (equivalentes a U\$S 146.320 millones de 2017) derivaban de gastos de guerra incurridos por el Reino Unido, Francia e Italia. Al imponer a la Europa devastada la pesada carga de retornar al patrón oro los EE.UU. soslayaron que abrían la oportunidad para aquellos países que habían devaluado de inundar su mercado con importaciones a bajo costo, alternativa no contemplada. Así, los países europeos se veían imposibilitados de obtener ingresos genuinos en dólares para satisfacer el servicio de sus mayores obligaciones en dicha moneda. Contrariamente, los EE.UU. -única potencia beligerante incólume y en crecimiento- surgía como nuevo líder económico internacional hasta concentrar 46% del PIB mundial en 1929. Por su parte, los países europeos -que previo a la PGM abastecían 50% de las importaciones de los EE.UU.- redujeron su participación al 30%, sin lograr captar nuevos destinos para sus exportaciones dada la industrialización forzada generada por el conflicto en muchas regiones. La escasez de dólares impedía así a los Aliados europeos -y a la propia Alemania- mantener el circuito de pagos, situación

agravada por la política comercial de los EE.UU. que les impedía el acceso a su mercado.

En efecto, la liberalización del comercio vía reducción de aranceles, iniciada por la “Underwood-Simmons Revenue Act” de 1913 durante la Administración demócrata de Wilson fue abandonada, retomándose bajo el Presidente Harding en 1920 la tradición proteccionista republicana. Así, en 1921 se aprueba la “Emergency Tariff Act” destinada a sostener la producción y ocupación domésticas, seguida en 1922 por la “Fordney-McCumber Act”<sup>126</sup> que elevó los aranceles promedio al 35%. Esta norma, que pretendía brindar protección al agro con motivo de la sobreproducción mundial y consecuente caída de precios motivada por la recuperación de la agricultura europea, terminó extendiéndose a vastos sectores industriales.

Culminando este ciclo el Congreso de los EE.UU. aprobó la “Smoot-Hawley Act” de 1930, que llevó el promedio arancelario próximo a 50% -máximo nivel en un siglo- con el consiguiente incremento de precios internos. Símbolo de la política de “arruinar a tu vecino” (“beggar-thy-neighbor”), la propuesta motivó que más de mil prestigiosos economistas suscribieran una carta al Presidente Herbert Hoover advirtiendo que tal medida dañaría el comercio mundial, impediría el cobro de la deuda, provocaría retaliaciones y empañaría las relaciones internacionales. Así, durante la denominada “Gran Depresión” el comercio mundial se redujo 25% en volumen y 40% en valor, respondiendo la mitad de dicha retracción a las barreras comerciales y arancelarias provocadas por las retaliaciones, impulsando inclusive al Reino Unido -en la “Conferencia del Imperio Británico” de Ottawa en 1932- a abandonar el patrón oro y establecer una zona de preferencias arancelarias imperiales con sus dominios y colonias, que excluía a terceros socios comerciales.

<sup>126</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “Las guerras comerciales también son guerras”, *El Economista*, Buenos Aires, marzo de 2018.

Según el Presidente Trump “las guerras comerciales son buenas, y fáciles de ganar”. ¿Pensaría el Presidente Hoover lo mismo ante la petición de mil economistas de prestigiosas universidades de EE.UU. de vetar la “Ley Smoot-Hawley” en 1930? Los académicos advertían que se trataba de una norma nociva por sus severas consecuencias, y anticipaban que el enorme aumento de los aranceles afectaría los costos de producción y precios domésticos, deterioraría los ingresos de la población y desencadenaría una crisis internacional. Como en 2016, el proteccionismo y la inmigración monopolizaron la campaña electoral de 1928. La Ley Arancelaria (“Tariff Act”) de 1930 -conocida como “Ley Smoot-Hawley”- elevó masivamente la protección comercial, presumiendo así mitigar los efectos de la Gran Depresión<sup>127</sup>. El incremento originalmente destinado a resguardar al sector agrícola de la deflación mundial de precios devino -luego de la crisis financiera y de mercado de valores de 1929- en la protección arancelaria generalizada más elevada de la historia estadounidense, con fuerte impacto sobre el comercio internacional, dada la condición de primer importador mundial de los EE.UU. Muchas contrapartes reorientaron sus flujos comerciales generando graves desequilibrios, una competencia desenfundada y sobreproducción sin mercados. La Ley -ícono del aislacionismo económico- benefició a corto plazo a los agricultores e industrias de los EE.UU., aunque la espiral de represalias arancelarias pronto perjudicó la exportación. En un marco de proteccionismo creciente, la economía mundial derivó en 1931 hacia una inevitable crisis financiera. Inglaterra -afectada por la interrupción de la cadena de pagos de las deudas soberanas- debió abandonar el patrón oro y dejar flotar la libra esterlina, mientras muchos países recurrían al bilateralismo, devaluaciones competitivas, cuotas y otras medidas restrictivas en materia de comercio y pagos<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “Las lecciones no aprendidas”, *El Economista*, Buenos Aires, agosto de 2018.

<sup>128</sup> Ver ABLIN, EDUARDO R.: “¿Fintas en el primer round?”, *El Economista*, Buenos Aires, marzo de 2018.

Entre 1930/1933 los EE.UU. vieron reducirse 66% sus importaciones y 61% sus exportaciones, alcanzando el desempleo 25%. La “Conferencia Económica Mundial de la Liga de las Naciones” había ya en 1927 llamado a la reducción de barreras comerciales, advirtiendo que “guerras arancelarias” no cosecharían la paz mundial. Lo demás es conocido, ya que la “guerra comercial” desatada por la Administración Hoover no resultó un antecedente menor en la gestación de la Segunda Guerra Mundial. Ganarla no fue precisamente fácil, por lo que como vencedores los EE.UU. intentaron forjar un sistema financiero y comercial multilateral, que 70 años después parecen dispuestos a tirar por la borda. Nada permite imaginar que la historia pueda repetirse. La estructura económico-financiera mundial dista de asemejarse a la de los años 30, aunque rememorar los hechos tal vez pudiera ayudar al Presidente Trump a evitar males mayores.

Recién la elección del demócrata Franklin Roosevelt en 1932 contempló un enfoque renovador dirigido a minimizar la conflictividad comercial, al adoptarse la “Reciprocal Trade Agreement Act” de 1934 -antecedente del posterior “Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio” (GATT)- por la cual el Congreso delegó en el Ejecutivo la capacidad de negociar bilateralmente con terceros países reducciones de hasta 50% de los aranceles bajo un mandato renovable, iniciándose una etapa totalmente novedosa en la política comercial de los EE.UU.

Remarcar la analogía de la política desplegada por la Administración Trump al presente con los antecedentes reseñados resulta ocioso. En efecto, se conoce como las “guerras comerciales” se inician, aunque se ignoran las características que pueden asumir y aún más su final, ya que resulta particularmente difícil percibir las reacciones de las contrapartes, y los límites que los Estados nacionales están dispuestos imponer a la intrusión de regímenes multilaterales sobre sus políticas. Mucho menos a las presiones bilaterales de contrapartes, por más poderosas que estas sean. Ello se agrava en el caso de un país como la RPC donde la apertura y el desarrollo económico no han sido acompañados -como preveía originalmente la doctrina Kissinger- por una evolución orientada ha-

cia la incorporación de los valores democráticos predominantes en occidente.

Al respecto cabe constatar que la retórica antichina esgrimida por los EE.UU. coincide al presente a nivel bipartidario, ya que ambas tendencias políticas comparten la inquietud oficial por las recientes conductas de la RPC orientadas a intensificar la represión interna, incrementar el control de Estado sobre las empresas privadas e individuos -particularmente en el caso de las minorías étnicas regionales-, incumplir obligaciones comerciales, reforzar el control sobre la información extranjera y poner en marcha una política exterior más agresiva y hostil. En esta línea común la Administración Trump enfatiza que la RPC constituye una amenaza existencial para los EE.UU. debido a la expansión acelerada de sus fuerzas armadas, las campañas de información y acciones políticas que tienen como objetivo el ámbito empresarial, político y de medios estadounidense, reflejadas en los múltiples ataques cibernéticos y económicos. Asimismo se evalúa que el Gobierno de Xi Jinping se ha vuelto más represivo, habiendo puesto a todas las compañías tecnológicas locales al servicio de sus fuerzas armadas, por lo que la batalla por la preeminencia tecnológica y la seguridad han vuelto a converger al presente en el centro de la confrontación<sup>129</sup>.

En este sentido, el “Departamento de Defensa de los EE.UU.” señala en su informe al Congreso de 2019 que los desarrollos militares y de seguridad de la RPC se vieron beneficiados por una ventana de oportunidad estratégica durante los primeros veinte años del siglo, al haber volcado todas sus energías al desarrollo comprehensivo del mercado interno y la expansión de su poder nacional. Tal enfoque habría realzado el poder del PCC, dotándolo de una capacidad operativa de alcance mundial, que al presente le permite actuar como una gran potencia, predominando inicialmente en su área más próxima por medio de iniciativas marítimas que se traducen en conflictos potenciales en la península coreana, Taiwán

<sup>129</sup> Ver MOLTENI, ATILIO: “La otra manera de ver a China en Estados Unidos”, *El Economista*, Buenos Aires, julio 30 de 2019.

y el Mar del Sur de la China, donde la RPC reclama el ejercicio de soberanía sobre áreas marítimas e islas fortificadas erigidas artificialmente, lo que le ha generado conflictos con Vietnam, Filipinas e Indonesia, mientras los EE.UU. se han limitado a asegurar la libertad de navegación.

Por el contrario, sólo grupos reducidos sostienen que el actual enfoque de la Casa Blanca no sirve a los intereses de los EE.UU., ni al equilibrio y la prosperidad internacional, argumentando que China no representa un enemigo económico ni una amenaza de la magnitud señalada para la seguridad nacional, por lo que estiman que resultaría más apropiado diseñar una relación bilateral que equilibre competencia y cooperación. Esta visión presume que el temor de que la RPC intente reemplazar a los EE.UU. como líder hegemónico resulta exagerado, ya que si bien su liderazgo reivindica la perspectiva de devenir una potencia militar mundial para mediados del siglo, no puede olvidarse que alcanzar tal jerarquía presupone que China está en condiciones de operar globalmente, así como enfrentar los grandes desafíos inherentes a tal papel global<sup>130</sup>. Por ello sostienen que una política viable por parte de los EE.UU. debería sustentarse en un enfoque realista de las percepciones, intereses, metas y conductas de la contraparte, de forma de dar lugar a políticas coordinadas con sus aliados con el objetivo de restablecer su capacidad de competir efectivamente en un mundo cambiante, sin necesidad de acudir a una política de “contención” de la RPC.

No obstante estas reflexiones un choque estratégico entre los EE.UU. y la RPC no puede ser descartado, en particular considerando las últimas medidas de la Administración Trump que penalizan a la totalidad de importaciones procedentes de la RPC hacia los EE.UU.<sup>131</sup>, pudiendo extenderse más allá del Pacífico en la medida en que China intenta globalizar sus acciones por vía de proyectos comprensivos tales como el denominado “Un cinturón,

<sup>130</sup> Ver “Trump aumenta la tensión con China: anunció aranceles del 10% a partir de septiembre”, *Ámbito Financiero*, Buenos Aires, agosto 1 de 2019.

una ruta”, que cubre gran parte de Eurasia y África, pretendiendo avanzar hacia Europa occidental y América Latina.

En resumen, la Administración Trump parte de la base que los EE.UU. enfrentan políticamente a otro Estado, con cultura e ideología antitéticas, que al mismo tiempo que constituye su principal socio comercial mantiene una concepción radical de su seguridad estratégica. Por su parte, la RPC debe aceptar que la relación bilateral ha sufrido un cambio sustantivo desde la época en que la Administración Nixon se esforzaba por incorporar China al mundo, para reorientarse bajo el liderazgo de Trump hacia una política de “triple contención” -tecnológica, económica y geográfica- más propia de la Guerra Fría de la segunda mitad del siglo pasado que del mundo globalizado del Siglo XXI. Ante dicha circunstancia los líderes chinos -y en particular la concepción “neo-maoísta” reverdecida bajo la conducción de Xi Jinping- probablemente requieran prever la subsistencia de la RPC tal como la conocemos bajo una prolongada tensión, durante la cual deberán intentar superar sus limitaciones más evidentes en materia de dependencia en el campo tecnológico, energético y monetario. Por ello, a la luz de la guerra comercial desatada por la Administración Trump contra China en el último año, y sus imprevisibles consecuencias, cabe preguntarse si los EE.UU. han incorporado plenamente las lecciones de su propia historia.



**SECCIÓN**

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**



# **EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

## *THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

RELATOR: *EDUARDO VESCOVI\**

### **RESUMEN**

El Acceso a la Justicia es un Derecho Humano fundamental que pertenece al *ius cogens*. Este relato resume el estado actual del tema del Acceso a la Justicia en el Derecho Internacional Privado en un mundo de internacionalidad creciente en el que los casos conectados con más de un orden jurídico se han multiplicado exponencialmente. Se indaga acerca de cuáles son las principales dificultades concretas que las personas físicas y jurídicas enfrentan hoy en día que ponen en crisis su Derecho de Acceso a la Justicia en los litigios transnacionales, para tratar de encontrar el camino de la solución.

### *ABSTRACT*

Access to justice is a fundamental human right that belongs to the *ius cogens*. This report summarizes the current state of the subject of Access to Justice in Private International Law in a rapidly globalizing world where cases involving multiple legal systems have multiplied exponentially. To try to find a solution, it is investigated

\* Profesor Agregado Grado IV de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Presidente de ASADIP. Autor de trabajos en publicaciones locales e internacionales y Ponente en diversos Congresos y Conferencias Internacionales sobre la materia. Abogado en ejercicio desde 1980.

what are the main concrete difficulties that physical and legal persons face today that put their Right of Access to Justice in international litigation in jeopardy.

### **PALABRAS CLAVE**

Acceso a la Justicia. Derechos humanos. Foros competentes. Cooperación judicial internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras.

### *KEYWORDS*

Access to justice. Human rights. Competent fora. International judicial cooperation. Recognition and Enforcement of Foreign Judgments.

### **SUMARIO.-**

I.- El Acceso a la Justicia en general (Justicia Fundamental y Justicia Ordinaria). II.- Estado actual del tema, balance y perspectivas. III.- Lo que el Dip ha avanzado en el camino de hacer efectivo el Derecho de Acceso a la Justicia; 1.- En materia de foros competentes; 2.- En materia de igualdad de trato y apoyo a sectores vulnerables; 3.- En materia de cooperación judicial internacional; 4.- En materia de eficacia extraterritorial de sentencias y laudos; 5.- Soft Law. IV.- Realidad y Perspectivas: precisiones. V.- Relevamiento y análisis de algunos problemas críticos en relación al Acceso de la Justicia en el Dip. 1.- Temas atinentes a la jurisdicción; 2.- Temas relativos a la cooperación judicial internacional; 3.- Eficacia de Sentencias Extranjeras.- VI.- Conclusiones.-

### **I.- El Acceso a la Justicia en general (Justicia Fundamental y Justicia Ordinaria).**

El tema del Acceso a la Justicia es, sin duda, uno de los más abordados en los últimos tiempos, por la legislación, en su más

amplio sentido, por la doctrina y también por la jurisprudencia<sup>1</sup>

En efecto, numerosos instrumentos internacionales lo han consagrado, de múltiples formas directa o indirectamente, los autores lo han definido, de diversas maneras y la jurisprudencia lo viene citando en forma permanente, en fallos de todo tipo.

Estimamos innecesario, por existir bibliografía abundante, ya sea realizar un inventario de las formas o textos normativos en los que se ha consagrado, y también de ensayar una enésima definición, porque los contenidos de todas ellas son similares.

Ya nadie discute que se trata de un Derecho Humano fundamental, que pertenece al *ius cogens*<sup>2</sup>, las discusiones van por el lado de los problemas reales (y prácticos) que plantea, sus límites, el equilibrio con otros derechos, y las propuestas acerca de cómo hacerlo realmente efectivo y operante.

Se habla también, por parte de algunos autores, de Justicia Fundamental y Justicia Ordinaria, para distinguir lo que dice relación con aspectos básicos de los derechos humanos sustanciales (libertad, derechos políticos, etc.), de aquellos que tienen relación con el acceso, en condiciones razonables, a los procesos normales (civiles, comerciales, de familia, laborales, de consumidores, etc.).

No somos muy partidarios de esta distinción, al menos de modo tajante, pero si debemos delimitar el tema de nuestro trabajo, pues

<sup>1</sup> Podemos indicar como la principal bibliografía consultada los trabajos publicados en el libro de las Jornadas de Asadip del año 2015, cuyo tema fue, precisamente, “El Acceso a la Justicia en el derecho internacional privado”. Asimismo, es imperioso indicar el formidable trabajo de tesis que el Profesor Venezolano Javier Ochoa ha producido en relación al tema de “La Eficacia de las Sentencias Extranjeras y el derecho de Acceso a la Justicia”, aún no disponible, pero que hemos leído gracias a la gentileza de su autor, se trata de un estudio profundo, abarcativo de la historia de los últimos años, con un inmenso acopio de citas y casos, y con aportes personales significativos y relevantes en relación a la actualidad del tema y su porvenir.

<sup>2</sup> Aunque hay conciencia de que, superado el “núcleo básico” de su esencia, las diversas consagraciones admiten establecimiento de regulaciones y límites por parte de los estados.

es necesario tener presente que el tema que debemos abordar es el del Derecho de Acceso a la Justicia y el Dip, con lo cual debemos dejar de lado, no por menos importantes, sino por la especificación de nuestra materia, todo lo referente a las libertades públicas (políticas) y demás temas más propios del derecho público, y centrarnos en las cuestiones atinentes a nuestra disciplina, más allá de que la separación entre lo público y lo privado, es, como veremos, cada vez menos nítida.

## **II.- Estado actual del tema: balance y perspectivas.**

Nos proponemos realizar una especie de resumen acerca del estado actual del tema del Acceso a la Justicia en el Dip. En un mundo de internacionalidad creciente, los casos conectados con más de un orden jurídico se han multiplicado exponencialmente en los últimos 30 años, favorecidos además por el formidable desarrollo de las Tecnologías de Comunicación e Información, que han permitido y propiciado un aumento sideral del Comercio internacional electrónico o digital.

Toda esta realidad ha hecho que el derecho del Acceso a la Justicia, en especial en relación a los temas transnacionales, se haya transformado en un protagonista de primera línea de la actual realidad jurídica. Claro que para los internacionalistas no es un tema nuevo, sino una preocupación de siempre. El Dip siempre se ha ocupado de los problemas del acceso de la justicia, quizás porque en los casos internacionales y en los procesos internacionales, este tema se ha planteado siempre como una dificultad especial y adicional. Por ello el Dip ha debido atender tempranamente este tema, y le ha dado, como veremos, múltiples y variadas respuestas.

Estas respuestas han dado solución o han provocado sin duda mejoría en algunos de los problemas del acceso a la justicia, pero la situación actual nos interpela, nuevamente, a redoblar el esfuerzo, para enfrentar los nuevos desafíos que la actual realidad internacional nos propone.

Esta compleja realidad está signada por múltiples problemas, relativos a la gobernanza global, se ha mezclado como nunca lo público con lo privado, lo nacional con lo internacional (con tendencia a la primacía de esto último), lo sustancial con lo procesal, todo en un mundo caracterizado por la convivencia de ordenes jurídicos diversos, algunos de los cuales comparten su ámbito personal y territorial de vigencia, cuyos límites no están del todo claros<sup>3</sup>. El nuevo rol de los derechos humanos, que han impactado en forma transversal en todas las áreas jurídicas, el diálogo de fuentes, tan necesario en el Dip actual, el aumento exponencial de casos con elementos de extranjería, en lo sustancial y en lo procesal, concomitante con la mayor internacionalización de la vida de relación, nos obligan a hacer un alto en el camino para analizar que se ha hecho y que queda por hacer en materia de acceso a la justicia.

En particular, y más allá de consideraciones generales, y de declaraciones muchas veces ampulosas, todos los que estamos, ya sea en la docencia o en el ejercicio profesional, percibimos que, a pesar de la infinidad de textos normativos, trabajos doctrinarios, sentencias tanto judiciales como arbitrales, declaraciones e intenciones de todo tipo, no todo está bien, o como debiera estar, es más, podríamos decir que aún estamos bastante lejos de un supuesto ideal. Resulta pues oportuno y procedente, tratar de acercarse en el examen de ciertos puntos realmente críticos que aún perduran en el sistema, y que ponen en crisis la efectividad del Derecho Humano de Acceso a la Justicia.

Resulta pues útil y relevante, investigar acerca de cuáles son las principales dificultades concretas que las personas físicas y jurídicas enfrentan hoy en día que ponen en crisis su Derecho de

<sup>3</sup> Están los ordenes jurídicos de los países, pero también los espacios jurídicos de integración, las organizaciones internacionales con su Convenios de Sede de Inmunidad (de jurisdicción y de ejecución), los ordenes deportivos, religiosos, etc. Todos estos sistemas jurídicos tienen sus propias normas y también sus propios mecanismos y organismos jurisdiccionales, muchas veces no se sabe bien, no solo que norma aplicar, sino tampoco quién es el organismo jurisdiccional competente para decidir qué cosa.

Acceso a la Justicia en los litigios transnacionales, para tratar de encontrar el camino de la solución, o al menos mitigación de la dificultad, a cada uno de esos problemas.

Es necesario tener presente que, como todo ideal, no llega nunca a colmarse, pero debemos tratar de acercarnos a él lo más posible. Las herramientas para ese camino están sin duda en la mejora de la calidad normativa, tanto de fuente nacional como internacional, pero también en la capacitación de los recursos humanos encargados de implementar la normativa de que se trata, y, sobre todo, en la audacia de las soluciones teniendo siempre presente el fin buscado, soluciones que muchas veces están al alcance de la mano, pero no se concretan por temas formales, trabas burocráticas o simple desconocimiento de los operadores.

### **III.- Lo que el Dip ha avanzado en el camino de hacer efectivo el Derecho de Acceso a la Justicia.**

Como dijimos antes, el tema no es nuevo para el Dip, siempre, desde nuestra disciplina, se ha buscado, en diversos ámbitos y a través de múltiples mecanismos, facilitar la posibilidad de mejor acceso a la justicia, sabiendo que el tema es mucho más arduo cuando de relaciones internacionales se trata.

Por lo pronto el Dip ha evolucionado desde un sistema, vigente todavía a mediados del siglo pasado, que ponía el acento más bien en la soberanía de los estados, hacia un sistema más internacionalista, de reconocimiento mutuo de los estados, asomando hacia una mayor fungibilidad de las decisiones judiciales, en donde ya prácticamente no se discute la obligación de los estados, fundamentalmente por el imperio de los derechos humanos, de cooperar y reconocer, no solo la aplicación de la ley extranjera y de las situaciones jurídicas válidamente adquiridas en otros países, sino también los fallos judiciales y arbitrales extranjeros.

Esta evolución, ha estado marcada por la evolución de la normativa referida a ciertos temas particulares, que mencionamos a continuación, sin pretensión de exhaustividad.

### ***1.- En materia de foros competentes.-***

Se trata de un tema clave. Desde la teoría y también desde la legislación, el Dip ha promovido desde siempre los foros razonables frente a los exorbitantes, los foros concurrentes frente a los exclusivos, los foros de equilibrio (mediante normas de conflicto materialmente orientadas) y protección. Últimamente ha venido promoviendo cierta especialización o sub o semi especialización a través de los jueces de enlace y otras soluciones en el mismo sentido, aunque en relación al tema de la jurisdicción queda aún bastante por hacer.

### ***2.- En materia de igualdad de trato y apoyo de sectores vulnerables.-***

El Dip ha promovido y consagrado varias soluciones tendientes a la abolición de toda discriminación en atención a las cualidades personales del litigante (nacionalidad o domicilio en el extranjero); también ha establecido el reconocimiento extraterritorial de la auxilioria de pobreza o cualquier otro régimen o instituto similar para litigar sin abonar gastos (timbres, tasas judiciales, publicaciones, etc.). Asimismo se ha reconocido a los sistemas de defensorías públicas<sup>4</sup>, la posibilidad de atender litigantes no nacionales, inmigrantes, o cualquier otro tipo de colectivos vulnerables, más allá de que puedan no ser nacionales, y se ha tratado de apoyar y fortalecer estos sistemas.

### ***3.- En materia de cooperación judicial internacional.-***

Este ha sido, en los últimos 50 o 60 años, un tema central del Dip en el cual mucho se ha avanzado, a través de la firma infinidad de tratados, también mejora y aún incorporación de normativa a las legislaciones positivas autónomas. Se puede decir que la cooperación judicial internacional en sus tres niveles (de mero trámi-

<sup>4</sup> La OEA particularmente se ha ocupado de promover mediante diversos sistemas (cursos de capacitación y mejora de gestión) a los sistemas de Defensorías Públicas de la región.

te, probatoria y cautelar) está convenientemente legislada, sin perjuicio de que se puedan producir nuevos avances, como veremos.

En los últimos años hemos asistido, con el desarrollo de los medios de comunicación y la tecnología, a la posibilidad de comunicaciones directas entre los jueces de diferentes países (o autoridades centrales), audiencias por video conferencia, se comienza a vislumbrar la posibilidad del exhorto electrónico<sup>5</sup> (lo que eliminaría las otras vías de transmisión, tanto más lentas). Además de todo ello se han instrumentado guías de buenas prácticas para que los temas burocráticos no enlentezcan, dificulten o impidan la cooperación, redes de contacto, jueces de enlace, etc.

Todo lo anterior ha contribuido, sin duda, al mejoramiento del acceso a la justicia, por parte de los ciudadanos. Pero como veremos, aún falta bastante por hacer.

#### ***4.- En materia de eficacia extraterritorial de sentencias y laudos.-***

Este ha sido, y sigue siendo, un tema crítico, pero en el cual también se ha avanzado. El arbitraje ha tenido un formidable desarrollo que no puede ser ajeno al natural reconocimiento y circulación internacional de los laudos. Además de los instrumentos internacionales globales (Convención de Nueva York), regionales (Convención Interamericana) y sub regionales (Acuerdos del Mercosur), muchísimos países han aprobado leyes de arbitraje internacional sobre la base de la Ley Modelo de Uncitral.

El tema de la eficacia de las sentencias ha tenido un avance más lento, en nuestra región existe normativa suficiente (CIDIP II Convención sobre Eficacia ..., Protocolo de Las Leñas) aunque tenemos

<sup>5</sup> En realidad ya hay cierta normativa que lo prevé, aunque con alcance limitado, no a nivel de tratados o leyes a nacional, pero si a nivel de acuerdos Marco entre Supremas Cortes, como por ejemplo el Convenio Marco de Colaboración entre la Suprema Corte de Justicia de Uruguay y la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, firmado en Montevideo, a los 6 días del mes de diciembre de 2016.

el tema de la jurisdicción indirecta en el debe, pues más bien está sujeta a la ley del estado receptor del fallo, la única Convención que hay, ha sido ratificada únicamente por dos países (Uruguay y México, me refiero a la Convención sobre jurisdicción indirecta de CIDIP III, La Paz, Bolivia, 1984). El tema ha recibido últimamente un nuevo impulso, al ser tomado por la Conferencia de La Haya, que acaba de aprobar una Convención sobre la materia.

### **5.- *Soft Law.***

La temática del acceso a la justicia, no ha sido ajena, sino sumamente apropiada para este tipo de normativa, respecto de la cual merecen destaque el Convenio Ali Unidroit sobre derecho procesal internacional y los Principios de Transjus de Asadip.

En una evaluación somera podría afirmarse que, en materia de acceso a la justicia mucho se ha avanzado en los últimos años: podría decirse hasta que hay superabundancia normativa, vastísimo material doctrinario, y también jurisprudencial, que se trata, el Derecho Humano de Acceso a la Justicia, de un valor o derecho de unánime aceptación y múltiple consagración, de modo que el balance tendría que ser positivo.

### **IV.- Realidad y perspectivas.**

Si bien lo que se viene de exponer es indudablemente cierto, y también debe destacarse sobre todo lo relativo a la creación de una conciencia general bien definida y unánimemente compartida en relación a la necesidad de promover y asegurar la plena vigencia de este Derecho Humano fundamental, no es menos cierto que la práctica plantea múltiples y variados problemas. Los procesos judiciales relativos a casos pluriconectados nos plantean numerosas sorpresas, recovecos insondables, situaciones inesperadas y algunas trampas mortales, que es necesario abordar. Debemos estudiar e identificar cuáles son las principales dificultades concretas que las personas físicas y jurídicas enfrentan hoy en día que ponen en crisis este Derecho de Acceso a la Justicia en los litigios transnacionales.

Para ello me parece oportuno formular algunas breves precisiones previas.

- **Primera precisión:** al analizar los diversos temas debemos tener muy en cuenta una característica esencial del proceso, cual es la bilateralidad. En no pocas ocasiones, ya sea por cuestiones ideológicas o por preconcepciones, se deja de lado esta cuestión que, en nuestro concepto, es esencial. Los procesos en general tienen dos (o más) partes, y ambos (o todos) tienen el mismo derecho de acceso a la justicia. Esta situación muchas veces pone en crisis el derecho de acceso a la justicia de una parte, por confrontación con otros derechos fundamentales de otra (como en la inmunidad de jurisdicción o ejecución, por ejemplo). De ahí que sea necesario realizar, en ciertos casos, una ponderación de los derechos en juego para la búsqueda de una solución de equilibrio o un examen de proporcionalidad, cuando no un sacrificio de un derecho en pos de otro. Estos problemas, de difícil solución, se plantean a lo largo y ancho de todo el derecho procesal internacional. La notificación en el extranjero de una demanda conlleva necesariamente que el demandado pueda entender de que se trata el juicio, pero a veces realizar la traducción completa de demanda y documentos tiene un costo que impide al actor abordar el litigio. Cuando hay que recabar una prueba en el extranjero (interrogar un testigo, o designar un perito para realizar un informe, por ejemplo) sería deseable que ambas partes puedan tener su patrocinio legal en el extranjero para concurrir al acompañamiento y control de como se recaba la prueba (estar presente y repreguntar un testigo, controlar la pericia y poder interrogar al perito en audiencia acerca de las aclaraciones y ampliaciones necesarias del informe, etc.), pero a veces una de ellas carece de esta posibilidad por razones de costos. En materia de eficacia de las sentencias extranjeras nadie discute hoy el principio de pro eficacia, pero el demandado o afectado por el reconocimiento que no pudo defenderse en el juicio llevado a cabo en el extranjero por cualquier causa (costos, no se enteró, porque tenía un domicilio contractual con el que perdió contacto, etc.), sin duda opina de otra manera ...

- **Segunda precisión:** En muchísimas ocasiones, estas soluciones de equilibrio (cuestiones opinables, discutibles) pueden es-

tar en manos del legislador. Pero otras veces el legislador no puede llegar, solo el Juez puede hacerlo. O sea que hay temas a cuya solución se puede aproximar con una mejora en la normativa (legislando) y otros no, dependen de los recursos humanos, y no solo de los jueces, sino de todo el sistema (funcionarios judiciales, fiscales, defensores, funcionarios de autoridades centrales, etc.). Por lo que la formación de los recursos humanos de todo el sistema es fundamental.

La cooperación judicial internacional está en la región con un standard de regulación relativamente suficiente<sup>6</sup>. Ahora bien, si los recursos humanos que deben aplicarla (autoridades judiciales, autoridades centrales, fiscales, defensores, abogados, etc.) desconocen la existencia de la normativa, o no la cumplen adecuadamente, o incurren en demoras innecesarias, o colocan trabas burocráticas y formalistas excesivas que traicionan su esencia y finalidad, como sucede con cierta frecuencia, el sistema todo se vuelve lento, inoperante y, en ocasiones, hasta patético. Sobran los ejemplos en nuestra región, pero también los hay en Europa.

- **Tercera precisión:** El problema del acceso a la justicia en el Dip no se plantea, solamente, en relación a las personas vulnerables, sino también en los litigantes de clase media y alta (personas y empresas).

Es claro que las personas y colectivos vulnerables padecen esta cuestión desde una clara desventaja. Pero el drama del acceso a la Justicia, en el ámbito del Dip, aqueja a todos los estratos sociales y empresariales. La sola posibilidad de tener que pleitear en el extranjero<sup>7</sup> para una persona de clase media (en los ámbitos civiles, laborales, de familia, etc.), o para una empresa pequeña o aún

<sup>6</sup> Me refiero a el equilibrio y la claridad de las soluciones y a los principios que las sustentan. Lo que está faltando, fundamentalmente, es la adaptación y el uso de las nuevas tecnologías, que bien aplicadas permitirían sin duda mejorar en forma sustancial el funcionamiento del sistema.

<sup>7</sup> Solo quienes están en contacto con esta realidad pueden comprender la dimensión de los problemas que la misma plantea, por eso es tan importante el tema competencial, además de por otras cosas.

mediana (ámbito comercial), supone un conjunto de dificultades adicionales, a veces difíciles de superar. Ya no hablamos de tener que viajar (una o varias veces, para las audiencias, porque muchos sistemas procesales imponen la presencia personal, o bien por el simple interés de hacerlo) a entrevistar y contratar abogados (y abonar honorarios), a estar presente en las audiencias, pensemos en otros costos, como el otorgamiento de un poder, o el aporte de documentación (traducción, certificación o apostillado), la comparecencia de testigos propios (viaje y costos asociados, según sea cerca o lejos son más días y el gasto es mayor), a veces también plantea dificultades el tema del idioma en las declaraciones (necesidad de pagar traductores). Cuando las distancias son mayores, la dificultad se acrecienta, inclusive para personas pudientes o empresas de cierto volumen, es claro que la “logística” necesaria para encarar un pleito en el extranjero, de cualquier tipo que sea, implica un esfuerzo y una erogación mayor, cuanto más lejos se está. Hoy que la vida familiar, social, comercial, etc., se ha desarrollado en el ámbito internacional como nunca antes, el problema que exponemos se presenta con una inusitada frecuencia, y, por lo tanto, son más las personas y empresas que deben convivir con esta difícil realidad, que dificulta y a veces impide el acceso razonable a la Justicia.

## **V.- Relevamiento y análisis de algunos problemas críticos en relación al Acceso de la Justicia en el Dip.**

La elección de temas y la mención de situaciones críticas es absolutamente arbitraria, surge de la experiencia práctica (conocimiento de casos propios y ajenos, importantes e ignotos<sup>8</sup>, nacionales y extranjeros) en conjunción con la tarea académica desplegada durante muchos años, simplemente se propone un relevamiento ordenado por temas, se trata de situaciones y problemas que pueden ser más o menos frecuentes, pero inspirados siempre de la vida real.

<sup>8</sup> Pero siempre muy trascendentes para la vida y el interés del que los padeció ...

### **1.- Temas atinentes a la jurisdicción.**

Es, sin duda, uno de los temas críticos, pues en la búsqueda o selección del juez competente, se juega, en no pocas ocasiones, la posibilidad real de acceso a la justicia por una de las partes<sup>9</sup>. El tema jurisdiccional, además, en el ámbito internacional se plantea como recurrente, pues se juega no solo al comienzo del proceso (jurisdicción directa) sino también, eventualmente, como requisito para la eficacia de la sentencia extranjera (jurisdicción indirecta). Un claro ejemplo de ello es la reciente Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Asuntos Civiles y Comerciales aprobada en el seno de la Conferencia de La Haya el pasado 2 de julio de 2019, que dedica su artículo más extenso a la regulación de la jurisdicción indirecta (artículo 5°). Lo cual es una demostración palmaria de la importancia que los estados asignan al tema de la jurisdicción, directa e indirecta<sup>10</sup>. Ponerse de acuerdo en materia de eficacia de la sentencia extranjera, supone necesariamente acordar, al menos, determinados criterios básicos de jurisdicción. Y el reconocimiento de fallos extranjeros es un pilar básico del acceso a la Justicia, pues de otro modo la acción de la Justicia es ilusoria. Todas estas cuestiones elevan el tema de la jurisdicción y los problemas que esta plantea a un primer nivel en relación al derecho de acceso a la Justicia.

<sup>9</sup> Todos sabemos que hay personas que por su condición personal y social no pueden encarar como partes la atención de un proceso en el extranjero. Es muy común que los inmigrantes de condición vulnerable deban enfrentar procesos de pérdida de patria potestad promovidos en su país de origen, por ejemplo, y que carecen de toda posibilidad razonable de defensa. Pero aun dejando de lado estos casos extremos, la dificultad es cierta y real para personas de condición media y para empresas pequeñas o medianas. Cuando el foro es muy lejano, la dificultad se acrecienta y afecta a cualquier tipo de demandado.

<sup>10</sup> Será porque se trata de una de las funciones esenciales del estado (administrar Justicia), que a su vez es ejercida por un Poder del Estado (Poder Judicial, parte de la división tripartita de los estados democráticos modernos), lo cierto es que siempre ha resultado compleja, sobre todo en estas latitudes (ya que Europa solucionó gran parte de sus problemas a partir de 1968), el tema de la suscripción y ratificación de tratados en materia de jurisdicción, directa o indirecta.

Más allá de la promoción de los foros razonables, suficientemente conectados a los hechos de la causa, frente a las conexiones exorbitantes o abusivas, sentimos que todavía no se ha dicho la última palabra en ciertos temas atinentes a la jurisdicción, al menos en nuestra región. América padece una aguda escasez de normativa de fuente internacional en materia de jurisdicción, los textos que hay son antiguos, y vigentes entre sectores muy limitados de estados. Es este, sin duda, el deber pendiente más importante de la región en materia de Dip, y para abordarlo debemos tomar posición sobre algunos problemas específicos.

Proponemos por tanto analizar los siguientes, sin perjuicio que se puedan aportar otros.

**-Forum non conveniens**, que primer Proyecto Argentino de 1998/9 contemplaba, luego dejado de lado. Sobre este instituto, que nos viene del derecho anglosajón, mucho se ha discutido y se discute, y existen posiciones y soluciones de derecho positivo encontradas. Como siempre pasa hay ejemplos para ambos lados. Quizás el instituto, en su estado puro, es decir como mecanismo para que un determinado asunto sea resuelto en definitiva por el Juez más conectado con las circunstancias del caso, pueda ser defendible. Ahora bien, utilizado como pretexto para no tener que ocuparse de un caso complicado, resulta deleznable. Como en tantos otros temas de Dip (reenvío, cuestión previa, por ejemplo), resulta muy difícil legislar de modo general, porque son las circunstancias del caso concreto las que mejor nos pueden acercar a una solución específica razonable.

**-Foro de sumisión**. Argentina tiene una larga tradición en este sentido y lo ha consagrado para los temas patrimoniales, más allá de ciertas críticas por insuficiencia de dicha consagración. Sin embargo aún existen resistencias o limitaciones en cierta parte del derecho positivo, véase por ejemplo, la consagración que hace el Protocolo de Jurisdicción en Materia Contractual de Buenos Aires y la Convención sobre Competencia para la Eficacia de las Sentencias de La Paz de 1984. En algunos países, como Uruguay por ejemplo, hay aun fuertes resistencias a la elección absolutamente libre de foro por parte de los contratantes, esto porque, se dice, que en

el ámbito internacional por lo general no hay elección libre, sino imposición del foro por parte del contratante más fuerte sobre el otro<sup>11</sup>. Entonces, como contrapeso de esa libertad, ciertas normas de la región establecen algún tipo de acotamiento a la misma: aceptan solo forma escrita, debe existir razonable conexión del foro elegido con el objeto del litigio, que no haya existido imposición abusiva de la jurisdicción<sup>12</sup>.

**-Ampliación de la esfera competencial por la conexidad.**

Este fenómeno, que en la esfera interna se da pero no tiene tanto dramatismo, en la esfera internacional pone a menudo en crisis el tema del acceso a la Justicia, porque convoca a litigantes totalmente extraños al foro. Cuando hablamos de ampliación de la esfera competencial del Juez de determinado país, por razones de conexidad (litigios conexos), nos referimos a múltiples hipótesis: ampliación desmedida de las personas demandadas<sup>13</sup>, citaciones en garantía u otro tipo de intervención provocada de terceros (no voluntarias), reconvencción contra terceros, todo lo cual muchas veces afecta el derecho y la posibilidad de un litigante totalmente extraño al foro de ejercer razonablemente su defensa. El incremento del comercio internacional, las cadenas de valor internacionales, y otras realidades del mundo moderno, hacen que cada vez más los litigantes recurran, dentro del amplio espectro de tácticas defensivas, a los referidos institutos procesales. Pues es sabido que la convocatoria de un tercero domiciliado en el extranjero al proceso, más allá de requerir tramitar localmente la controversia sobre la viabilidad de la convocatoria, conlleva irremediable-

<sup>11</sup> No nos referimos a los contratos entre partes fuertes y partes débiles (trabajador, consumidor) en estos casos no hay problema, sino a los contratos entre partes –supuestamente- iguales.

<sup>12</sup> Artículo 1° literal D para contratos mercantiles en la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras y Artículo 4° del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en Materia Contractual.

<sup>13</sup> Este recurso es usado muy frecuentemente en el arbitraje de manera aviesa, cuando una parte intenta escapar al arbitraje pactado, ampliando artificialmente la esfera subjetiva de los demandados.

mente el trámite de la notificación al mismo, que muchas veces “congela” el proceso por meses o años. El uso de esta “herramienta táctica” viene siendo cada vez más frecuente, pues siempre provoca una gran demora, más aún si el tercero a emplazar está en un país lejano y de diferente idioma, pues se requiere realizar traducciones, exhortar por la Autoridad Central, o bien utilizar vía particular, la cual se maneja en definitiva a antojo del peticionante. Se trata de uno de los temas más difíciles de reglamentar, con mayor razón aún en el ámbito internacional, pero que sin duda impacta por varios flancos toda la temática del derecho de acceso a la Justicia: el del tercero convocado que se domicilia muchas veces muy distante del foro que lo convoca; el del actor que debe sentarse a esperar meses o años a que el demandado urja la convocatoria; y, posiblemente, también el de cualquier demandado que contesta en tiempo y forma y debe esperar que se notifique a otro demandado en el exterior (que quizás tenga muy poco que ver con el tema de fondo), mientras que el proceso queda paralizado.

#### **-Especialización o subespecialización a nivel jurisdiccional.-**

Como vimos los casos internacionales son resueltos por jueces nacionales, porque no existen tribunales internacionales. Pero los jueces nacionales que los resuelven carecen de especialización en materia de Dip. Quizás esté llegando la hora de pensar, hacia la esfera interna de los estados, en una nueva especialización judicial por materia, en atención al aumento estadístico de estos casos y, también, al grado creciente de destrezas específicas que requiere el manejo de este tipo de situaciones<sup>14</sup>. Algo se ha avanzado en este sentido en la dirección correcta, a través de los siguientes formatos, que estimo deberían profundizarse y generalizarse:

<sup>14</sup> No me refiero solamente al conocimiento de la normativa existente (tanto de fuente nacional como tratados), sin duda imprescindible para el manejo de estos casos, sino también al estado del espíritu especial de comprensión, conocimiento y respeto por el derecho extranjero, por las situaciones adquiridas al amparo del derecho extranjero, que se requieren para abordar estos casos.

-jueces de enlace, mecanismo emergente de la Conferencia de La Haya, que trasmite materiales y experticia a determinados jueces de un sistema para que se transformen en orientadores de sus colegas en la aplicación de determinadas Convenciones, sobre todo en materia de familia.

-sub o semi especializaciones a nivel de la Justicia de Familia. Este mecanismo que está siendo utilizado en muchos países, generalmente dentro de la jurisdicción de familia en lo que al ámbito internacional refiere, supone que los asuntos de familia internacionales (como las restituciones de menores por ejemplo, procesos de matriz sumamente compleja y sensible), no van a cualquier juez o tribunal de familia, sino a uno o más que están especializados en ellos, que no solo conocen la normativa sino también las guías prácticas para su mejor aplicación, y otros insumos (principios, guías explicativas, doctrina y jurisprudencia internacional, etc.).

## ***2.- Temas relativos a la cooperación.***

Como dijimos antes, mucho se ha avanzado en esta materia, pero entendemos que queda mucho camino aún por recorrer, sobre todo en la parte práctica y formal. Proponemos abordar y examinar los siguientes temas:

- **Facilitación de las notificaciones internacionales.** Soy de los acérrimos defensores de la Convención de Exhortos y Cartas Rogatorias, de Panamá 1975, que tiene una amplia lista de estados ratificantes, entre ellos muchos de América Latina, Estados Unidos, y también a España como adherente. Pero ha pasado un tiempito, y debemos actualizar esa magnífica Convención incorporando los medios de comunicación electrónica, como así también promover y desarrollar la vía particular, mediante utilización de los fedatarios, correos privados, etc. En el estado actual del desarrollo de la tecnología, casi que no tiene más sentido la existencia del exhorto físico, debemos implementar urgentemente la vía del exhorto electrónico. Asimismo, ocurriría un importante descongestionamiento del trabajo de las autoridades centrales, si se habilitara un mecanismo superador de la ya prevista vía priva-

da<sup>15</sup>, permitiendo la actuación combinada de fedatarios públicos en el país de origen (o, inclusive, en ambos países) y los correos privados certificados. No creo que este tipo de sistemas desemboque en más problemas que el actual, inclusive se puede contar con más medios técnicos para cerciorarse de la efectividad de la notificación (grabación o filmación).

- **Traducción.** En muchas ocasiones los costos de la traducción ponen en crisis el derecho de acceso a la Justicia. Creo que en esta materia debemos plantearnos realmente si, en todos los casos, existe realmente en la actualidad la necesidad de traducción, y, también, de qué documentos (solo la demanda o también toda la documentación que la acompaña). Hay alguna normativa que ha comenzado a atender estos temas (CGP de Uruguay y el Protocolo Iberoamericano de Cooperación Judicial Internacional). Pero hay mucho por avanzar para evitar gastos excesivos e innecesarios, levantando así impedimentos o dificultades que cargan excesivamente a ciertos litigantes en los litigios internacionales.

- **Notificación a plataformas o direcciones de e:mail.** (futuros demandados fantasmas). Se trata de un tema reciente, creciente y crucial, en torno al derecho de acceso a la Justicia. Sobre todo en materia de relaciones de consumo, es cada vez más frecuente que se realicen contratos de compra de bienes y contratación de servicios por internet, en los cuales los contratantes no solo no se conocen, sino que, además, desconocen sus domicilios físicos recíprocos. Adquisición de bienes corporales mediante la red en el extranjero, compra de pasajes internacionales (incluimos excursiones, viajes, etc.), contratación de seguros de todo tipo (de seguros médicos, por ejemplo), son cada vez más comunes en la red. Pues bien, cuando el producto comprado no satisface o cuando el servicio contratado no se presta (o se presta en forma incompleta o defectuosa) y sobreviene la necesidad de hacer un reclamo, nos encontramos con que no conocemos, o no podemos acceder, o está muy lejos, el

<sup>15</sup> No ya para retirar el exhorto del juzgado, apostillarlo y enviarlo a un abogado del país requerido para que lo ingrese en otro juzgado del estado requerido para que este se ocupe de hacer la notificación.

domicilio físico del futuro demandado. Nuestros sistemas procesales por varios siglos han estado basados en los domicilios físicos de las partes<sup>16</sup>. Porque el único espacio que existía era, precisamente, el espacio físico. Pero desde que existe el ciberespacio, que es un espacio virtual, se ha comprobado que la normativa existente resulta insuficiente. El tema debe ser abordado con urgencia, puede hacerse desde varios ángulos. Por ejemplo estimo que, a esta altura, parece imprescindible legislar en pro de la validación de los domicilios cibernéticos (direcciones de e:mail) para efectuar en ellos las notificaciones procesales, incluida la citación a mediación y la demanda (como se hace, comúnmente, en los sistemas internos procesales y en los arbitrajes internacionales). Se me podrá decir que no se gana nada, porque si no se contestara la citación o demanda, seguiríamos pleiteando en rebeldía contra un demandado fantasma. Sin embargo pienso que sería un gran adelanto para estos casos, porque nadie podría razonablemente asumir el riesgo, enterado, de no comparecer. También se podría avanzar legislando para imponer la obligación -o carga- a quién vende u ofrece servicios a través de la red (más aún en el ámbito internacional) de indicar siempre el domicilio físico de la persona jurídica o física que lo ofrece, bajo apercibimiento de que si no lo hace, se tendrán por válidas las notificaciones realizadas en la dirección electrónica, a todos los efectos legales. El tema de las plataformas o direcciones de mail fantasmas o innominadas, trasciende la esfera civil, e ingresa también en el ámbito penal, la jurisprudencia internacional nos da ejemplos de este tipo de situaciones, siempre de difícil resolución<sup>17</sup>. Pero como por algo debemos empezar, parece claro ya, a

<sup>16</sup> En realidad todo el sistema Dip, desde los Estatutarios, pasando por Savigny, y hasta fines del siglo pasado, estuvo basado en el espacio físico y su compartimentación en los órdenes jurídicos de los estados, mediante la territorialización de todos los elementos de una relación jurídica (personas, objetos, actos jurídicos, hechos jurídicos, leyes, jurisdicciones, etc.)

<sup>17</sup> Por ejemplo delitos cometidos o daños producidos desde un lugar no sometido a jurisdicción de ningún estado, o que no se puede determinar el lugar.

esta altura en la época que vivimos, que debemos pensar en establecer y regular la validación de direcciones legales virtuales para que merezcan idéntico tratamiento que los domicilios físicos.

- **Posibilidad de Audiencias a distancia.** (como se hace habitualmente en los temas de familia, restitución, por ejemplo). Los instrumentos emergentes de la Cumbre Judicial Iberoamericana, como el Protocolo de Cooperación Judicial Internacional<sup>18</sup>, han previsto este sistema para las declaraciones de testigos y partes a distancia en tiempo real. Hay alguna normativa que lo prevé, en otras áreas específicas. En Uruguay, aún sin norma que expresamente lo prevea, y como nada lo prohíbe, se realizan muchas veces, con el acuerdo de las partes y la anuencia del Juzgado, audiencias a distancia (frecuentemente interrogatorio de testigos, por ejemplo). El avance de la tecnología de las comunicaciones nos llevará pronto, seguramente, a la generalización y flexibilización de este tipo de mecanismos, hoy de utilización incipiente, por los árbitros en mayor escala, pero también por los jueces.

- **Acuerdo y decisiones interjurisdiccionales.** Me refiero a la posibilidad de que determinadas decisiones puedan ser resorte de más de un juez, o sea dos jueces de países diferentes que actúan de manera concomitante y coordinadamente. La práctica misma ha sido quién ha permitido el funcionamiento de este discutible mecanismo, por calificarlo de algún modo, desde la perspectiva del Dip tradicional, muy preocupado en distinguir y delimitar de manera precisa, en los mecanismos de cooperación judicial internacional tradicional, que aspectos han de regularse y resolverse por la ley y el juez requirente y cuales otros por la ley y el juez requeridos. Sin embargo la realidad, que nos guste o no, arrasa con todo, ha provocado que en los tan delicados pedidos de restitución internacional de menores, se hayan puesto en práctica con éxito este tipo de experiencias, obviamente favorecidas

<sup>18</sup> Este Protocolo, no es Tratado ni Ley, es un Acuerdo que emergió de la Cumbre Iberoamericana de Supremas Cortes de Justicia de Iberoamérica, de hace unos años, que contiene avances y soluciones audaces en muchos temas.

por el desarrollo de las tecnologías, mediante la celebración de audiencias a distancia con presencia on line de las partes y sus abogados. No me cabe duda que la realidad nos llevará a la generalización de este tipo de soluciones, por ejemplo en los casos de cooperación probatoria. El juez exhortado puede estar presente en la audiencia en la que se recaba la prueba (interrogatorio de testigos, peritos o partes, por ejemplo), pero el Juez requirente, que será en definitiva quién va a evaluar la referida prueba, si puede “estar presente” en la audiencia en tiempo real, será quién lleve el mayor protagonismo (repreguntas, decisión sobre la pertinencia o no de una pregunta, etc.), pudiendo las partes y sus abogados estar presentes en cualquiera de los dos foros. Este tipo de situaciones, de “audiencias compartidas” puede plantear algunas complejidades, inclusive de ejercicio extraterritorial de profesiones liberales, pero creo que aportará más soluciones que problemas y favorecerá un principio fundamental del derecho procesal actual, que es el de la inmediación.

En definitiva, en materia de cooperación judicial internacional, si bien se trata de un ámbito suficientemente regulado, existen situaciones y nichos en los que podemos y debemos avanzar mucho más, a través de soluciones prácticas y realistas que nos aporta la tecnología y que habrán de facilitar mucho el acceso a la Justicia y superando escollos y gastos inútiles.

### **3.- Eficacia de Sentencias extranjeras.**

Quizás sea la cuestión más trascendente para hacer efectivo el derecho de acceso a la Justicia, porque si obtengo una sentencia y la misma no es reconocida en el extranjero, se produce la quiebra todo el sistema. Se trata de un tema muy extenso, pasible de múltiples enfoques, que involucra cuestiones filosóficas, políticas, jurídicas, etc. Proponemos algunas disyuntivas.

**-Eficacia automática o exequatur.** Esta situación se refiere al tema procedimental en el estado receptor del fallo, tradicionalmente los sistemas positivos procesales de los estados, preveían la realización de un procedimiento especial de validación para el

reconocimiento de las sentencias extranjeras<sup>19</sup>, en especial para las sentencias de condena<sup>20</sup>, conocido como *exequatur*. En general, los tratados internacionales, no innovaron en este aspecto, confiando la solución mediante una norma de tipo formal, a las reglas de procedimiento interno del estado receptor. En algunos espacios integrados como el europeo, se ha avanzado hacia la supresión del *exequatur*, o sea la validación automática, salvo ciertas excepciones o que exista oposición, en cuyo caso si se debe materializar una suerte de reconocimiento<sup>21</sup>. Lo que está en juego es decidir si corresponde o es bueno someter una decisión extranjera recaída tras un largo proceso, que ha quedado firme seguramente luego de varias instancias, cuando el fallo no se cumple voluntariamente y es necesario invocarla en el extranjero, a un nuevo proceso. Este nuevo proceso, ha de suponer, seguramente, un nuevo obstáculo y una nueva demora para la realización efectiva de las Justicia, pues si bien en general, tanto la academia como la nor-

<sup>19</sup> Siempre se ha discutido cual es la razón por la cual ciertos documentos, como una partida de estado civil o un testamento o un contrato social, pueden alcanzar cierto nivel automático de reconocimiento y una sentencia no. Esta interrogante ha revestido gran actualidad, en el abordaje por parte de la Conferencia de La Haya de los temas de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y Maternidad Subrogada, según nos cuentan María Mercedes Albornoz y Nieve Rubaja, en su muy interesante y actualizado trabajo sobre “Los Desafíos en la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución” publicado recientemente en el libro de las Jornadas 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889, Editorial FCU, Montevideo, junio de 2019, páginas 670 y 671.

<sup>20</sup> También se ha discutido si se justifica aún el diferente tratamiento que le dan comúnmente los derechos positivos de los estados, a las sentencias extranjeras declarativas y constitutivas, frente a las sentencias extranjeras de condena, sometiendo estas últimas a mayores rigurosidades.

<sup>21</sup> La eliminación del *exequatur*, según nos cuenta el Profesor Javier Ochoa en su reciente Tesis sobre el tema, comenzó por las sentencias relativas a temas matrimoniales, luego los alimentos, pasando luego a la materia patrimonial, mediante la consagración del título ejecutivo europeo, otro paso fue el establecimiento de un proceso monitorio, todo basado en que estadísticamente, el 90 % de los procesos de *exequatur* fue exitoso, y que se recibieron oposiciones entre un 1 y un 5 % de los casos.

mativa, sostienen que debiera consistir en un análisis simplemente de cumplimiento de formas procedimentales (sin revisión sobre el mérito o fondo del asunto), en la realidad a veces se deforma y excede lo que debió ser su naturaleza, para transformarse en un nuevo análisis o cotejo de contenidos. En ocasiones, tanto el control de la jurisdicción indirecta, como la confrontación con el orden público internacional del estado receptor del fallo, y aún otras circunstancias, suelen enturbiar y complicar lo que debe ser un simple análisis de cumplimiento de garantías del debido proceso y ejecutoriedad del fallo.

El tema, que tiene relación con la esencia del Dip (en tanto sistema de reconocimiento de la existencia, actividad jurídica y “productos jurídicos” de los órdenes jurídicos extranjeros), tiene que ver sin duda con la evolución histórica de nuestra materia. Estimamos que la evolución –al menos la deseada- debería ser en favor del reconocimiento automático (supresión del exequatur, mínimamente en su actual configuración), pero sentimos que estamos aún lejos de ese supuesto ideal, tanto en la región como en el mundo. Vean que la Convención más moderna, aprobada hace dos meses en el ámbito de la Conferencia de La Haya, no es muy audaz en este aspecto, pues el artículo 13 confía el procedimiento a la ley del estado requerido, solo se anima a imponerle una obligación genérica de actuar de manera expedita<sup>22</sup>. En nuestra región (Con-

<sup>22</sup> En las etapas de elaboración (trabajos preparatorios que llevaron largo tiempo) tuve reflexiones sumamente críticas con esta Convención. Sin haber realizado un análisis profundo, creo que, en general, las cláusulas de compatibilidad especiales que contiene, salvan algunas de aquellas críticas. Su carácter absolutamente global, es también explicación de la complejidad y extensa redacción de algunas de sus disposiciones. No obstante sigo pensando que el encare a nivel global de este tipo de temas tan trascendentes, justifican un abordaje por capítulos o etapas diferentes de integración para diversos grupos de estados, similar a lo que se realiza a nivel de integración comercial, cuando es necesario integrar estados diferentes (ya sea en su tamaño o en su grado de desarrollo), se legisla “a diferentes velocidades” lo que es concebible también a nivel jurídico, y especialmente en relación al reconocimiento de fallos extranjeros.

vención de CIDIP II sobre Eficacia ...) y en nuestra subregión (Protocolo de Las Leñas), tenemos regulación bastante moderna y adecuada, solo queda en el debe el abordaje mediante norma supranacional material de la jurisdicción indirecta, lo que evitaría la regulación territorial del tema por la ley del estado receptor que es la regla. Pero en materia de exequatur, seguimos dependiendo de la solución procedimental interna, y no existen ni siquiera atisbos de ningún tipo de cambio.

**-¿Qué controles debe o puede exigir la normativa de un estado para el fallo extranjero, sin que los mismos supongan un menoscabo al derecho de acceso a la justicia?**

Más allá de la existencia o no de un procedimiento especial dirigido a comprobar el cumplimiento de los requisitos, siguen existiendo algunas discusiones acerca cuales son los que deben exigirse, y, sobre todo, en relación al alcance de alguno de ellos. Sigue siendo un principio básico, consagrado positivamente en algunos textos, la no revisión del mérito de la causa (incluyendo la ley aplicable), limitando el eventual control de contenidos a los casos en que existe una incompatibilidad absoluta con normas y principios esenciales del estado receptor (orden público internacional). Aunque también en esta materia se nota una evolución que va restringiendo el concepto, exigiendo que la contradicción sea manifiesta, e, inclusive, postulando una tolerancia mayor que en la aplicación del instituto frente a la ley extranjera, pues una sentencia es ya una situación jurídica consolidada, frente a la que debe actuarse con una tolerancia mayor.

No hay demasiadas novedades en relación a los cuatro requisitos típicos que ya estaban presentes en el Tratado de Derecho Procesal de 1889 (juez competente, garantías del debido proceso, fallo firme y no oposición al orden público del estado receptor) los mismos pueden claramente rastrearse y encontrarse en la moderna Convención de La Haya, cuidadosamente reglamentados.

Si puede decirse que la moderna doctrina, en consonancia con el principio pro eficacia (favor recognitionis), tiende a la flexibilización del rigor de los requisitos, inclusive a la relajación de las exigencias

de prueba de tales requisitos, como así también a que se atribuya el examen de los mismos a un órgano de instancia y no sea reservado a las Cortes Supremas como es común en algunos sistemas positivos.

**-Inmidades (de Jurisdicción y de Ejecución)** y su posible convivencia con el derecho de acceso a la justicia. No debemos olvidar que el sistema de inmidades se extiende a los estados extranjeros, pero también a sus autoridades, en especial a quienes desempeñan funciones en el extranjero o sea los diplomáticos (embajadores, cónsules, y personal superior de embajadas y consulados); también poseen generalmente inmidades los organismos internacionales, las que están consagradas a través de los Convenios de Sede. Todas estas cuestiones suponen, en muchos casos, restricciones severas, a veces definitivas, para el acceso a la Justicia. Las reclamaciones contra estados extranjeros y sus diplomáticos pueden solucionarse demandando en el propio estado de origen, claro que esta posibilidad en muchos casos puede resultar difícil o imposible (según la distancia del estado del cual se trate, y según sea el caso, relación laboral, accidente, etc.). En muchos estados hay leyes y también posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, que han limitado el alcance de la inmidad (esta ha sido la tendencia) en base a criterios diversos (actos *juri imperii* y *juri gestionis*, casos de dolo o dolo eventual, derechos reales como los que protegen el pago de expensas, etc.). En relación a los organismos internacionales la situación a veces es aún más compleja, porque no existe ninguna posibilidad, salvo la de demandar al estado propio por haber firmado el Convenio Sede y haber impedido de ese modo toda posibilidad de acceso a la Justicia en un caso concreto a un ciudadano local.

## **VI. Conclusiones.-**

Muchas conclusiones pueden extraerse de las precedentes reflexiones, algunas de ellas han sido expuestas en el transcurso del relato. Pero la elaboración final de las mismas merece tomar en cuenta el aporte esencial de todos los ponentes y asistentes al Con-

greso, como así también el intercambio de pareceres y opiniones en las respectivas sesiones, todo lo cual contribuirá en forma decisiva a la elaboración de las mismas, enriqueciéndolas y dotándolas de un grado mayor de fundamento y objetividad.

**SECCIÓN**

**DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**



# **LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL COMO ESCENARIOS POSIBLES PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ: ASPECTOS FUNDAMENTALES SOBRE CIUDADANÍA, EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN**

*REGIONAL INTEGRATION PROCESSES AS POSSIBLE  
SCENARIOS FOR THE CONSOLIDATION OF PEACE:  
FUNDAMENTAL ASPECTS OF CITIZENSHIP, IMMIGRATION  
AND MIGRATION*

*RELATOR: Prof. Dr. SANTIAGO DELUCA\**

## **RESUMEN**

En el marco de la reorganización de las reglas del comercio internacional, luego de la II Guerra Mundial, los Estados renunciaron voluntariamente a cuotas de su soberanía y las delegaron en organizaciones internacionales como la Unión Europea y el Mercosur.

Estos procesos de integración se desenvuelven al amparo de las reglas del GATT y la hoy Organización Mundial del Comercio, ya que la economía es el motor principal para consolidarlos como verdaderas comunidades económicas, políticas, sociales y culturales en beneficio de sus ciudadanos.

\* Abogado UBA. Doctor en Derecho (URJC I, Madrid). Especializado en Derecho de la Competencia Europeo y Español (URJC I), Estudios Internacionales (SEI Madrid) y Administración y Gestión de Instituciones Públicas (UNL). Profesor Titular USAL, UBA y UCES. Investigador Principal del CEIDIE (UBA). Preside la Asociación de Estudios de Integración (AdEI). Autor y coautor de libros y artículos en revistas de la especialidad. Ex Secretario del Tribunal Permanente de revisión del Mercosur (2008/2011).

Estas comunidades se presentan como herramientas aptas para la consolidación de la paz y revitalizan una concepción humanista que considera al ciudadano eje central de sus esfuerzos.

### *ABSTRACT*

In the way of the international trade rules reorganization, after World War II, States voluntarily renounced quotas of their sovereignty and delegated them to international organizations such as the European Union and Mercosur.

These integration processes work under the rules of GATT and the current World Trade Organization rules, because of the economy is the main engine to consolidate them as true economic, political, social and cultural communities for the benefit of their citizens.

These communities are presented as suitable tools for the peace consolidation and revitalize a humanistic conception that considers the citizen as the central axis of their efforts.

### **PALABRAS CLAVE**

Organización Mundial del Comercio – Integración Regional – Unión Europea – Mercosur – Comercio Justo

### *KEYWORDS*

World Trade Organization – Regional Integration – European Union – Mercosur – Fair Trade

### **SUMARIO**

Introducción. 1. La inserción de los procesos de integración desde la perspectiva política. 1.1 Utilización política de los procesos de integración como medio de presión. 1.2 La Teoría de la Integración Inversa y la construcción de la integración. 1.2.1. El Acuerdo en Principio Mercosur - Unión Europea. 2. Origen de los procesos

de integración. 2.1. Las reglas del comercio internacional como herramienta para el mantenimiento de la paz. 2.2 La construcción europea como puntapié inicial. 2.3. La experiencia latinoamericana. 3. Integración regional e identidad ciudadana como visión positiva de la integración. 3.1. El comercio justo como visión humanista de los procesos de integración. 3.2. Los ODS 2030 de la ONU y su relación con las migraciones, situaciones de extranjería y ciudadanía. 3.3. Desafíos y acciones desde los espacios integrados. Conclusiones. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Dar respuesta adecuada a la temática propuesta para el relato de este año obliga desde estas palabras preliminares a puntualizar que las organizaciones denominadas de integración son aquellas cuyos órganos reciben competencias tradicionalmente comprendidas dentro de los poderes soberanos de sus Estados miembros, a cuyo ejercicio renuncian voluntariamente<sup>1</sup>.

Esa acción positiva se estructuró bajo un andamiaje jurídico internacional desarrollado coetáneamente con el fin de la II Guerra Mundial y la reorganización de la comunidad internacional. Tanto desde el punto de vista geopolítico como de la reconstrucción de las reglas preconcebidas para el desarrollo del comercio internacional.

Como mejor forma de contención de instancias belicosas esa proyección de voluntades políticas de los Estados se ajustó, y aun hoy continúa haciéndolo, a esquemas jurídicos basados en herramientas de índole económica-comercial. Aunque sin dejar de considerar al ser humano el destinatario único y último de los beneficios que este nuevo paradigma axiológico debía arrojar como resultado.

Sin embargo, fácil es advertir que la creación y desenvolvimiento de estos procesos integracionistas se presentó en forma lenta, gradual, atravesando distintas etapas. Desde la conformación de zo-

<sup>1</sup> Sobre el concepto de soberanía y su evolución BARBERIS, JULIO A. *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Ábaco, 2003, caps. VI y VII.

nas de libre comercio, a uniones aduaneras y comunidades económicas, hasta llegar a la formación de una unión<sup>2</sup>.

Con ello, también es fácil caer en la tentación de la visión mercantilista que sostiene que la integración es sólo economía. Afirmación errada, que a poco que se profundice en el análisis de las manifestaciones de los padres fundadores de los procesos más consolidados a la fecha podrá advertirse que la economía es un motor, una herramienta encaminada a consolidar cada uno de estos espacios como verdaderas comunidades económicas, políticas, sociales y culturales. Siempre en beneficio de sus ciudadanos.

Y así sucedió. En mayor o menor medida, en los últimos 70 años, cada espacio integrado desplegó acciones individuales, conjuntas o –incluso– en el seno de los compromisos asumidos por la comunidad internacional toda de la mano de la Organización de las Naciones Unidas, que se encaminan a considerar al hombre como el principal sujeto de derechos y beneficiario de sus logros.

Pero esos ideales implican esfuerzo, ya que los resultados a veces no se alcanzan y no siempre son adecuadamente percibidos por los ciudadanos. Por ello, desde cada proyecto de integración se utilizan diversas estrategias para no desatender ese aspecto vital representado por el comercio internacional –como generador de recursos– y encarar cuestiones sensibles desde el punto de vista humanista.

Entre ellas cabe señalar, principalmente, la materialización de los derechos y obligaciones que implica el concepto de “*ciudadano del mundo*”, con las consecuencias generadas a raíz de los movimientos migratorios y variadas situaciones ligadas a cuestiones de extranjería.

Por ese motivo, convencido de la necesidad de profundizar los procesos de integración como herramientas para la consolidación de la paz y el diálogo entre los Estados en aras a obtener una me-

<sup>2</sup> Sobre las tipologías de los esquemas de integración VILLANUEVA, JAVIER “Los esquemas analíticos de la integración económica”, en Boletín de Lecturas Sociales y Económicas, UCA, FCSE, año 3 N° 15.

jora real en las condiciones de vida de sus ciudadanos, en las próximas líneas abordaré la temática dejando en claro su inserción política, la necesidad de su estructuración jurídica a la luz de herramientas de índole económica-comercial y la necesidad de revitalizar una concepción humanista que considere al ciudadano eje central de todos sus esfuerzos.

### **1. La inserción de los procesos de integración desde la perspectiva política.**

Para comprender el fenómeno de la integración regional se debe partir de considerar que, frente a las guerras, la comunidad internacional estableció un *estatus quo* basado en herramientas de cooperación en materia económica-comercial<sup>3</sup>.

Luego del fracaso de creación de la Organización Internacional de Comercio<sup>4</sup> y hasta la puesta en funcionamiento de la Organización Mundial de Comercio<sup>5</sup>, esa nueva construcción se materializó

<sup>3</sup> Económica-comercial debido a que entre otros tantos factores detonantes de la II Guerra uno no menos importante que las condiciones avasallantes impuestas en el Tratado de Versalles se vio representado por una férrea política económica proteccionista, basada en programas de reindustrialización mediante sustitución de importaciones. Y para lograrlo se aumentaron indiscriminadamente los aranceles a la importación de mercadería extranjera para impedir de esa forma su ingreso. Esta fue la estrategia desplegada principalmente en Alemania, que generó su aislamiento en el ámbito del comercio internacional y un encarecimiento de sus productos como consecuencia de un fuerte proceso inflacionario.

<sup>4</sup> De la mano de los Acuerdos alcanzados en la reunión de Bretton Woods, convocada a instancias de los Estados Unidos, se propuso su creación. Su objeto era funcionar como un organismo especializado en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para establecer reglas de carácter obligatorio en materia económico-comercial.

<sup>5</sup> Luego del inicio de la Ronda de Uruguay a principios de la década del '80, tras años de negociaciones, el 15 de abril de 1994 los ministros de los 123 gobiernos participantes firmaron el Acuerdo que le dio origen mediante un Acta en la reunión celebrada en Marrakech, Marruecos. Ampliar en NEGRO, SANDRA "Nacimiento y Evolución del Sistema GATT/OMC" en CORREA, CARLOS (Coord.) *Comercio Internacional: del GATT a la OMC*, Eudeba 2010.

con la firma de un instrumento jurídico internacional voluntario conocido como GATT'47 -por sus siglas en inglés-<sup>6</sup>, que reflejó los nuevos principios rectores de las relaciones del comercio internacional entre Estados.

Esta construcción jurídico-económica motivó la generación de una serie de proposiciones que permitieron coordinar disímiles posturas estatales al explicar las formas de trabajo conjunto que se entendían posibles. Todas encaminadas al logro de objetivos concretos en el manejo integrado del comercio internacional, la explotación de los factores de la producción<sup>7</sup> y el establecimiento de una planificación política sostenible.

De tal forma, se presentaron una serie de teorías que dieron explicación al nuevo fenómeno desde las relaciones internacionales, algunas incluso anteriores a la entrada en vigor del GATT'47 y la firma del Tratado de París de 1951<sup>8</sup>.

La teoría *funcionalista*, resaltaba las funciones que debía cumplir la sociedad internacional para suplir las necesidades de la humanidad cuando estas sobrepasaban sus fronteras y sostenía que las relaciones entre Estados habían adquirido una dimensión tal que debían acudir a la cooperación internacional para instalar un sistema de paz. Proponía crear instituciones supraestatales capaces de cumplir funciones específicamente delegadas por los Estados y planteaba la necesidad de contar con organismos especializados técnicos sin participación estatal, cuyos resultados da-

<sup>6</sup> Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles, suscripto el 30 de octubre de 1947. Sobre la visión histórica se recomienda ELKIN, NATAN "Países Latinoamericanos frente al GATT", documento de trabajo presentado en 1983 al entonces director del INTAL, Dr. Eduardo R. Conesa.

<sup>7</sup> Bienes, servicios, capital y, mal que nos pese, personas.

<sup>8</sup> Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA). Primer pilar jurídico y político de lo que hoy se conoce como Unión Europea desde la entrada en vigencia en enero de 2009 del Tratado de Lisboa.

rían origen a nuevas delegaciones de competencias por parte de los Estados<sup>9</sup>.

La teoría *neofuncionalista*, tras resaltar las debilidades de su antecesora, consideraba que la eficiencia de la integración estaba supeditada a la magnitud de los beneficios que recibían los Estados más que en los propósitos en sí mismos. Esta teoría tomó del funcionalismo la estrategia de la integración sectorial, adicionando elementos de transferencia de lealtades a instituciones supranacionales, pero involucrando en ellas también a las elites políticas y no sólo a los técnicos. La integración económica y política requería -y requiere- contar con capacidad regulatoria supraestatal para conseguir avances y éxitos<sup>10</sup>.

Por su parte, acertadamente se sostuvo que esta teoría resaltaba la importancia del sector político en el proceso de integración y negaba la validez de la hipótesis de que los países debían integrar-

<sup>9</sup> MITRANY, DAVID, *A working peace system: An argument for the functional development of international organization*, Londres 1943. Concretamente postulaba en sus consideraciones finales -pág. 111- "One cannot insist too much that such gradual functional developments would not create a new system, however strange they might appear in the light of our habitual search for a unified formal order. They would merely rationalize and develop what is already there. In all countries social activities, in the widest sense of the term, are organized and reorganized continually in that way. but because of the legalistic structure of the state and of our political outlook, which treat national and international society as 'two different worlds, social nature; so to speak, has not had a chance so far to take its course. Our social activities are cut off arbitrarily at the limit of the state and, if at all, are allowed to be linked to the same activities across the border only by means of uncertain and cramping political ligatures. What is here proposed is simply that these political amputations should cease. Whenever useful or necessary the several activities would be released to function as one unit throughout the length of their natural course. National problems would then appear, and would be treated, as what they are-the local segments of general problems."

<sup>10</sup> Ver y ampliar en CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA "Integración: nociones generales. Integración económica e integración regional" en NEGRO, SANDRA (Dir.), *Derecho de la Integración*, Editorial BdeF, 2018., Cap. I.

se únicamente por las utilidades económicas que obtienen, ya que el interés por los beneficios económicos no perdura en el tiempo, puesto que no se encuentra fundamentado en compromisos filosóficos e ideológicos. Los procesos políticos construidos en intereses pragmáticos son procesos frágiles y propensos a reversarse<sup>11</sup>.

Finalmente encontraremos la teoría *federalista* y la de la *cooperación interestatal o intergubernamental*. La primera, generadora de la tesis de establecer un compromiso constituyente para la creación de una autoridad superior que asumiría parte de las facultades soberanas de los Estados. La segunda, propugnaba la cooperación entre los Estados en el marco de un espacio supraestatal, pero en el cual o respecto del cual no existiría delegación de competencias soberanas, reservándose los Estados para sí la toma de decisiones de la organización.

Llegados a este punto no cabe duda de que sea cual fuere la elección de los Estados en cuanto a la fórmula para desarrollar sus acciones en el marco de un proceso de integración, queda claro que esta integración debe -necesariamente- ser de carácter “*política*”<sup>12</sup> y requiere para desplegar sus acciones de la herramienta motorizadora representada por el comercio internacional.

En resumidas cuentas, a fin de generar recursos capaces de solventar acciones encaminadas a establecer mejores condiciones de vida para sus ciudadanos en el marco de un proceso de integración, los Estados deberán establecer programas y políticas económicas-comerciales cuyos lineamientos dependerán, a su vez, de claras posturas o definiciones políticas -sean estas de carácter ambiental, social, migratorio, electoral, cultural, laboral, etc.-.

<sup>11</sup> HASS, ERNST, *Beyond the Nation-State. Functionalism and international organization*, Stanford University Press, 1964. Asimismo, se recomienda ampliar en MORATA, FRANCESC, *La Unión Europea: procesos, actores y políticas*, Editorial Ariel, 1999, quien acertadamente considera que el funcionalismo pone énfasis en los “procesos”.

<sup>12</sup> En un sentido amplio de la expresión.

### **1.1. Utilización política de los procesos de integración como medio de presión.**

La proliferación de nuevos proyectos de integración y la manifestación de reforma de los existentes permite afirmar que el modelo de mantenimiento de la paz establecido por medio de la imposición de reglas jurídicas claras y de equilibrio del comercio internacional se encuentra desvirtuado. Este tipo de acuerdos encuentra su razón de ser más como herramientas de presión orientadas al posicionamiento geopolítico de países que a la integración de sistemas económicos-comerciales o la ampliación de mercados<sup>13</sup>.

Ante este panorama cabe recordar, por ejemplo, que a diferencia de la hoy Unión Europea, que se consolida desde sus orígenes como una nueva forma de estructurar las relaciones internacionales y el comercio para la construcción de un espacio de “*desarrollo, seguridad y paz*”, el Mercosur nació como una herramienta de protección de sus Estados Parte ante la globalización del comercio internacional y sus consabidas consecuencias.

A su vez, la Unión Europea desarrolló un marcado proceso de transformación en sus 68 años de existencia, acompañado por decisiones políticas reflejadas en tratados internacionales que esta-

<sup>13</sup> Ver DELUCA, SANTIAGO, “Cambio de paradigma internacional”, en *El Derecho* de 4 de agosto de 2016. Asimismo, GIACALONE, RITA, “Regionalismo Latinoamericano: dimensiones actuales” en MELLADO, NOEMÍ (Dir.) *Regionalismo Latinoamericano: dimensiones actuales*, Lerner editora SRL 2014, p. 30, citando a Malamud y Gardini expresa “...el regionalismo latinoamericano ha dejado de ser una variable independiente con un rol importante en el cambio estructural de la región, para convertirse en instrumento para alcanzar otros objetivos de las políticas exteriores de los países que lo auspician, lo que incide en su formato y en el valor que le otorgan sus miembros.”. Por su parte, ejemplos de ello puede observarse en las dudas que se plantean en torno al TPP y la ya desistida iniciativa trasatlántica del TTIP, entre otros. Sin mencionar las diversas manifestaciones contra la integración europea que se verifican desde el Brexit a la fecha. O, quizá el caso más interesante y actual, la negociación que llevan adelante Estados Unidos, Canadá y México en torno a la reforma del NAFTA.

blecieron principios, instituciones y definieron con claridad la necesidad de eliminar o disminuir las asimetrías entre los Estados Miembros como única forma de potenciar los beneficios para sus ciudadanos. Ello, sujetándose en todo momento al cumplimiento de las reglas voluntariamente establecidas y sometiendo a la jurisdicción de un tribunal de justicia con competencias claramente determinadas; entre las que cabe destacar el *imperium* o facultad de sanción directa explícitamente atribuida<sup>14</sup>.

Por el contrario, en el caso del Mercosur, luego de su creación se verifica una crisis interna representada por una etapa de estancamiento, posteriormente resurgió con la confluencia político-ideológica de sus gobiernos, el establecimiento de diversas políticas en materia social, ambiental y de derechos humanos. También transitó por una nueva senda comercial con el establecimiento de su arancel externo común, la aprobación de su Código Aduanero, hasta llegar a la actualidad con la suscripción del denominado “*Acuerdo en Principio*” de libre comercio con la Unión Europea<sup>15</sup>.

Ahora, lo apuntado precedentemente no es de resorte exclusivo de la Unión Europea y el Mercosur, ni estos procesos de integra-

<sup>14</sup> Sobre la evolución histórica de la Unión Europea se recomienda PÉREZ BUSTAMANTE, ROGELIO, *Historia de la Unión Europea*, Librería Dykinson, 1997. También, FERNÁNDEZ NAVARRETE, DONATO, *Historia de la Unión Europea: de los orígenes al brexit*, Universidad Autónoma de Madrid, 2019. Incluso ante el brexit la propia Unión Europea se ha mostrado inflexible a la hora de transgredir o mitigar las obligaciones derivadas del artículo 50 del TUE. Tanto que frente a la hasta ahora defendida postura británica de retirarse del bloque sin un acuerdo, la mayor preocupación derivada de la eventual reinstauración de las fronteras entre Irlanda del Norte y la República de Irlanda es hoy el asunto más preocupante. Ya que ello pone en serio riesgo la continuidad del éxito del proyecto europeo como herramienta para el mantenimiento de la paz y traería aparejadas situaciones un tanto delicadas relacionadas a la movilidad de personas. La escalada de violencia en la zona, sumado a las manifestaciones de actores políticos internos representantes de las diversas posturas justifican sobremanera la preocupación.

<sup>15</sup> Presentado públicamente el pasado 28 de junio de 2019.

ción están exentos de influencias de factores internos y externos<sup>16</sup>. Otro tanto acontece, también, con la Comunidad Andina de Naciones, el SICA o el NAFTA<sup>17</sup>.

Ante tales circunstancias, los Estados individualmente y la comunidad internacional en su conjunto deben hoy analizar y definir, respetando las particularidades de cada espacio, si verdaderamente el ser humano, el hombre, el ciudadano es el destinatario de sus acciones. Y, de así serlo, establecer nuevos criterios de actuación realizables que ante los individualismos propios de cada espacio permita proyectar a toda la comunidad internacional sus beneficios.

De lo contrario, se corre el riesgo de establecer criterios de actuación disociados de las necesidades reales de la comunidad internacional, caracterizados por marcados individualismos y desconocimiento de problemáticas particulares. Aunque las consecuencias del yerro en este sentido son pasibles de generar distorsiones y conflictos incluso en países o bloques de integración que parecieran nada tener que ver con ello<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Por ejemplo, cómo reaccionar ante la globalización. Sobre el concepto, alcance y relación de globalización con los procesos de integración ver RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO, *Introducción al derecho comercial internacional*, Universidad Externado de Colombia 2009, pp. 31/102; y BERTONI, LILIANA, “La globalización y los desafíos para un nuevo consenso” en NEGRO, SANDRA, *Lecturas sobre integración regional y comercio internacional*, La Ley UBA 2012, pp. 55/73.

<sup>17</sup> Este último proceso de integración regional de marcada influencia comercialista, pero no por ello exento de matices políticos, ambientales y sociales en el marco de la letra del nuevo tratado de libre comercio denominado USMCA recientemente firmado por sus Estados Parte el 30 de noviembre de 2018.

<sup>18</sup> Quizá el ejemplo más claro y crudo que puede señalarse en las últimas décadas es el fenómeno de los movimientos migratorios forzados por conflictos armados, hambre, falta de recursos sociales, económicos, políticos, etc. que no sólo acucian a los países de mayor economía relativa o “desarrollados”. Puede señalarse también en igual sentido el impacto que continúa generando en países como Argentina, Brasil y Chile el éxodo de ciudadanos venezolanos como consecuencia de la crisis política que se vive en ese país.

Consecuentemente, las acciones de los Estados por intermedio de los procesos de integración deben ir acompañadas de mecanismos de actuación flexibles, que permitan a nivel global avanzar hacia un desarrollo económico, político y social que asegure un mejor nivel de vida para los ciudadanos en su conjunto. Mecanismos que deben basarse en normas jurídicas claras, de ágil adopción y ejecución, y dotados de estructura institucional acorde a los objetivos establecidos en los tratados creadores de cada espacio.

### **1.2. La Teoría de la Integración Inversa y la construcción de la integración.**

Si bien los primeros esbozos fueron trazados en el marco de los Encuentros de la Asociación de Estudios de Integración en el año 2014, hace unos meses tuve la oportunidad de presentar formalmente lo que llamé *Teoría de la Integración Inversa*<sup>19</sup>. Herramienta práctica de gran ayuda para comprender la forma o metodología empleada en algunos casos para llevar adelante la construcción de la integración regional.

Teoría, porque se parte de la observación, experiencia y razonamiento de la forma en que los diferentes procesos de integración se desarrollaron desde su creación, considerando sus diversos aspectos (institucional, jurídico, económico, político, etc.). De la integración, porque hablamos de crear interdependencia entre los Estados que participan de cada proyecto y crear así un nuevo espacio mediante orientaciones políticas, económicas, sociales, etc. Inversa, porque frente a objetivos grandilocuentes expresamente establecidos en sus instrumentos jurídicos, se aprecia en su ejecución una clara dispersión, reflejada en la prioridad de los Estados por crear estructuras orgánicas muchas veces anti funcionales y carentes de contenido real que le den sustento. Se crea gran cantidad de órganos de la mano de oportunismos políticos coyunturales carentes de contenido y utilidad, que luego requieren de grandes

<sup>19</sup> Su desarrollo es producto de más de 20 años de experiencia personal, profesional y académica; aunque la idea fue consecuencia de un desvelo en una noche de otoño allá por abril o mayo de 2003.

esfuerzos para su puesta en funcionamiento, incluso de cambios en sus objetivos primigenios o ausencia de resultados en sus acciones.

Es decir, ante la necesidad de contar con una estructura económica-comercial sólida y funcional que genere recursos concretos para destinar a proyectos directamente dirigidos a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos o eliminar asimetrías, se invierte la forma de ejecutar la integración anteponiendo la creación de estructura institucional, aunque ésta sea inidónea o simplemente reporte un beneficio político carente de impacto real para el propio proceso de integración<sup>20</sup>.

Incluso en algunos casos podría indagarse si la dimensión de la burocracia de algunos procesos de integración como el europeo no son excesivas con respecto a las competencias delegadas por los Estados y las acciones concretas desplegadas por sus instituciones.

La comprobación de los extremos mencionados llevará a la pregunta: ¿qué sucede entonces con la integración? Como se verá, la respuesta dependerá principalmente de la voluntad política reflejada en cada proceso de integración, de la existencia de un entramado jurídico institucional ajustado a la realidad de dicho espacio y de cada situación temporal en particular.

<sup>20</sup> Sobre el particular, DELUCA, SANTIAGO, “El MERCOSUR. Su modernización. La Teoría de la integración inversa” en *Revista Jurídica Franco-Argentina/Revue Juridique Franco-Argentine*, Número 1 - Mayo 2019 - IJ-DCCXL-104. Incluso en algunos casos podría indagarse si la dimensión de la burocracia de algunos procesos de integración como el europeo no son excesivas con respecto a las competencias delegadas por los Estados y las acciones concretas desplegadas por sus instituciones. Quizá podría resultar de utilidad hacer el ejercicio de analizar la eficacia y eficiencia de esas estructuras a la luz del principio de subsidiariedad. Sobre el particular se recomienda hacer un repaso en DELUCA, SANTIAGO, “El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea y Mercosur: ¿Principio de Legalidad de la Normativa Comunitaria?”, ED, vol. 202, 2003.

### **1.2.1. El Acuerdo en Principio Mercosur - Unión Europea.**

En el punto anterior se hizo referencia al Acuerdo en Principio celebrado entre el Mercosur y la Unión Europea. Hecho político de gran trascendencia que pondría fin a las negociaciones iniciadas por ambos bloques con la firma del Acuerdo Marco Interregional de Cooperación<sup>21</sup>.

A la par de celebrar y apoyar la suscripción de este Acuerdo entre los dos bloques de integración –quizá- más importantes del orbe, aun ante la escasa información pública difundida por las autoridades, principalmente las del lado del Mercosur, justo es reconocer que nos encontramos ante un suceso político de envergadura capaz de producir una verdadera revolución encaminada a generar interdependencia real entre los Estados, con los consecuentes beneficios que ello reportaría para sus ciudadanos.

Sin embargo, al igual que ya he referido con respecto al caso del Mercosur, el desarrollo de los acontecimientos posteriores a la presentación del Acuerdo, la publicación parcial de los primeros documentos “no oficiales” o, mejor dicho, “no definitivos” por parte de las autoridades de ambos bloques, sumado a la ausencia de información y no participación de los sectores involucrados –económicos, productivos, jurídicos y académicos-, llevan a sostener que los lineamientos de la teoría de la integración inversa también se verifica en este caso.

En ese sentido, en sustento de la tesis que aquí se abona se dijo en oportunidad de analizar los avances del Acuerdo firmado en 1995 que a la par de resultar complejas las negociaciones, las agendas de ambas partes eran sumamente sensibles y difícilmente pueden abordarse en forma adecuada a través de negociaciones preferenciales. Consecuentemente, las negociaciones lucían más como un ejercicio

<sup>21</sup> Suscripto en el mes de diciembre de 1995. Más concretamente, abierto a la firma de los países de ambos bloques entre los días 15 y 31.

para “*explorar los límites*” que como un proceso que podía conducir finalmente a un acuerdo completo de libre comercio<sup>22</sup>.

Afirmación que no sólo se comparte, sino que abona la conclusión de que el Acuerdo en Principio en rigor de verdad es sólo una hoja de ruta que establece objetivos, deseos, pero no un acuerdo real, definitivo y cerrado.

Tanto es así, que las idas y vueltas representadas por algunos gobiernos como el francés poniendo en duda la posibilidad de firma de un documento final, o los constantes avances y retrocesos de Brasil y Argentina con los Estados Unidos encaminados a negociar un tratado de libre comercio, permiten entrever que podríamos estar ante una nueva situación de uso político oportunista de una herramienta de integración. Incluso cuando en el fondo la propuesta de unión de ambos bloques sea más que bienvenida.

El tiempo dará su veredicto.

## **2. Origen de los procesos de integración.**

Como se dijo, luego de la II Guerra Mundial se vio la necesidad de reconstruir las relaciones internacionales de los Estados y, a la par, las reglas del comercio internacional imperantes hasta ese momento.

Así todo, ante la falta de consensos que permitieran extrapolar a la materia económica-comercial los efectos que se materializaron con la creación de la Organización de las Naciones Unidas<sup>23</sup>, en el entendimiento de la necesidad de contar con un régimen jurídico comercial apto para coadyuvar al mantenimiento y sostenimiento de la paz, un grupo de países suscribió el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles -GATT-.

<sup>22</sup> BOUZAS, ROBERTO, “Las negociaciones Unión Europea-Mercosur. Entre la lentitud y la indefinición”, en Revista Nueva Sociedad, marzo/abril de 2004.

<sup>23</sup> Fundada el 24 de octubre de 1945, mediante la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas.

### **2.1. Las reglas del comercio internacional como herramienta para el mantenimiento de la paz.**

Pese a su carácter provisorio y no ser estrictamente una organización internacional<sup>24</sup>, el GATT se convirtió en el único instrumento multilateral por el que se rigió el comercio internacional desde 1948 hasta el establecimiento de la Organización Mundial del Comercio en 1995.

En su texto promueve el intercambio comercial basado en la reciprocidad, la igualdad entre los Estados, la eliminación de restricciones, reducción de aranceles aduaneros y la aplicación del Principio de No Discriminación (PND) en sus dos variantes: la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF)<sup>25</sup> y el Trato Nacional (TN)<sup>26</sup>. Destacándose entre todas esas herramientas las concesiones arancelarias acordadas entre sus miembros, es decir el compromiso de no incrementar los aranceles aduaneros por encima de las tasas negociadas que se consideran “consolidadas”, imponiéndose un valor tope<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Provisorio, ya que a la fecha de su firma los estados continuaban negociando la entrada en vigor del tratado constitutivo de la OIC y porque en los 60 años durante los que se aplicó el Acuerdo comenzó a utilizarse aun cuando no había logrado su ratificación.

<sup>25</sup> Artículo I.

<sup>26</sup> Artículo II.

<sup>27</sup> Aun bajo riesgo de reiteración, pero a los efectos de ser suficientemente claro, debe recordarse que cuando hablamos de derechos aduaneros nos referimos a impuestos, tributos, aranceles que establece un estado a las operaciones de importación o exportación que involucran a su territorio aduanero. En definitiva, se trata de impuestos que las personas o empresas dedicadas al comercio internacional deben pagar y que, en más o en menos, en el ámbito internacional representan por lo general uno de los mayores ingresos para las arcas de los estados. Asimismo, respecto de los antecedentes y estructura de la cláusula de la NMF se recomienda FRANKEL, JEFFREY A., *Regional Trading Blocs: in the world economic system*, Institute for International Economics 1997, pp. 1/4. Esta obra resulta a su vez de sumo interés para el análisis del relanzamiento de los procesos de integración en la década del '90 y su relación concreta con las reglas del comercio multilateral desde una perspectiva global y de la OMC.

Igualmente, ante la regla de la no discriminación se previó la posibilidad de que los Estados se ajustaran a una excepción que, en definitiva, resultó ser el puntapié inicial de la integración económica que hoy se conoce.

Con fundamento en el artículo XXIV, se habilita excepcionalmente a las partes contratantes a no aplicar el Principio de No Discriminación (NMF y TN), siempre que dos o más Estados se unan para crear una Unión Aduanera (UA) o de una Zona de Libre Comercio (ZLC) que tenga por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.

Esta construcción se complementa con los resultados de la Ronda de Tokio de 1979, que en cuanto a la integración regional respecta trajo una serie de novedades que permitieron extender a todos los estados adherentes al GATT los beneficios de la excepción a la aplicación del Principio de No Discriminación y acceder a la conformación de una UA o una ZLC, aun cuando no se cumplieran los requisitos establecidos por el artículo XXIV.

Ello, en virtud de la Decisión sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo, conocida como “Cláusula de Habilitación”<sup>28</sup>.

## **2.2. La construcción europea como puntapié inicial.**

Al amparo de la habilitación establecida en la excepción del artículo XXIV del GATT y mediante el empleo de la teoría *neofuncionalista* de la integración, Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos firmaron en París el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Apartado 2, c) de la Decisión L/4903.

<sup>29</sup> Suscripto el 18 de abril de 1951. Vigente desde el 23 de julio de 1952 y expiración el 23 de julio de 2002. Posteriormente, hasta conformar la actual Europa de los 28, se adhirieron: Dinamarca, Irlanda y Reino Unido (1973), Grecia (1981), España y Portugal (1986), Austria, Finlandia y Suecia (1995), Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa (2004), Bulgaria y Rumanía (2007) y Croacia (2013).

La finalidad del Tratado fue crear interdependencia en el sector del carbón y del acero a partir de la creación de una persona jurídica internacional supranacional con competencias técnicas y políticas delegadas por los Estados, de tal modo que a partir de ese momento no pudiera suceder que un país movilizara sus fuerzas armadas sin que los demás países tuvieran conocimiento. Con ello se mitigó la desconfianza y las tensiones tras el conflicto armado<sup>30</sup>.

Inmediatamente después, los mismos Estados firmaron los tratados de Roma que dieron origen a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (ERURATOM)<sup>31</sup>. En ambos casos, con idéntica mecánica a la utilizada para la constitución de la CECA, se pretendía profundizar la integración europea para incluir la cooperación económica general<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Sobre este aspecto en particular resultan sumamente clarificadoras las palabras de Jean Monnet, quien en sus Notas de Reflexión de 1 de mayo de 1950 nos iluminara al afirmar “I. *Los espíritus europeos -en el momento actual- se cristalizan sobre un objetivo simple y peligroso: la guerra fría... Esta perspectiva creaba rigidez de pensamiento... Ello conducirá a un choque... De este choque nacerá la guerra. Hay que cambiar el espíritu de los hombres. Las palabras no sirven. Hay que pasar a la acción. IV. Hasta hoy hemos hecho un esfuerzo de organización del Oeste, a la vez económico, militar y político... [pero] La experiencia de dos años demuestra que no hacemos progresos reales... Los pueblos de Europa no entienden de palabras, de vanos discursos y de reuniones fútiles. La opinión pública americana no apoyará si Europa no se muestra más dinámica. Hay que crear una Europa dinámica e indispensable. Hay que abandonar las formas pasadas y abrir camino de transformación. **Europa no existe. No se crea entidad por la adición de soberanías. Hay que crear Europa...**”. Extracto citado en PÉREZ BUSTAMANTE, ROGELIO, *Historia de la Unión Europea*, Dikynson 1997.*

<sup>31</sup> Firmados el 25 de marzo de 1957 y con vigencia desde el 1 de enero de 1958.

<sup>32</sup> Habrá de efectuarse una lectura pormenorizada, por caso, de la Parte Primera del Tratado de la CEE relativa a los principios, así como el Título I del Tratado de la Euratom que define con claridad su misión y principios a desarrollar. De tal forma se podrá concluir que de textos surge con prístina claridad la necesidad de desarrollar espacios de interdependencia que trascienden la mera cooperación internacional conocida hasta el momento.

Ante este panorama, a los efectos de racionalizar las instituciones y dotar de mayor dinamismo a las tres comunidades, cuyos estados miembros resultaban ser coincidentes, el 8 de abril de 1965 se suscribió el Tratado de Bruselas o Tratado de Fusión<sup>33</sup>. Por su intermedio se creó una único Consejo y una única Comisión para las tres Comunidades<sup>34</sup>.

En este derrotero y una vez consolidada la Unión Aduanera, el 17 y 28 de febrero de 1986 en Luxemburgo y La Haya se firmó el Acta Única Europea<sup>35</sup>.

Su finalidad fue reformar las instituciones para preparar la adhesión de España y Portugal, a la par de agilizar la toma de decisiones para preparar la llegada del mercado único. Y los principales cambios se observan en la creación del procedimiento de codecisión, la ampliación de la votación por mayoría cualificada en el Consejo para hacer más difícil el veto de las propuestas legislativas por un único país y creación de los procedimientos de cooperación y dictamen conforme, que dan más peso al Parlamento<sup>36</sup>.

Luego de la caída del Muro de Berlín y la reunificación alemana<sup>37</sup>, con una composición de 12 Estados Miembros, se aprueba el Tratado de Maastricht, que da origen en forma simultánea al Tratado sobre la Unión Europea<sup>38</sup>.

La finalidad de este nuevo Tratado fue preparar la Unión Monetaria Europea e introducir elementos propios o característicos de la unión política, tales como ciudadanía, políticas comunes de asuntos exteriores y de interior, etc. Con ello se vislumbra por primera vez desde 1951 un cambio concreto y expreso en la letra del

<sup>33</sup> Tratado derogado en 1997 por el Tratado de Ámsterdam.

<sup>34</sup> Artículos 1 y 9.

<sup>35</sup> Instrumento jurídico internacional, constituido como derecho originario de la hoy Unión Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 1987.

<sup>36</sup> Ver, entre otros, artículo 6, párrafo 5.

<sup>37</sup> Que puede considerarse la primera gran ampliación encubierta e imputada de Europa.

<sup>38</sup> Firmado el 7 de febrero de 1992 y con vigencia desde el 1 de noviembre de 1993.

derecho originario europeo en orden a la consolidación de la integración regional, que refleja su trascendencia por sobre el mero factor de carácter económico-comercial.

Este Tratado establece formalmente la Unión Europea, cimentada sobre los pilares económicos, de seguridad y asuntos exteriores y de asuntos de cooperación judicial interior. A su vez, se introduce el procedimiento de codecisión, que da más protagonismo al Parlamento Europeo en la toma de decisiones, revalorizando su función en cuanto representante de los intereses de los ciudadanos de la Unión<sup>39</sup>.

A su vez, resulta necesario destacar que en el marco de este nuevo Tratado Europa hizo una referencia concreta a la defensa y reconocimiento de los derechos fundamentales de sus ciudadanos al incluir una declaración expresa relativa al Convenio Europeo de Derechos Humanos que incluyó aspectos, políticos, culturales, civiles y sociales. Introduciéndolos, así, como valores propios del proceso de integración<sup>40</sup>.

Entre 1997 y 2002 se sucedieron diversas negociaciones que dieron lugar a la firma de los Tratado de Ámsterdam<sup>41</sup> y Niza<sup>42</sup>. En

<sup>39</sup> Merece la pena reparar, en particular, en la modificación introducida por la norma en la metodología de toma de decisiones. La inclusión del Parlamento Europeo en el procedimiento que se dio a conocer como "*procedimiento de codecisión*", hoy procedimiento legislativo ordinario. La razón de ser de hacer hincapié en esta competencia en particular de las incorporadas por el Tratado de Maastricht responde a que se considera que se trata del inicio del empoderamiento del Parlamento Europeo, que en tanto representante de los intereses de la ciudadanía europea en el marco del proceso de integración, desde una perspectiva política, social y humanista pasa a ser -quizá- la reforma más importante de este acuerdo internacional o instrumento de derecho originario europeo -según como se lo analice-. Sin perjuicio de no perder de vista, por supuesto, que el cambio más radical se verificó con la creación misma o formal de la Unión Europea.

<sup>40</sup> Protocolos 14, 15 y Declaración 22.

<sup>41</sup> Firmado el 2 de octubre de 1997, con vigencia desde el 1 de mayo de 1999.

<sup>42</sup> Firmado el 26 de febrero de 2001, con vigencia desde el 1 de febrero de 2003.

ambos casos se efectuaron reformas de las instituciones para preparar la llegada de nuevos Estados Miembros, se dotó de mayor transparencia al sistema de toma de decisiones, se establecieron nuevos métodos para cambiar la composición de la Comisión y redefinió el sistema de voto en el Consejo.

Respecto de estos Tratados, vale señalar que aunque aparentemente inocuos en las modificaciones introducidas, en rigor de verdad no resultó tan así.

Es que, el proceso de negociación del Tratado de Niza se vio fuertemente politizado como consecuencia de la proposición y aprobación en definitiva de la Declaración de Derechos Fundamentales. Instrumento jurídico que para salvar la aprobación definitiva del Tratado tuvo carácter opcional en cuanto a su adhesión, pero que marcó un punto de inflexión y no retorno que se reafirmaría 7 años más tarde<sup>43</sup>.

Finalmente, tras arduas negociaciones y un proceso de ratificación interno complejo, los entonces 27 Estados Miembros firmaron el Tratado de Lisboa<sup>44</sup>.

Su finalidad fue hacer la Unión Europea más democrática, eficiente y mejor capacitada para abordar, con una sola voz, los problemas mundiales, como el cambio climático, las migraciones o las situaciones relativas a violación sistemática de derechos humanos.

Los principales cambios fueron el aumento de competencias del Parlamento Europeo, el cambio de los procedimientos de voto en el Consejo, la incorporación de la iniciativa ciudadana, el carácter permanente del puesto de Presidente del Consejo Europeo, el nuevo puesto de Alto Representante para Asuntos Exteriores y la implementación de un nuevo servicio diplomático de la UE.

<sup>43</sup> Entre muchos otros, ampliar en ALONSO GARCÍA, RICARDO; SARMIENTO, DANIEL, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson-Civitas 2006.

<sup>44</sup> Firmado el 13 de diciembre de 2007, con vigencia desde el 1 de diciembre de 2009.

En este contexto, un aspecto de trascendental importancia se ve representado por la aprobación de un texto de Derechos Fundamentales para Europa, que forma parte del Tratado y con igual valor jerárquico, cuya aprobación solucionó las divergencias planteadas a partir de Niza, cuando el texto negociado y aprobado fue de carácter discrecional de cada Estado Miembro<sup>45</sup>.

Finalmente, en este contexto de integración que trasciende lo meramente económico y busca dar respuesta a las problemáticas actuales de la ciudadanía, debe señalarse la incesante preocupación de la Unión Europea en el marco de su política migratoria y el carácter otorgado, todo lo cual se ve reflejado a partir de la Directiva que se dio a llamar de “*Retorno de 2008*”<sup>46</sup>.

Sin perjuicio de los diversos juicios de valor que pueden formarse respecto del contenido de esta norma, dos son sus características principales. Una, la clara determinación política de la Unión Europea de reordenar su política migratoria común y administrar de la forma más eficiente posible sus recursos para la incorporación de migrantes regulares. Y, la otra, la firme convicción de que aun ante situaciones de migración irregular, existen principios, valores y derechos fundamentales que la Unión Europea no está dispuesta a soslayar<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Vale aclarar que en aquella oportunidad algunos Estados Miembros hicieron reserva de derecho y, por tanto pudieron quedar al margen de la aprobación y vigencia de dicha Declaración de Derechos Fundamentales. Ella era imponible o exigible sólo a los Estados que la habían aprobado.

<sup>46</sup> Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de diciembre de 2008.

<sup>47</sup> Sobre este punto quizá vale destacar, por ejemplo, el contenido de su artículo 5 en cuanto prevé “**No devolución, interés superior del niño vida familiar y estado de salud.** Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: a) el interés superior del niño, b) la vida familiar, c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución.”

### **2.3. La experiencia latinoamericana.**

Desde los albores de la historia moderna americana aparecen diversos hitos que permiten esbozar una aproximación a la idea de la integración.

A partir de los primeros procesos emancipadores a principios del siglo XIX comienzan a vislumbrarse fenómenos tales como un sentimiento americanista por sobre uno específicamente nacional, la existencia de una conciencia de América –particularmente de Latinoamérica- como unidad política, geográfica, cultural e histórica antes que la percepción de pertenencia a un Estado determinado.

Sin embargo, desde los últimos procesos libertarios hasta la finalización de la II Guerra Mundial no habrá en América expresión alguna que se acerque a la integración, siquiera de forma indirecta. Sólo es posible encontrar experiencias enmarcadas en la cooperación política internacional en situaciones comerciales en sentido estricto.

No obstante, los avatares económicos y políticos internacionales posteriores no pasaron desapercibidos para el continente. Desde los primeros pasos de las nuevas reglas del comercio internacional hubo Estados que adhirieron al GATT e incluso procesos de integración regionales y subregionales creados al amparo de la entonces Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y su sucesora -actualmente vigente- Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

En 1960 se firmó el Tratado de Montevideo constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)<sup>48</sup>. Esta organización internacional, creada al amparo jurídico de la excepción del artículo XXIV del GATT<sup>49</sup>, adaptó a su criterio las

<sup>48</sup> Tratado firmado el 18 de febrero de ese año por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Se adhieren con posterioridad Colombia (1961), Ecuador (1962), Venezuela (1966) y Bolivia (1967).

<sup>49</sup> Lo que permitió a sus miembros no extender los mayores beneficios otorgados recíprocamente entre ellos a los demás suscriptores del propio GATT.

recomendaciones efectuadas por la Comisión Especial para América Latina (CEPAL)<sup>50</sup>.

Tomando para sí las tipologías de los esquemas de integración se propuso crear una ZLC<sup>51</sup> que debía converger en un mercado común (MC)<sup>52</sup>. Mercado común al que se llegaría mediante un sistema de implementación negociado no automático. Este mecanismo se tradujo en reducciones unilaterales de restricciones irrevocables (listas), acuerdos colectivos (lista común) y acuerdos complementarios entre pares de países<sup>53</sup>, que implicaban el reconocimiento del principio de nación más favorecida<sup>54</sup>.

La ALALC tampoco reconoció la existencia de asimetrías entre sus miembros<sup>55</sup>, no previó la posibilidad de suscribir acuerdos subregionales y estableció una estructura institucional intergubernamental carente –además– de un verdadero sistema de solución de controversias<sup>56</sup>.

Todos esos aspectos que reflejaban la ausencia de interés real por la integración, sumado a la presión de los estados Andinos con su proceso subregional orientado al comercio más integración y el

<sup>50</sup> GURRIERI, ADOLFO, “Las ideas del joven Prebisch”, Revista de la CEPAL 75, 12/2001, pp. 69/82. Sobre el modelo propuesto para América Latina se recomienda la lectura de este trabajo. Presenta con claridad los diversos aspectos de política económica internacional que desvelaban a la sociedad de la época, a la par de lograr una particular visión de la problemática americana y su inserción en el mundo.

<sup>51</sup> Artículo 1.

<sup>52</sup> Párrafos 2 y 7 de la declaración de motivos del Tratado y artículo 54.

<sup>53</sup> Artículos 4 a 14.

<sup>54</sup> Artículos 18 a 20.

<sup>55</sup> Si bien de la simple lectura del artículo 32 del Tratado podría intuirse lo contrario, lo cierto es que, si se considera correctamente la metodología escogida para lograr la desgravación arancelaria mediante el sistema de listas negociadas entre las partes en igualdad de condiciones, no cabe otra posibilidad más que afirmar que ese trato especial diferenciado de la norma citada sólo lo fue a título declarativo y no operativo.

<sup>56</sup> Capítulo IX. Sólo se previó la posibilidad de llevar a cabo negociaciones intergubernamentales.

desarrollo<sup>57</sup>, arrojaron como resultado el fin de la ALALC y creación de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)<sup>58</sup>.

Esta nueva iniciativa se fundamenta en la Cláusula de Habilitación y la posibilidad de establecer áreas de preferencia arancelarias aprobadas en la Ronda de Tokio de 1979. De tal forma, se da oportunidad a los estados en vía de desarrollo de crear una ZLC o UA sin extender los mayores beneficios otorgados a los demás firmantes de dicho Acuerdo. No obstante, el objetivo final de esos procesos subregionales es la convergencia un Mercado Común latinoamericano<sup>59</sup>.

Para lograr sus objetivos se establecieron principios de flexibilidad, pluralismo, convergencia y tratamiento especial diferenciado para facilitar la suscripción de acuerdos generales y parciales no sólo en materia económica comercial<sup>60</sup>. Además, ese trato especial diferenciado representa una de las principales diferencias con ALALC, cual es el reconocimiento expreso de asimetrías entre los Estados Miembros y establecimiento de mecanismos concretos para hacer efectivas ese tipo de acciones preferenciales<sup>61</sup>.

Además de las herramientas jurídicas referidas, donde los acuerdos de alcance parcial de complementación económica<sup>62</sup> son el motor de la integración al permitir crear bloques subregionales

<sup>57</sup> Hecho que se verifica a partir de la firma del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969, que da origen a lo que se conoció como Pacto Andino. Hoy Comunidad Andina de Naciones como consecuencia de la suscripción del Protocolo de Trujillo de 1997.

<sup>58</sup> Tratado firmado el 12 de agosto de 1980, vigente hoy en día. En cuanto a la referencia de continuación de la personalidad jurídica de ALALC, surge en forma expresa del artículo 54 del Tratado. Por su parte, se recomienda ampliar en TREBER, SALVADOR, *Economía Mundial: claves para el siglo XXI*, El Emporio Ediciones, 2005, p. 211/217, quien aporta una visión interesante desde la perspectiva política y económica de esta etapa, hasta llegar al Mercosur mismo.

<sup>59</sup> Artículos 1 y 3.

<sup>60</sup> Artículos 4 a 14, 18 y 19.

<sup>61</sup> Artículo 15 a 17.

<sup>62</sup> Más conocidos como ACE.

excepcionándose de extender sus beneficios a los demás miembros de ALADI, esta nueva persona jurídica internacional<sup>63</sup> si bien mantiene el esquema intergubernamental<sup>64</sup>, establece un parámetro general para la solución de controversias sobre la base de mecanismos arbitrales ad hoc a determinarse en cada acuerdo<sup>65</sup>.

Así las cosas, al amparo del Tratado de Montevideo de 1980, bajo la modalidad de Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica -ACE-, más precisamente el ACE N° 18, se inscribió el Tratado de Asunción, constitutivo del Mercado Común del Sur, Mercosur.

En el aspecto económico, el Mercosur pretende constituir un Mercado Común. Sin embargo, a la fecha no logró pasar de ser una ZLC o una UA imperfecta.

Pero el Mercosur hoy no representa sólo un acuerdo de índole comercial.

Desde su origen la motivación política fue clara, transformándose ese impulso a principios del año 1985 en el eje de las conversaciones entre el presidente de Argentina, Raúl Alfonsín, y el presidente electo de Brasil, Tancredo Neves. El proyecto original, destinado a crear un espacio de democracia y modernización económica, se plasmó en la Declaración de Iguazú<sup>66</sup>.

<sup>63</sup>Artículos 43 y 52.

<sup>64</sup> Artículos 28 a 43.

<sup>65</sup> Sobre ambos procesos de integración se recomienda ampliar en SOTO, ALFREDO MARIO, FLOREAL GONZÁLES, FLAVIO *Manual de Derecho de la Integración*, Editorial La Ley 2011, pp. 181/202. También en ÁLVAREZ, GONZALO “La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y la Asociación Latinoamericana de Integración”, en NEGRO, SANDRA (Dir.) *Manual de Derecho de la Integración*, Parte II América-África, Editorial BdeF 2012, pp.33/50. En ambas obras se presentan con suma claridad la evolución histórica, estructura y objetivos de cada proceso de integración.

<sup>66</sup> Firmada por los presidentes de ambos países, Alfonsín y Sarney, el 30 de noviembre de 1985. Sobre su significancia, se recomienda la lectura de DELUCA, SANTIAGO, “La integración en transición”, en Suplemento de Comercio Exterior, Diario La Nación, 4/11/2014. Asimismo, FERNÁNDEZ, WILSON “La inserción internacional del Mercosur. Apuntes sobre el co-

En ella los dos países declararon su permanente disposición a estrechar en forma creciente sus lazos de amistad y cooperación.

Tras su firma se decidió crear una Comisión Mixta integrada por representantes gubernamentales y de los sectores privados de ambos países. Como resultado de sus trabajos se suscribió el Acta para la integración argentino-brasileña, que estableció el Programa de Integración y Cooperación Económica<sup>67</sup>.

A fines del mismo año ambos gobiernos reafirmaron "...la inquebrantable voluntad de las dos naciones de asegurar el éxito del Programa de Integración y Cooperación Económica..." mediante el Acta de la Amistad Argentino-Brasileña Democracia, Paz y Desarrollo<sup>68</sup>. Y finalmente, con la firma del Acta de Buenos Aires<sup>69</sup>, se decidió establecer un mercado común entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil que debía encontrarse conformado el 31 de diciembre de 1994.

La realidad demostró que las economías de los dos países, lejos de resultar negativamente competitivas entre sí, podían complementarse. La dinámica del proceso se extendió en sólo un año a Uruguay y Paraguay. Y en 1991 se iniciaron las negociaciones cuatripartitas que finalizaron con la conformación del Mercado Común del Sur, Mercosur. El 26 de marzo de ese mismo año se suscribió el Tratado de Asunción (TA) que le dio origen<sup>70</sup>.

Así las cosas, conscientes de que el proceso de integración trascendía lo meramente comercial, Protocolo de Ouro Preto<sup>71</sup> median-

mercio exterior (1988-2006)" en LEITA, FRANCISCO y NEGRO, SANDRA, (Coord.) *La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Facultad de Derecho UBA/La Ley 2008, p. 190, quien se extiende en la reseña relativa al contenido económico comercial de las reuniones Alfonsín-Sarney.

<sup>67</sup> Firmada el 29 de julio de 1986.

<sup>68</sup> El 10 de diciembre de 1986.

<sup>69</sup> Firmada el 6 de julio de 1989 e inscripta al amparo del Tratado de Montevideo de 1980 constitutivo de ALADI como el ACE N° 14.

<sup>70</sup> Con vigencia desde el 29 de noviembre de 1991.

<sup>71</sup> Firmado el 17 de septiembre de 1994 en la misma ciudad brasileña.

te y ante la necesidad de otorgarle dinamismo, se lo dotó con personería jurídica de derecho internacional a partir del 1 de enero de 1995, cuya titularidad es ejercida desde entonces por el Consejo del Mercado Común (CMC) en tanto órgano político<sup>72</sup>.

Por su parte, este Protocolo estableció su estructura fundamental y dejó abierta la posibilidad de creación de nuevos órganos, como sucediera luego con el Instituto Social del Mercosur (ISM)<sup>73</sup>, el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH)<sup>74</sup> o el Alto Representante General<sup>75</sup>. Todos ellos de carácter intergubernamental<sup>76</sup>.

Finalmente, en cuanto al contenido político de este proceso de integración, que trasciende los aspectos meramente económicos-comerciales, no puede dejar de mencionarse la importancia que presenta en su armado jurídico y político el Protocolo de Ushuaia<sup>77</sup>.

Este instrumento de carácter originario introdujo en el Mercosur lo que se conoció como “*Cláusula Democrática*”. De tal forma, incorporó el requisito del respeto del estado de derecho y el orden democrático en el ámbito interno de los Estados como condición *sine qua non* para ser parte del bloque y mantenerse en carácter de

<sup>72</sup> Ver artículos 34, 35 y 36 del Protocolo de Ouro Preto (POP). Cabe mencionar que a raíz de la vigencia de la CMC/Dec N°63/2010, que creó el Alto Representante General del Mercosur, el CMC delegó en el funcionario a cargo de dicha representación la facultad de negociar acuerdos internacionales futuros y le atribuyó competencias de coordinación interna para la consolidación de su plataforma Institucional. Más adelante volveremos más adelante sobre este órgano del proceso de integración y su eliminación de la estructura funcional.

<sup>73</sup> CMC/Dec. N° 37/08.

<sup>74</sup> CMC/Dec. N°14/09.

<sup>75</sup> CMC/Dec. N°63/10, derogada luego por CMC/Dec. N°06/17.

<sup>76</sup> En tal sentido, el artículo 2 POP “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR.”. Ampliar en DELUCA, SANTIAGO, *Unión Europea y Mercosur: los efectos de la norma comunitaria en los ordenamientos jurídicos nacionales*, Editorial Rubinzal Culzoni 2003.

<sup>77</sup> Firmado en dicha ciudad el 24 de julio de 1998.

tal<sup>78</sup>. Y, a la par, desarrolló una serie de facultades para ser ejercidas por los demás Estados Parte, con el objeto de compeler al cumplimiento de los compromisos asumidos y que se proceda a la restitución del orden afectado<sup>79</sup>.

Tanto es así, que al amparo de este Protocolo y sus facultades se adoptaron las Decisiones que dieron lugar a la suspensión en sus derechos de participación a Paraguay, en oportunidad de producirse la destitución del entonces presidente Fernando Lugo en lo que se consideró un golpe de estado parlamentario, y actualmente a Venezuela<sup>80</sup>.

### **3. Integración regional e identidad ciudadana como visión positiva de la integración.**

Más allá de la visión económica-comercial de la integración regional, que en sus formas más avanzadas de Mercado Común o Unión Económica implican –entre otros factores- la libertad de circulación de personas y el establecimiento de una serie de disposiciones jurídicas para posibilitar tal objetivo, no puede dejar de acordarse que ello se posibilita como consecuencia de un claro acuerdo de carácter eminentemente político entre los Estados parte del proceso de integración del que se trate<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Artículo 1.

<sup>79</sup> Artículos 4 a 7.

<sup>80</sup> Sobre la importancia de este Protocolo y su estatus jurídico se recomienda ampliar en DELUCA, SANTIAGO, “El Mercosur necesita su Maastricht” en Revista Pensar en Derecho n°1, 12/2012, Facultad de Derecho UBA o “El Mercosur tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: ponderación del Laudo TPR N°1/2012” en Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional n°16, enero de 2013 - Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Universidad Complutense de Madrid, España.

<sup>81</sup> Al respecto CHIARETTO, ELISA “La libre circulación de las personas como factor de integración en la Unión Europea”, en LEITA, FRANCISCO; NEGRO, SANDRA (Coords.), *La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Facultad de Derecho UBA – La Ley2008.

Más aun, incluso en aquellos procesos de integración que no presentan un grado de desarrollo que habilite la libre circulación de los factores de la producción, como podrían ser el NAFTA o el propio Mercosur, también se verifica este tipo de acuerdos políticos –que pueden ser más o menos profundos<sup>82</sup>.

Lo expuesto posibilita la generación de una percepción de pertenencia de la ciudadanía al espacio integrado, aun cuando esa percepción puede ser más o menos escéptica<sup>83</sup>. Y esa especial forma de sentirse parte del proyecto es lo que lo retroalimenta y permite forzar es establecimiento de políticas comunes orientadas al mejoramiento real de las condiciones de vida de las personas.

### **3.1. El comercio justo como visión humanista de los procesos de integración.**

El concepto y movimiento de Comercio Justo comenzó en los años '40 con el desarrollo de iniciativas de venta de productos elaborados por artesanos que intentaban luchar contra los bajos precios del mercado internacional, los altos márgenes y la dependencia frente a los intermediarios. Pero cobra fuerza a partir de 1964 tras

<sup>82</sup>Sobre el particular, resulta interesante el planteo de BURSESE, EMILIANO “LA libre circulación de personas en el Mercosur y en la región sudamericana: un enfoque migratorio” en LEITA, FRANCISCO; NEGRO, SANDRA (Coords.), *La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Facultad de Derecho UBA – La Ley2008, quien a la par de reflejar los aspectos positivos de la temática en la región y, en particular, en el Mercosur, hace ya 11 años refería “...Una de las principales, sino la causa principal de las trabas a la libre circulación de personas, son hoy día las constantes migraciones internacionales, es decir, el temor de los gobiernos a abrir sus fronteras y las consecuencias que ello trae en la creciente demanda y exigencia estatal de lo que se ha dado en llamar “ordenación de las migraciones””. Temor que, sin lugar a duda, continúa vigente y permite sostener que la organización internacional no ha encontrado a la fecha respuesta adecuada.

<sup>83</sup> Resulta ilustrador e interesante el trabajo de GUTIÉRREZ-PERIS, DIDAC “Euroescepticismo: tres en uno”, en *Notes Internationals CIBOD* 118, 05/2015 y su incorporación de la categoría de “euro-crítico”.

el llamamiento de los países empobrecidos en la Conferencia de la UNCTAD donde exigían “Comercio, no ayuda”<sup>84</sup>.

Tal como lo sostiene la propia Organización Mundial del Comercio<sup>85</sup>, el comercio representa para muchos países una oportunidad de crecimiento, creación de empleo y progreso. A nivel mundial se reconoce que es un medio eficaz para alcanzar algunos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODS) de las Naciones Unidas<sup>86</sup> y desempeña una función esencial en la lucha contra el hambre y la promoción de la seguridad alimentaria, la nutrición y la agricultura sostenible, y contribuye a una vida sana y al bienestar, al empleo y al crecimiento. Se considera asimismo un medio de hacer frente a las desigualdades y mejorar la conservación y el aprovechamiento sostenible de los mares y los recursos marinos.

A este respecto, la OMC ha comenzado a cumplir su compromiso de contribuir al logro de los ODS. En la Conferencia Ministerial de Nairobi de 2015 se tomó la decisión de eliminar las subvenciones a la exportación de productos agropecuarios, lo que ayudará a alcanzar la meta “Hambre Cero” de los ODS. Además, a principios de este año entró en vigor una decisión de la OMC por la que se facilita el acceso a los medicamentos a precios asequibles en los países en desarrollo, contribuyendo así a la meta “Salud y bienestar” de los ODS.

No pueden negarse las ventajas del comercio, ni tampoco las dificultades que plantea. Lo que hay que hacer es conseguir que el

<sup>84</sup> Ampliar en RAMÍREZ CLEVES, GONZALO “La igualdad en la globalización: la idea de comercio justo y justicia global en la transformación del referente valorativo y de las instancias reguladoras”, en RAMÍREZ CLEVES, GONZALO; MARÍN ARANGUREN, ERLI MARGARITA (Editores) *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Universidad de Externado de Colombia, 2013.

<sup>85</sup> Organización Mundial del Comercio “Incorporar el comercio para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible”, accesible en [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/booksp\\_s/sdg\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/sdg_s.pdf)

<sup>86</sup> En el punto 8 y su desarrollo de la Agenda 2030 se afirma que el comercio internacional “*impulsa el crecimiento económico inclusivo y la reducción de la pobreza y contribuye a fomentar el desarrollo sostenible*”.

comercio sea más inclusivo y funcione para todos y, sobre todo, para las personas más vulnerables<sup>87</sup>.

En ese contexto, las acciones desde los procesos de integración, en los que sus ciudadanos son concebidos como los beneficiarios exclusivos de sus políticas, se presentan como una expresión adecuada y humanizadora.

### **3.2. Los ODS 2030 de la ONU y su relación con las migraciones, situaciones de extranjería y ciudadanía.**

Ante el fracaso o necesidad de continuidad de lo que se denominó Objetivos del Milenio, en 2015 la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible bajo el lema o con la intención de establecer "...una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás."<sup>88</sup>.

Se trata del resultado de un gran acuerdo a escala mundial para eliminar la pobreza y transitar un camino sostenible hacia el desarrollo inclusivo, con el objeto de desarrollar políticas públicas en beneficio de la humanidad toda.

La agenda establecida para ello prevé 17 objetivos principales, desarrollados en 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan los ámbitos económicos, sociales y ambientales. Incluyendo así aspectos tales como la eliminación de la pobreza, el cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente, etc.

<sup>87</sup>Al respecto, se recomienda el excelente trabajo de GIRALDO SUÁREZ, ÁNGELA ISABEL, "¿Qué tan justo ha sido el libre comercio con el desarrollo de las naciones más pobres?", en RAMÍREZ CLEVES, GONZALO; MARÍN ARANGUREN, ERLI MARGARITA (Editores) *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Universidad de Externado de Colombia, 2013.

<sup>88</sup>El progreso alcanzado con los ODM fue sustancial, pero el alcance de los logros fue desigual. En enero de 2016, los ODM fueron reemplazados por la nueva Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en septiembre de 2015 por 193 Estados Miembros de Naciones Unidas, tras un proceso consultivo mundial de más de tres años.

Y, en lo que particularmente aquí interesa: erradicar la pobreza; poner fin al hambre; garantizar una vida saludable y promover el bienestar; asegurar el acceso a energías asequibles, fiables, sostenibles y modernas; fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos; desarrollar infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible, y fomentar la innovación; reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos; promover sociedades pacíficas e inclusivas; etc..

### **3.3. Desafíos y acciones desde los espacios integrados.**

Ante los desafíos establecidos por la comunidad internacional, corresponde indagar si los procesos de integración, en su carácter de espacios –más o menos consolidados- de sostenimiento y mantenimiento de la seguridad, el desarrollo y la paz se encuentran en condiciones de asumir tales responsabilidades. En consecuencia, si están dando respuesta suficiente a las nuevas necesidades del ciudadano del mundo.

En el supuesto de la Unión Europea, parte de una sólida posición en materia de desarrollo sostenible. En ese sentido, la Comisión Europea, por citar un caso, estableció criterios o políticas de actuación concreta para lograr materializar dichos objetivos dentro de cada una de sus 10 prioridades. Así, en noviembre de 2016 expuso su enfoque estratégico y estableció acciones clave para la aplicación de la Agenda 2030<sup>89</sup>.

Entre otras acciones dispuso: incluir los ODS en las políticas e iniciativas de la UE a todos los niveles, con el desarrollo sostenible como principio rector esencial de todas las políticas de la Comisión Europea; presentar informes periódicos de los avances de la UE a partir de 2017; impulsar la aplicación de la Agenda 2030 junto con los gobiernos de la UE, el Parlamento Europeo, las demás institu-

<sup>89</sup> SWD (2016)-390, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Europeo Económico y Social y el Comité de las Regiones “Próximos pasos para un futuro sustentable europeo. Acciones europeas para la sustentabilidad”.

ciones europeas, las organizaciones internacionales, las organizaciones de la sociedad civil, los ciudadanos y otras partes interesadas; poner en marcha una plataforma multilateral de alto nivel que apoye el intercambio de las mejores prácticas en materia de aplicación entre los distintos sectores a escala nacional y de la UE; concebir una visión a más largo plazo para después de 2020.

En el caso del Mercosur, también es posible visualizar en las agendas de los Ministerios de Relaciones Exteriores de sus Estados Parte el compromiso con la Agenda 2030. Y, en cuanto a las acciones concretas desde el espacio integrado pueden citarse diversas manifestaciones efectuadas desde el Parlasur<sup>90</sup>, el Instituto Social del Mercosur o el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos<sup>91</sup>.

Ahora bien, a la luz de las acciones concretas encaradas desde los distintos espacios de integración, cabe indagar también si –en rigor de verdad– éstas resultan positivas o sólo quedan en el ámbito de las aspiraciones.

De tal forma, necesariamente debemos preguntarnos cuáles han sido las respuestas de los espacios de integración ante situaciones tales como los movimientos migratorios con respecto a la situación de Venezuela hacia los países del Mercosur, de

<sup>90</sup> El Parlasur expresó que su primer objetivo en este sentido es iniciar una autoevaluación de las capacidades y las necesidades para contribuir de forma activa con los ODS. De tal forma el 17/6/2019 llevó a cabo, entre otras actividades concretas, el Primer Seminario Internacional sobre “Los desafíos regionales para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) - Agenda 2030 en el PARLASUR”, encaminado a generar material de trabajo para presenta en el marco de su LXIV Sesión Plenaria.

<sup>91</sup> Quizá, por caso, vale destacar el Encuentro llevado a cabo el 9/5/2019 de equipos de Gobierno ODS de la Región Mercosur denominada “Agenda 2030: Hacia una cooperación regional”, con el fin de intercambiar experiencias de implementación nacional de la Agenda y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en Argentina, Paraguay, Uruguay y Brasil; como así también las estrategias de cooperación regional y las perspectivas internacionales.

Centroamérica hacia los Estados Unidos y desde África y Oriente Medio a países de la Unión Europea.

Sobre este aspecto en particular, en el caso del Mercosur vale la pena destacar el valor agregado representado por el Acuerdo de Residencia del Mercosur, que bajo el análisis especializado durante el periodo 2004/2013 fue una herramienta fundamental para promover la equiparación entre los migrantes y los nativos en cuanto a las condiciones de acceso a derechos<sup>92</sup>.

En igual sentido, si la respuesta dura de algunos países de la Unión Europea ante la inmigración incluso interna de ciudadanos de la propia Unión en busca de mejores condiciones de vida, que gozan de derechos cívicos comunitarios adquiridos, se encuentra en peligro ante propuestas como la que se derivan del Brexit.

Preguntarnos, asimismo, si el Estatuto del Ciudadano del Mercosur o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea son herramientas jurídico-políticas suficientes para contener y garantizar el pleno goce de derechos de los ciudadanos frente a los eventuales excesos o avasallamientos individuales o colectivos de los países con respecto a estos asuntos. O si, cuanto menos, permiten entrever un mínimo de acciones positivas que garanticen la libre circulación de las personas y su adecuada receptividad<sup>93</sup>.

No puede perderse de vista que, por lo general, la migración no suele estar asociada a la libertad, esparcimiento y desarrollo de las personas, sino más bien a situaciones de riesgo o desasosiego como

<sup>92</sup>Ver MONDELLI, MARCELO, “Elementos para profundizar la agenda del Mercosur ciudadano”, en Revista Mercosur de Políticas Sociales, vol. 2, 2018. Ampliar también en GARCÍA, CARMEN; ODDONE, NAHUEL; SETARO, MARCELO, “El MERCOSUR en la Agenda Global del Desarrollo: el PEAS y su vigencia en el marco de los ODS 2030”, en Revista Mercosur de Políticas Sociales, vol.2, 2018.

<sup>93</sup>Al respecto, hace ya unos años advertía sobre la falta de respuesta adecuada de la Unión Europea ORCALLI, GABRIELE, “La política europea para la inmigración de alta calificación: ¿una nueva dimensión de la ciudadanía?” en NEGRO, SANDRA (Coord.) *Lecturas sobre integración regional y comercio internacional*, Facultad de Derecho UBA – La Ley, 2012.

la huida de los desastres naturales, económicos, políticos, culturales y sociales que impiden un adecuado desarrollo de la persona humana.

## CONCLUSIONES

Con la intención de provocar el debate, a modo de conclusión me permito señalar que la exclusión y desigualdad propias o ínsitas en el comercio y la globalización económica actual no encuentran asidero en el marco de lo que se considera comercio justo, equitativo.

La ausencia de criterios de actuación y acciones positivas concretas que consideren a las personas de todos los rincones del planeta como “*ciudadano del mundo*” y, por ende, eje central de los derechos y beneficios que el desarrollo forja, perpetúan la inequidad y las desigualdades sociales, políticas y económicas.

Esta disociación entre el desarrollo económico y el concepto de justicia o equidad comercial genera una discriminación singular que, entre otros supuestos, se refleja en las grandes olas migratorias, la ausencia de políticas de contención social, el desconocimiento del derecho humano a una vida digna y situaciones de tensión internacional.

Ante esta situación, en la búsqueda de una “*fórmula real para un reordenamiento mejor y humanamente posible, ... dada por una organización en que respetándose la libertad humana y sus atributos esenciales, se administre el patrimonio social, de tal manera que ningún individuo pueda dejar de cumplir sus necesidades en la medida compatible con las exigencias de la vida, y que le asegure el ejercicio sin trabas de las facultades que le corresponden como individuo, como miembro de la sociedad, y como partícipe del gobierno político...*”<sup>94</sup>, no cabe duda que los procesos de integración como la Unión Europea y el Mercosur se presentan como herramientas de

<sup>94</sup> FAYT, CARLOS SANTIAGO, *Los derechos fundamentales del hombre y sus garantías constitucionales*, Abeledo-Perrot, 1945, pp. 33.

vital importancia. Revitalizando con sus iniciativas el concepto de “*ciudadano del mundo*” bajo el presupuesto de una misma idea de libertad, seguridad, paz, desarrollo y justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, RICARDO; SARMIENTO, DANIEL *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson-Civitas 2006.
- ÁLVAREZ, GONZALO “La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y la Asociación Latinoamericana de Integración”, en NEGRO, SANDRA (dic.) *Manual de Derecho de la Integración*, Parte II América-África, Editorial BdeF 2012.
- BARBERIS, JULIO A. *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Ábaco, 2003.
- BERTONI, LILIANA, “La globalización y los desafíos para un nuevo consenso” en NEGRO, SANDRA, *Lecturas sobre integración regional y comercio internacional*, La Ley UBA 2012.
- BOUZAS, ROBERTO “Las negociaciones Unión Europea-Mercosur. Entre la lentitud y la indefinición”, en Revista Nueva Sociedad, marzo/abril de 2004.
- BURSESE, EMILIANO “LA libre circulación de personas en el Mercosur y en la región sudamericana: un enfoque migratorio” en LEITA, FRANCISCO; NEGRO, SANDRA (Coords.) *La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Facultad de Derecho UBA – La Ley 2008.
- CHIARETTO, ELISA “La libre circulación de las personas como factor de integración en la Unión Europea”, en LEITA, FRANCISCO; NEGRO, SANDRA (Coords.) *La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Facultad de Derecho UBA – La Ley 2008.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Europeo Económico y Social y el Comité de las Regiones “Próximos pasos para un futuro sustentable europeo.

Acciones europeas para la sustentabilidad”.

- CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA “Integración: nociones generales. Integración económica e integración regional” en NEGRO, SANDRA (Dir.) *Derecho de la Integración*, Editorial BdeF, 2018.
- DELUCA, SANTIAGO, “El Mercosur necesita su Maastricht” en Revista *Pensar en Derecho* n°1, 12/2012, Facultad de Derecho UBA
- DELUCA, SANTIAGO, “El Mercosur tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: ponderación del Laudo TPR N°1/2012” en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional* n°16, enero de 2013 - Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Universidad Complutense de Madrid, España.
- DELUCA, SANTIAGO, “Cambio de paradigma internacional”, en *El Derecho* de 4 de agosto de 2016.
- DELUCA, SANTIAGO, “El MERCOSUR. Su modernización. La Teoría de la integración inversa” en *Revista Jurídica Franco-Argentina/Revue Juridique Franco-Argentine*, Número 1 - Mayo 2019 - IJ-DCCXL-104.
- DELUCA, SANTIAGO, “El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea y Mercosur: ¿Principio de Legalidad de la Normativa Comunitaria?”, ED, vol. 202, 2003.
- DELUCA, SANTIAGO, “La integración en transición”, en *Suplemento de Comercio Exterior*, Diario La Nación, 4/11/2014.
- DELUCA, SANTIAGO, *Unión Europea y Mercosur: los efectos de la norma comunitaria en los ordenamientos jurídicos nacionales*, Editorial Rubinzal Culzoni 2003.
- ELKIN, NATAN “Países Latinoamericanos frente al GATT”, documento de trabajo presentado en 1983 al entonces director del INTAL, Dr. Eduardo R. Conesa.
- FAYT, CARLOS SANTIAGO *Los derechos fundamentales del hombre y sus garantías constitucionales*, Abeledo-Perrot, 1945.
- FERNÁNDEZ NAVARRETE, DONATO *Historia de la Unión Europea: de los*

*orígenes al brexit*, Universidad Autónoma de Madrid, 2019.

- FERNÁNDEZ, WILSON “La inserción internacional del Mercosur. Apuntes sobre el comercio exterior (1988-2006)” en LEITA, Francisco y NEGRO Sandra (coord.) *La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Facultad de Derecho UBA/La Ley 2008.
- FRANKEL, JEFFREY A. *Regional Trading Blocs: in the world economic system*, Institute for International Economics 1997.
- GARCÍA, CARMEN; ODDONE, NAHUEL; SETARO, MARCELO “El MERCOSUR en la Agenda Global del Desarrollo: el PEAS y su vigencia en el marco de los ODS 2030”, en Revista Mercosur de Políticas Sociales, vol.2, 2018.
- GIACALONE, RITA “Regionalismo Latinoamericano: dimensiones actuales” en MELLADO, NOEMÍ (Dir.) *Regionalismo Latinoamericano: dimensiones actuales*, Lerner editora SRL 2014.
- GIRALDO SUÁREZ, ÁNGELA ISABEL “¿Qué tan justo ha sido el libre comercio con el desarrollo de las naciones más pobres?”, en RAMÍREZ CLEVES, GONZALO; MARÍN ARANGUREN, ERLI MARGARITA (Editores) *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Universidad de Externado de Colombia, 2013.
- GURRIERI, ADOLFO “Las ideas del joven Prebisch”, Revista de la CEPAL 75, 12/2001.
- GUTIÉRREZ-PERIS, DIDAC “Euroescepticismo: tres en uno”, en Notes Internacionales CIBOD 118, 05/2015.
- HASS, ERNST, *Beyond the Nation-State. Functionalism and international organization*, Stanford University Press, 1964.
- MITRANY, DAVID *A working peace system: An argument for the functional development of international organization*, Londres 1943.
- MONDELLI, MARCELO “Elementos para profundizar la agenda del Mercosur ciudadano”, en Revista Mercosur de Políticas Sociales, vol. 2, 2018.

- MORATA, FRANCESC *La Unión Europea: procesos, actores y políticas*, Editorial Ariel, 1999.
- NEGRO, SANDRA “Nacimiento y Evolución del Sistema GATT/OMC” en CORREA, Carlos (Coord.) *Comercio Internacional: del GATT a la OMC*, Eudeba 2010.
- ORCALLI, GABRIELE “La política europea para la inmigración de alta calificación: ¿una nueva dimensión de la ciudadanía?” en NEGRO, SANDRA (Coord.) *Lecturas sobre integración regional y comercio internacional*, Facultad de Derecho UBA – La Ley, 2012.
- Organización Mundial del Comercio “Incorporar el comercio para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible”, accesible en [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/booksp\\_s/sdg\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/sdg_s.pdf)
- PÉREZ BUSTAMANTE, ROGELIO *Historia de la Unión Europea*, Dikynson 1997.
- PÉREZ BUSTAMANTE, ROGELIO *Historia de la Unión Europea*, Librería Dykinson, 1997.
- RAMÍREZ CLEVES, GONZALO “La igualdad en la globalización: la idea de comercio justo y justicia global en la transformación del referente valorativo y de las instancias reguladoras”, en RAMÍREZ CLEVES, GONZALO; MARÍN ARANGUREN, ERLI MARGARITA (Editores) *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Universidad de Externado de Colombia, 2013.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, MAXIMILIANO *Introducción al derecho comercial internacional*, Universidad Externado de Colombia 2009.
- SOTO, ALFREDO MARIO, FLOREAL GONZÁLES, FLAVIO *Manual de Derecho de la Integración*, Editorial La Ley 2011.
- TREBER, SALVADOR *Economía Mundial: claves para el siglo XXI*, El Emporio Ediciones, 2005.
- VILLANUEVA, JAVIER “Los esquemas analíticos de la integración económica”, en Boletín de Lecturas Sociales y Económicas, UCA, FCSE, año 3 N°15.

**SECCIÓN**

**METODOLOGÍA, DOCUMENTACIÓN Y  
ENSEÑANZA DEL DERECHO  
INTERNACIONAL**



# **EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MUNDO DEL DERECHO**

## *THE IMPACT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON THE WORLD OF LAW*

GUILLERMO ARGERICH\*

JUAN JORGE\*\*

### **RESUMEN**

Los últimos tiempos redefinieron los límites y alcances de la inteligencia artificial (“IA”), que hoy atraviesa los diversos ámbitos sociales que acogen a las personas. Pero, ¿qué es la IA? ¿Cómo impacta en el trabajo, la educación y, particularmente, el derecho? ¿Qué implicancias éticas conlleva lo anterior? Las siguientes páginas están abocadas a indagar sobre su origen, su presente y su futuro. Hay afirmaciones, proyecciones y reflexiones, pero más interrogantes sobre este nuevo (¿e inexorable?) porvenir.

### *ABSTRACT*

The last few years have redefined the limits and scope of artificial intelligence (“AI”), which today crosses the various social spheres

\* Abogado (UBA). Profesor de derecho internacional privado (UBA). Miembro de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en materia de Derecho Internacional Privado. Consultor en derecho internacional. Contacto: guillermoargerich@derecho.uba.ar.

\*\* Abogado (UBA). Asociado en Marval, O’Farrell & Mairal. Entrenador del equipo de la UBA para la Competencia Internacional de Arbitraje, UBA – Universidad del Rosario (Bogotá); y la Competencia de Arbitraje Internacional de Inversión, American University (Washington) – Universidad Externado de Colombia (Bogotá) – Cámara de Comercio de Bogotá – Asociación Latinoamericana de Arbitraje. Contacto: juan.jorge@live.com.

in which people live. But what is AI? How does it impact on work, education and, particularly, the law? What ethical implications does this entail? The following pages are devoted to explore its origin, present and future. There are statements, projections and reflections, but more questions about this new (and inexorable?) future.

### **PALABRAS-CLAVE**

Inteligencia artificial; derecho; trabajo; educación; ética.

### **KEYWORDS**

Artificial intelligence; law; labour; education; ethics.

*El humano más la máquina no es el futuro,  
sino el presente.*  
Garry Kasparov

## **I. Introducción**

La explosión de la tecnología y el inquietante desarrollo de la inteligencia artificial (a continuación, “IA”) modificaron –y seguirán modificando– todas las relaciones personales, cualquiera sea su ámbito. Fruto de ello, también han sido trastocadas las históricas concepciones de tiempo y espacio, hoy fuertemente relativizadas.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En palabras del sociólogo español Manuel Castells, se aproxima un espacio de flujos y un tiempo sin tiempo. Robert Hassan, por su parte, espera un entorno digital interconectado, la aniquilación del tiempo y el espacio, y la consiguiente disminución del sentido del pasado, presente y futuro. Ver: CALISE, SANTIAGO GABRIEL, “Tiempo y nuevas tecnologías desde la perspectiva de la teoría de sistemas”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, núm. 23, vol. 8, Ciudad de Buenos Aires, Centro de Estudios sobre Ciencia, Desarrollo y Educación Superior, 2013, pp. 1-23. Disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/3810>.

Al igual que Gregorio Samsa, la sociedad del siglo XXI avisa nuevas transformaciones en cada despertar.

¿Nueva era?<sup>2</sup> ¿Revolución tecnológica?<sup>3</sup> ¿Cuarta revolución industrial?<sup>4</sup>

Más allá de los términos empleados, existe un consenso general: en los años venideros seremos testigos de creaciones tecnológicas más revolucionarias que todas las que ha producido la humanidad desde la invención de la rueda, hacia miles de años atrás.<sup>5</sup>

Algunos ejemplos ilustrativos de esta realidad son el GANismo (nuevo estilo pictórico, cuyas siglas se derivan de la tecnología que oficia de pintora: *Generative Adversarial Networks*);<sup>6</sup> Jetson (artífice de “Sunspring”, el primer corto escrito por IA e ideado por el cineasta Oscar Sharp y el artista Ross Goodwin);<sup>7</sup> Watson (sistema ideado por IBM que –entre otras cosas– colaboró con Lexus para escribir el primer guion de una propaganda comercial para TV);<sup>8</sup> Philyra (IA creadora de dos nuevas fragancias para la compañía de cosméticos brasileña O Boticário);<sup>9</sup> AlphaGo (tecnología que sorprendió al mundo tras vencer a diversos campeones del Go –tales

<sup>2</sup> PALACE, VICTOR M., “What if Artificial Intelligence wrote this: Artificial Intelligence and Copyright Law”, *Florida Law Review*, 2019. Disponible en: [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com).

<sup>3</sup> NAZARIAN, ANGELLA, “The Technology Revolution and Its Role in Our Lives”, *Huffpost*, 2014. Disponible en: [www.huffpost.com/entry/the-technology-revolution\\_b\\_4809786](http://www.huffpost.com/entry/the-technology-revolution_b_4809786).

<sup>4</sup> SCHWAB, KLAUS, “The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond”, *World Economic Forum*, 2016. Disponible en: [www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/](http://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/).

<sup>5</sup> OPPENHEIMER, ANDRÉS, *¡Crear o Morir!: la esperanza de Latinoamérica y las cinco claves de la innovación*, Buenos Aires, Debate, 2014, p. 25.

<sup>6</sup> Ver: <http://obvious-art.com/gallery.html>.

<sup>7</sup> Ver: [www.youtube.com/watch?v=LY7x2lhqjmc](http://www.youtube.com/watch?v=LY7x2lhqjmc).

<sup>8</sup> Ver: [www.youtube.com/watch?v=-iaBJ5rqOdg](http://www.youtube.com/watch?v=-iaBJ5rqOdg).

<sup>9</sup> Ver: [www.ibm.com/blogs/research/2018/10/ai-fragrances/](http://www.ibm.com/blogs/research/2018/10/ai-fragrances/).

como Fan Hui, Lee Se-Dol y Ke Jie-);<sup>10</sup> Aiva (primer sistema en ser reconocido oficialmente como compositor, en la SACEM);<sup>11</sup> y Deep Blue (invento que fue capaz de superar en una partida de ajedrez al campeón mundial de aquel entonces, Garry Kasparov),<sup>12</sup> entre otros.<sup>13</sup>

Ello también se evidencia en un estudio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (“OMPI”), que exhibe el rápido crecimiento de las solicitudes de patentes relacionadas a la IA en los últimos años.<sup>14</sup>

Ante este escenario, el ser humano se enfrenta a un sinfín de inquietudes, oportunidades y dificultades. Entre otras cosas, se advierte como la tecnología cambia más rápido que la capacidad de adaptación de las personas,<sup>15</sup> interpelándonos a través de sus co-

<sup>10</sup> El Go (también conocido como “weiqi”, en idioma chino) es un histórico juego de mesa de oriente –inventado incluso con anterioridad a la escritura–, y considerado uno de los “cuatro talentos” a dominar por los literatos chinos desde los tiempos de Confucio. Actualmente, cuenta con millones de jugadores alrededor del mundo. La tecnología creada por Deep Mind triunfó en este juego luego de consecutivos aprendizajes y denominaciones (Crazy Stone, AlphaGo Fan, AlphaGo Lee, AlphaGo Master, AlphaGo Zero). Ver: HASSABIS, DEMIS, SILVER, DAVID, “AlphaGo Zero: Learning from Scratch”, *Deep Mind*, 2017. Disponible en: <https://deepmind.com/blog/alphago-zero-learning-scratch/>. También resulta de interés el documental titulado “AlphaGo” (2017), dirigido por Greg Kohs.

<sup>11</sup> La SACEM es la sociedad de autores, compositores y editores de la música, que organiza los derechos de autor de Francia y Luxemburgo. Ver más en: [www.youtube.com/watch?v=HAfLCTRuh7U](http://www.youtube.com/watch?v=HAfLCTRuh7U).

<sup>12</sup> Ver: [www.chess.com/article/view/deep-blue-kasparov-chess](http://www.chess.com/article/view/deep-blue-kasparov-chess).

<sup>13</sup> Otro ejemplo resonante es ilustrado por la novela Konpyuta ga shosetsu wo kaku hi (“El día que una computadora escribe una novela”), escrita parcialmente por IA japonesa. Esta participó en un concurso literario de oriente, Hoshi Shinichi Literary Award, aunque no logró obtener una mención especial. Entre los fragmentos del texto, se destaca el siguiente: “[l]a computadora, dando prioridad a la búsqueda de su propia alegría, dejó de funcionar para los humanos.” Ver: SHOEMAKER, NATALIE, “Japanese AI Writes a Novel, Nearly Wins Literary Award”, *Big Think*, 2016. Disponible en: <https://bigthink.com/natalie-shoemaker/a-japanese-ai-wrote-a-novel-almost-wins-literary-award>.

rrientes vertiginosas. Aquello que hoy irrumpe como novedoso, al poco tiempo deviene en anticuado o, eventualmente, obsoleto.<sup>16</sup> Como decía Jorge Luis Borges, “no se puede medir el tiempo [sobre todo, estos tiempos] por días, como el dinero por centavos o pesos, porque los pesos son iguales y cada día es distinto y tal vez cada hora.”<sup>17</sup>

Sin forzar la memoria, es fácil recordar aquellos celulares que ofrecían una división entre sus pequeñas pantallas y sus amplios teclados de botones rudimentarios (que, a su vez, exigían combinaciones aritméticas para concretar la escritura). Hoy, ante los ojos cansados de cualquiera, se advierte la progresiva extinción de los teclados y el nacimiento de vastas pantallas “inteligentes”, que responden (e incluso anticipan) las direcciones de su “dueño”.

Entretanto, es posible notar la erupción de dos grandes reacciones generalizadas: la “utópica” y la “distópica”.<sup>18</sup>

La primera ilustra un escenario en donde los seres humanos aprovechan de modo razonable la eficiencia de la tecnología, acrecentando sus resultados laborales, más descanso y felicidad. El

<sup>14</sup> El estudio destaca que, si bien ha disminuido el patentamiento de la investigación teórica referida al uso de la IA en productos y servicios comerciales, existió un crecimiento significativo con respecto a las aplicaciones de IA. Los números son contundentes: cerca de 340.000 familias de patentes, y más de 1.6 millones de artículos científicos relacionados con la IA fueron publicados desde 1960 hasta principios del 2018. En: [www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_1055.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1055.pdf).

<sup>15</sup> ACIÓ, LAURA, D'IPPÓLITO, NICOLÁS, SOSA ESCUDERO, WALTER, “No culpes a la big data”, *Revista Anfibia*, 2018. Disponible en: <http://revistaanfibia.com/ensayo/no-culpes-la-big-data/>.

<sup>16</sup> En este contexto, Umberto Eco advierte que emerge “un consumismo que no tiende a la posesión de objetos de deseo con los que contentarse, sino que inmediatamente los vuelve obsoletos, y el individuo pasa de un consumo a otro en una especie de bulimia sin objetivo”. En: ECO, UMBERTO, *De la estupidez a la locura*, Buenos Aires, Lumen, 2016, p. 10.

<sup>17</sup> BORGES, JORGE LUIS, “Juan Muraña”, en *El Informe de Brodie*, Buenos Aires, Debolsillo, 2013, p. 75.

<sup>18</sup> A pesar de que todas ellas presentan matices, no es menos cierto que comparten notorias características comunes.

reconocido científico Ray Kurzweil también destaca la auspiciante posibilidad de lograr avances en el diagnóstico de enfermedades, expandir las energías renovables, sanear el medio ambiente, proporcionar educación de calidad a gran escala y contribuir al planeta en general.<sup>19</sup> A ello agrega que las guerras, el hambre o las enfermedades podrán erradicarse casi en su totalidad.<sup>20</sup>

Por el contrario, la segunda reacción proyecta las ideas “futuristas” de ciertas novelas y películas del siglo XX (aunque no se limita a ellas),<sup>21</sup> cuyos devenires suelen ser paradójicos y fatales:<sup>22</sup> los robots –en sus diversas formas– concluyen rebelándose

<sup>19</sup> KURZWEIL, RAY, “Don’t fear Artificial Intelligence”, *Revista Time*, 2014. Disponible en: <https://time.com/3641921/dont-fear-artificial-intelligence/>.

<sup>20</sup> IZQUIERDO, ROBIN, “11 Predicciones de futuro de Ray Kurzweil”, *Pandorafms*, 2017. Disponible en: <https://pandorafms.com/blog/es/predicciones-ray-kurzweil/>.

<sup>21</sup> A modo de ejemplo, vale retroceder al año 1967 y revivir las palabras del folklorista argentino Atahualpa Yupanqui, quién a través de una carta ológrafa dedicada a su mujer Nenette, expresó: “[...] pobre mundo nuestro. La tecnología, el mecanicismo, han creado una superestructura y el hombre es devorado por su propia creación, en la que el espíritu no está representado. Como me hubiera gustado vivir 100 años atrás, aún con más luchas y sacrificios, pero en plena vigencia de lo honorable, de la palabra “documento” y del aliento romántico que envolvía toda acción individual o colectiva. Pero, ¿qué hacen? Hoy, es otro el ritmo...”. Ver: <http://epistolarpodcast.com/>. A su vez, ya en el siglo XXI, las inquietudes acerca del devenir de la tecnología y su relación con la humanidad encuentran un ejemplo interesante en el libro *Kentukis* (2018), de la gran escritora argentina Samanta Schweblin. Allí se lee: “... por primera vez se preguntó, con un miedo que casi podría quebrarla, si estaba de pie sobre un mundo del que realmente se pudiera escapar”. En: SCHWEBLIN, SAMANTA, *Kentukis*, Ciudad de Buenos Aires, Literatura Random House, 2018, p. 221.

<sup>22</sup> En este sentido, como destaca Ana Laura Diedrichs, “el cine y la literatura le han dado una connotación negativa a la IA”. Ver: DIEDRICHS, ANA LAURA, “Ética 2.0”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, pp. 51-54. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030).

contra la humanidad, es decir, contra sus propios creadores.<sup>23</sup> Basta recordar *Metropolis* (1927), *Blade Runner* (1982), *The Terminator* (1984), o *The Matrix* (1999), entre tantas otras películas.<sup>24</sup> En el campo literario, también aparecen novelas como *With Folded Hands* (1947), o incluso *Yo, Robot* (1950), la cual encierra fuertes encrucijadas a partir de sus “Tres Leyes de la Robótica”, y el liderazgo final de los robots. La música (en especial, el *rock*) también ofrece perspectivas de resquemor.<sup>25</sup>

Ante ello, cabe reflexionar y preguntarnos: ¿La ficción se asemeja a la realidad? En otras palabras, ¿la actualidad refleja situaciones similares a las aludidas anteriormente?, ¿los tiempos de hoy permiten elucubrar consecuencias de una magnitud parecida?

¿La tecnología cumple un rol de complementación o cooperación? Por lo contrario, ¿debemos preocuparnos por el incierto devenir, ante horizontes de sustitución o reemplazo? Acaso, ¿es posible esperar una dominación total de la tecnología?

Sumado a ello, ¿cuál es el impacto de las invenciones modernas en la educación, el trabajo y —en particular— el área del derecho? ¿Cuáles son las perspectivas a futuro en estos campos? ¿Qué rol ocupa (y/o debería ocupar) la ética y la moral en todo esto?

<sup>23</sup> Ver: BARRETT, ANTHONY M., BAUM, SETH D., “A model of pathways to artificial superintelligence catastrophe for risk and decision analysis”, en DIETRICH, ERIC (ed.), *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence*, vol. 29, num. 2, 2017, pp. 397-414.

<sup>24</sup> Ver: EBIRI, BILGE, “The 15 Best Robot Movies of All Time”, *Vulture*, 2015. Disponible en: [www.vulture.com/2015/03/15-best-robot-movies-of-all-time.html](http://www.vulture.com/2015/03/15-best-robot-movies-of-all-time.html).

<sup>25</sup> Entre tantos ejemplos, vale mencionar: *Welcome to the Machine* (1975), Pink Floyd; *I Robot* (1977), The Alan Parsons Project; *Video Killed the Radio Star* (1980), The Buggles; *Paranoid Android* (1997), Radiohead; *Technologic* (2005), Daft Punk; *Everyday Robots* (2014), Damon Albarn; *Primavera* (2017), Charly García; *Simulation Theory* (2018), Muse; *Contrapunto para Humano y Computadora* (2019), El Cuarteto de Nos.

*Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas,  
de pronto, cambiaron todas las preguntas.*

Mario Benedetti

## II. Robbie: qué es la IA

### 1. Origen y definición

Entre proyecciones y afirmaciones estridentes, florece una realidad cuyo nacimiento (al menos conceptual) se encuentra en 1956:<sup>26</sup> John Patrick McCarthy, entonces prominente científico norteamericano, introdujo en aquel año el término “inteligencia artificial” en una conferencia llevada a cabo en la Universidad de Dartmouth, Estados Unidos.<sup>27</sup> Hoy, tras más de medio siglo trans-

<sup>26</sup> Sin embargo, con anterioridad a 1956, diversos pensadores ya se habían involucrado en las raíces de lo que resultó ser la “inteligencia artificial”. Alan Turing, junto a Alonzo Church, advirtieron que cualquier proceso de razonamiento formal podían simularse mediante máquinas digitales. Luego, Turing desarrolló la autodenominada “prueba de Turing”, en aras de probar la inteligencia de las máquinas. Más atrás en el tiempo, Thomas Hobbes aportó al desarrollo de la teoría computacional de la mente, señalando “por raciocinio, me refiero a computación”. También Rene Descartes también sembró la semilla de la duda sobre las máquinas y su eventual capacidad de “pensar”, cuestión que hoy ha germinado en arduos y extensos debates. Ver: SOLUM, LAWRENCE B., “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, *North Carolina Law Review*, vol. 70, num. 4, 1992, pp. 1231-1287.

<sup>27</sup> Previo a ello, solía recurrirse a la denominación “inteligencia de máquina” (*machine intelligence*). Acerca de la utilización del concepto “inteligencia” para la mencionada tecnología, ver: SOLUM, LAWRENCE B., “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, *North Carolina Law Review*, vol. 70, núm. 4, 1992, pp. 1235-1287; GONZÁLEZ, RODRIGO, “El Test de Turing: Dos Mitos, Un Dogma”, *Revista de Filosofía- Universidad de Chile, Facultad de Filosofía y Humanidades*, vol. 63, 2007, pp. 37-53. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-43602007000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602007000100003).

currido desde entonces, cada pieza de tecnología que poseemos tiene algún tipo de IA.<sup>28</sup>

Pero, ¿de qué se habla cuándo se habla de IA?

Antes de ahondar en su definición, advertimos que todas ellas adolecen de arbitrariedad, aunque a su vez resultan necesarias para indagar, entender y comprender lo significado. En temas como los aquí tratados, esto último se evidencia con claridad: si bien la tecnología –y la IA, en particular– atraviesa cada partícula de la cotidianidad, también ha sido objeto de cuantiosas investigaciones científicas, y su cabal entendimiento exige (aun para los especialistas) un importante desarrollo intelectual. A ello cabe agregar que “no existe una definición establecida y unánimemente aceptada” de la IA.<sup>29</sup>

Históricamente, la “voz” científica (representada por Herbert Alexander Simon, Allen Newell y Edward Albert Feigenbaum, entre otros)<sup>30</sup> concibió a la IA como un tipo de procesamiento autónomo que opera en conjunción con la inteligencia humana, interaccionando con ella.<sup>31</sup> John Patrick McCarthy, por su parte,

<sup>28</sup> MILLS, TERENCE, “Artificial General Intelligence Breakthroughs To Watch Out For In 2018”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/18/artificial-general-intelligence-breakthroughs-to-watch-out-for-in-2018/#10bb30e86f83](http://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/18/artificial-general-intelligence-breakthroughs-to-watch-out-for-in-2018/#10bb30e86f83).

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ, DIEGO, “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho”, *La Ley*, 2007, pp. 6-7.

<sup>30</sup> Con relación a Herbert Alexander Simon, vale destacar el encuentro suscitado entre este y Jorge Luis Borges (entonces director de la Biblioteca Nacional), que fue retratado por la revista *Primera Plana*. Entre los diálogos reproducidos, sobresale el siguiente: “Frente a determinado problema la computadora se comporta, también, de determinada manera. (...)” [Simon]. “¿Qué quiere decir con comportamiento? Porque éste sería un proceso mecánico, me refiero por supuesto al de la computadora.” [Borges]. “Sí, es un proceso mecánico. Pero yo pienso (...) que el ser humano tiene también un comportamiento de tipo mecánico, similar al de la computadora.” [Simon]. Disponible en: <http://oyeborges.blogspot.com/>.

<sup>31</sup> CASANOVAS, POMPEU, “Derecho, Tecnología, Inteligencia Artificial y Web Semántica. Un Mundo para Todos y para Cada Uno”, en FABRA ZAMORA,

explicó que la IA abarca “la ciencia e ingeniería de crear máquinas inteligentes, en especial, programas de computación inteligentes” y que “encuentra relación con la tarea de usar ordenadores para comprender la inteligencia humana.”<sup>32</sup>

La Real Academia Española define a la IA como la “disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”.<sup>33</sup> La Enciclopedia de la Genética, Genómica, Proteómica e Informática concibe a la IA como “un dispositivo (computadora) capaz de funcionar similarmente a la inteligencia humana, es decir, con aptitudes de aprendizaje, razonamiento y superación personal”.<sup>34</sup> Asimismo, otros diccionarios *online* estipulan que la IA abarca “la teoría y el desarrollo de sistemas informáticos capaces de realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como la percepción visual, el reconocimiento de voz, la toma de decisiones y la traducción de idiomas”;<sup>35</sup> o bien un “conjunto de técnicas que, mediante el empleo de la informática, permite la realización automática de operaciones hasta ahora exclusivas de la inteligencia humana”.<sup>36</sup>

JORGE LUIS, NÚÑEZ VAQUERO, ÁLVARO (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 876.

<sup>32</sup> MCCARTHY, JOHN, “What is Artificial Intelligence?”, *Stanford University*, 2007. Disponible en: [www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/whatisai.html](http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/whatisai.html).

<sup>33</sup> A su vez, la RAE distingue a la “inteligencia emocional” como la “capacidad de percibir y controlar los propios sentimientos y saber interpretar los de los demás”. Ver: <https://dle.rae.es/srv/fetch?id=LqtyoaQ>.

<sup>34</sup> Ver: <https://link.springer.com/>.

<sup>35</sup> Ver: [www.lexico.com/en/](http://www.lexico.com/en/).

<sup>36</sup> Ver: [www.wordreference.com/](http://www.wordreference.com/). Para acceder a mayores definiciones, ver: MARR, BERNARD, “The Key Definitions of Artificial Intelligence (AI) That Explain Its Importance”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/](http://www.forbes.com/).

Laura Ación, Nicolás D'Ippólito y Walter Sosa Escudero, científicos del CONICET,<sup>37</sup> coinciden en que “por lo general, se entiende como IA a la capacidad de las máquinas de copiar el comportamiento humano”.<sup>38</sup> En sentido similar, Diego Fernández concluye que hay “cierto consenso en que el concepto se refiere a sistemas que cuentan con una inteligencia que intenta asemejarse a la que poseen los seres humanos, lo que implica ir más allá del mero procesamiento de datos”.<sup>39</sup> Sin embargo, Juan Corvalán advierte que “el desarrollo de la inteligencia artificial no consiste –al menos exclusivamente– en imitar o copiar el cerebro humano”,<sup>40</sup> aunque reconoce una asimilación entre el funcionamiento del cerebro y los sistemas de la IA, ya que ambos se valen de cierta selección de información para elaborar una conclusión.

## 2. Glosario 4.0

### i. Algoritmos

Tras la nueva ola de la IA, el algoritmo devino en un término popular,<sup>41</sup> minando títulos de diarios y zócalos de variados progra-

<sup>37</sup> Las siglas CONICET refieren al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina). Para conocer más sobre esta noble institución, ver: [www.conicet.gov.ar/](http://www.conicet.gov.ar/).

<sup>38</sup> ACIÓN, LAURA, D'IPPÓLITO, NICOLÁS, SOSA ESCUDERO, WALTER, “No culpes a la big data”, *Revista Anfibia*, 2018. Disponible en: <http://revistaanfibia.com/ensayo/no-culpes-la-big-data/>.

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ, DIEGO, “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho”, *La Ley*, 2007, pp. 6-7.

<sup>40</sup> CORVALÁN, JUAN G., “Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial”, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, vol. 8, núm. 2, 2017, p. 56. Disponible en: [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net).

<sup>41</sup> Antes, el algoritmo era un término mayormente reservado al ambiente matemático. A modo de ejemplo, en los años 1600 y 1700, los japoneses disfrutaban jugar a resolver desafíos matemáticos, escribiendo y resolviendo problemas geométricos y algoritmos en tablas de madera llamadas *sangaku*. Ver: GONFALONIERI, ALEXANDRE, “What is an AI Algorithm?”, *Medium*, 2019. Disponible en: <https://medium.com/predict/what-is-an-ai-algorithm-aceeab80e7e3>.

mas de televisión. En el dialogo cotidiano, suele referirse a ellos con desconocimiento, como si fueran “genios malvados, demiurgos traviesos o el espinazo de megacorporaciones sin escrúpulos”.<sup>42</sup> Sin embargo, dicha personificación contrasta con su verdad.

Un algoritmo es, antes que nada, “una receta matemática”, “preestablecida, rígida y codificada”.<sup>43</sup> Como tal, el ser humano debe proveerla de información, para que luego estas la procesen y emitan una respuesta de clasificación, predicción o ambas en correlación con aquella. Visto desde otra perspectiva, un algoritmo simplemente le transmite a la computadora qué hacer, a través de proposiciones tales como “y”, “o”, “no”.<sup>44</sup>

Especialistas distinguen a los algoritmos “básicos” de los algoritmos “complejos”, según la diversidad de reglas, cálculos y operaciones que involucran. En efecto, un algoritmo puede contar con una secuencia de declaraciones simples (si ‘luego), o una secuencia de ecuaciones más complejas, que supongan mayores interrelaciones lógicas y concluyan en intrincados laberintos de fórmulas matemáticas.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> FANJUL, SERGIO C., “En realidad, ¿qué [...] es exactamente un algoritmo?”, *El País*, 2018. Disponible en: [https://retina.elpais.com/retina/2018/03/22/tendencias/1521745909\\_941081.html](https://retina.elpais.com/retina/2018/03/22/tendencias/1521745909_941081.html).

<sup>43</sup> MANTEGNA, MICAELA, “Ok Computer: ¿de qué hablamos cuando hablamos de IA?”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, p. 92. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030); ISMAIL, KAYA, “AI vs. Algorithms: What’s the Difference?”, *CMS Wire*, 2018. Disponible en: [www.cmswire.com/information-management/ai-vs-algorithms-whats-the-difference/](http://www.cmswire.com/information-management/ai-vs-algorithms-whats-the-difference/).

<sup>44</sup> GONFALONIERI, ALEXANDRE, “What is an AI Algorithm?”, *Medium*, 2019. Disponible en: <https://medium.com/predict/what-is-an-ai-algorithm-aceeab80e7e3>.

<sup>45</sup> BERENDSEN, BEREND, “What’s The Difference Between Artificial Intelligence, Machine Learning and Algorithms?”, *Widget Brain*, 2015. Disponible en: <https://widgetbrain.com/difference-between-ai-ml-algorithms/>.

A modo de ejemplo, su practicidad puede observarse en los filtros de correos electrónicos “basura”,<sup>46</sup> los sistemas de recomendación de productos (sean musicales o cinematográficos, entre otros),<sup>47</sup> y los programas de reconocimiento de rostros.<sup>48</sup>

## **ii. Aprendizaje automático**

El aprendizaje automático (*machine learning*, en su idioma original) se refiere a una amplia categoría de técnicas informáticas aplicadas dentro del campo de la IA.<sup>49</sup> Simplificadamente, este describe un sistema capaz de aprender a partir del ejemplo, en base a modelos algorítmicos.<sup>50</sup> En otras palabras, alude a una automatización basada en el uso intensivo de datos, que son procesados a través de algoritmos.

<sup>46</sup> SURDEN, HARRY, “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, *Georgia State University Law Review*, vol. 35, núm. 4, 2019, pp. 1305-1338. Disponible en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

<sup>47</sup> Respecto a Spotify, ver: BOAM, ERIC, “I Decoded the Spotify Recommendation Algorithm. Here’s What I Found”, *Medium*, 2014. Disponible en: <https://medium.com/@ericboam/i-decoded-the-spotify-recommendation-algorithm-heres-what-i-found-4b0f3654035b>. En relación con Netflix, ver: RAMACHANDRAN, SHALINI, FLINT, JOE, “At Netflix, Who Wins When It’s Hollywood vs. the Algorithm?”, *The Wall Street Journal*, 2018. Disponible en: [www.wsj.com/articles/at-netflix-who-wins-when-its-hollywood-vs-the-algorithm-1541826015](http://www.wsj.com/articles/at-netflix-who-wins-when-its-hollywood-vs-the-algorithm-1541826015).

<sup>48</sup> DIEDRICHS, ANA LAURA, “Ética 2.0”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, pp. 51-54. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030).

<sup>49</sup> El aprendizaje automático es técnicamente una rama de la IA. Como destaca Ana Laura Diedrichs, “un subcampo de la IA es el aprendizaje automático que permite construir modelos complejos a partir de datos reales”. Ver: DIEDRICHS, ANA LAURA, “Ética 2.0”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, p. 51. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030).

<sup>50</sup> HACKER, PHILIPP, “Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 55, núm. 4, 2018, pp. 1143-1185. Disponible en: <http://kluwer.com/>.

En esencia, la mayoría de los métodos de aprendizaje automático funcionan mediante la detección de patrones útiles en un océano de datos,<sup>51</sup> para su aplicación en diversas tareas (desde conducir un vehículo, hasta detectar fraude en ciertas operaciones bursátiles).<sup>52</sup> Es decir, estos métodos se basan en la idea de construir máquinas que procesen datos y aprendan por su cuenta, sin la supervisión constante del ser humano.<sup>53</sup>

A primera vista, el aprendizaje automático promete erradicar (o al menos reducir) el sesgo humano en los procesos de toma de decisiones. Sin embargo, ciertos casos recientes arrojan dudas sobre dicha capacidad, y encienden temores sobre la posible exacerbación y perpetuación del sesgo humano, canalizada a través de los sistemas en cuestión. En 2014, COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*)<sup>54</sup> fue denunciado por discriminar presuntos delincuentes de tez oscura.<sup>55</sup> En 2015, el

<sup>51</sup> Precisamente, el aprendizaje automático encuentra su razón de ser en la comprensión de que era más eficiente “enseñarle” a las computadoras cómo aprender, que “enseñarles” a realizar cada tarea posible; y el gran avance de internet, que llevó a permitir un nivel de almacenamiento de información sin precedentes. Ver: MILLS, TERENCE, “Machine Learning Vs. Artificial Intelligence: How Are They Different?”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different/#47aaea4c3521](http://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different/#47aaea4c3521).

<sup>52</sup> SURDEN, HARRY, “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, *Georgia State University Law Review*, vol. 35, núm. 4, 2019, pp. 1305-1338. Disponible en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

<sup>53</sup> MILLS, TERENCE, “Machine Learning Vs. Artificial Intelligence: How Are They Different?”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different/#47aaea4c3521](http://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different/#47aaea4c3521).

<sup>54</sup> COMPAS es un sistema algorítmico que predice las probabilidades de reincidencia de un acusado, y es utilizado con frecuencia por los tribunales de Estados Unidos para decidir sobre su excarcelación.

<sup>55</sup> ANGWIN, JULIA, LARSON, JEFF, MATTU, SURYA, KIRCHNER, LAUREN, “Machine Bias”, *ProPublica*, 2016. Disponible en: [www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing](http://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing). Ver más en: ANGWIN, JULIA, LARSON, JEFF, MATTU, SURYA, KIRCHNER, LAUREN, “How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm”, *ProPublica*, 2016. Disponible en: [www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm](http://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm).

algoritmo de reconocimiento facial de Google asoció a dos afroamericanos con gorilas.<sup>56</sup> Estos ejemplos permiten concluir que, ante la creciente automatización y promoción de estas técnicas, el sesgo algorítmico debe ser considerado un reto clave para las sociedades modernas.<sup>57</sup>

### **iii. Aprendizaje profundo**

“Mientras que los algoritmos tradicionales de aprendizaje automático son lineales, los algoritmos de aprendizaje profundo se apilan en una jerarquía de creciente complejidad y abstracción”, señala Margaret Rouse.<sup>58</sup>

Para una mayor comprensión acerca del aprendizaje profundo (*deep learning*, en inglés), la autora propone imaginar a un niño, cuya primera palabra enunciada es “perro”. Este aprenderá lo que es (y lo que no es) un perro señalando objetos y mencionando su nombre. Durante el trayecto de aprendizaje sus seres cercanos podrán aclararle que tal objeto no es un perro, o que tal otro sí lo es. Mientras tanto, el niño continuará apuntando objetos y adquiriendo mayor conciencia de las características comunes que po-

[www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compass-recidivism-algorithm](http://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compass-recidivism-algorithm); BRENNAN, TIM, DIETERICH, WILLIAM, EHRET, BEATE, “Evaluating The Predictive Validity Of The Compass Risk And Needs Assessment System”, *Criminal Justice & Behavior*, vol. 36, núm. 1, 2009, pp. 21-40. Disponible en: [www.northpointeinc.com/](http://www.northpointeinc.com/).

<sup>56</sup> SCHUPAK, AMANDA, “Google apologizes for mis-tagging photos of African Americans”, *CBS News*, 2015. Disponible en: [www.cbsnews.com/news/google-photos-labeled-pics-of-african-americans-as-gorillas/](http://www.cbsnews.com/news/google-photos-labeled-pics-of-african-americans-as-gorillas/); DOUGHERTY, CONOR, “Google Photos Mistakenly Labels Black People ‘Gorillas’”, *The New York Times (Bits)*, 2015. Disponible en: <https://bits.blogs.nytimes.com/2015/07/01/google-photos-mistakenly-labels-black-people-gorillas/>.

<sup>57</sup> HACKER, PHILIPP, “Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 55, núm. 4, 2018, pp. 1143-1185. Disponible en: <http://kluwer.com/>.

<sup>58</sup> ROUSE, MARGARET, “Aprendizaje profundo (deep learning)”, *Search Data Center*, 2017. Disponible en: <https://searchdatacenter.techtarget.com/es/definicion/Aprendizaje-profundo-deep-learning>.

seen los perros. Sin saberlo, el niño estará adquiriendo una abstracción compleja (el concepto “perro”), construyendo una jerarquía de capas o niveles de abstracción.

Los programas informáticos que utilizan el aprendizaje profundo transitan por el mismo proceso. Cada algoritmo absorbe información, y utiliza lo que aprende para crear un modelo estadístico. Estas interacciones continúan hasta que se alcanza un nivel de precisión aceptable.<sup>59</sup> Justamente, el número de capas de procesamiento a través de las cuales los datos deben pasar es lo que inspiró la etiqueta de profundidad (*deep*) para la técnica mencionada.<sup>60</sup> Este mecanismo de aprendizaje es utilizado para construir y entrenar redes neuronales artificiales.

#### **iv. Redes neuronales artificiales**

Las redes neuronales artificiales (*artificial neural networks*, en su idioma original) describen un tipo de sistema informático diseñado para clasificar la información tal como lo hacen las neuronas de los propios cerebros.<sup>61</sup> Dicha semejanza no es caprichosa: las redes neuronales artificiales encuentran su inspiración en la fisio-

<sup>59</sup> A modo de ejemplo, esta lógica es seguida por Google y sus diversas aplicaciones basadas en el “aprendizaje profundo”, que funcionan mediante el aprendizaje de capas de representaciones para tareas como el reconocimiento de imágenes y el habla. Ver: HAMMOND, KRIS, “What is artificial intelligence?”, *Computerworld*, 2015. Disponible en: [www.computerworld.com/article/2906336/what-is-artificial-intelligence.html](http://www.computerworld.com/article/2906336/what-is-artificial-intelligence.html).

<sup>60</sup> ROUSE, MARGARET, “Aprendizaje profundo (deep learning)”, *Search Data Center*, 2017. Disponible en: <https://searchdatacenter.techtarget.com/es/definicion/Aprendizaje-profundo-deep-learning>.

<sup>61</sup> MILLS, TERENCE, “Machine Learning Vs. Artificial Intelligence: How Are They Different?”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different/#47aeea4c3521](http://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different/#47aeea4c3521); MILLS, TERENCE, “Artificial General Intelligence Breakthroughs To Watch Out For In 2018”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/18/artificial-general-intelligence-breakthroughs-to-watch-out-for-in-2018/#10bb30e86f83](http://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/18/artificial-general-intelligence-breakthroughs-to-watch-out-for-in-2018/#10bb30e86f83).

logía de los cerebros de los animales, la cual supone un gran número de procesadores (neuronas) que interactúan dentro de un sistema donde se transmiten diversas señales.<sup>62</sup> De la misma manera, las redes neuronales artificiales están basadas en cuantiosos procesadores relativamente simples (unidades), que funcionan en paralelo y se conectan entre sí mediante un sistema de enlaces, a través del cual se transmiten señales.<sup>63</sup>

Estos sistemas permiten la visualización de imágenes, el reconocimiento de los elementos existentes en ellas y su clasificación, a través de un circuito de retroalimentación para el “aprendizaje”. De esta forma, las redes neuronales artificiales permiten desentrañar si sus decisiones fueron correctas o erradas, y eventualmente cambiar su enfoque para mejorar en el futuro.<sup>64</sup>

Si bien las redes neuronales artificiales no son nuevas en las ciencias de la computación, su aplicación en los últimos años ha crecido exponencialmente gracias a los avances de la tecnología.<sup>65</sup> AlphaGo ofrece un caso paradigmático dentro de este campo. El sistema creado por Deep Mind evaluó diversas estrategias practicadas por los expertos en el juego Go, para luego entrenarlas y practicarlas. AlphaGo se valió de un algoritmo basado únicamente en el aprendizaje por refuerzo (*reinforcement learning*,

<sup>62</sup> PRATT, IAN, “Neural Networks”, *Artificial Intelligence. Macmillan Computer Science Series*, 1994, pp. 216-217.

<sup>63</sup> PRATT, IAN, “Neural Networks”, *Artificial Intelligence. Macmillan Computer Science Series*, 1994, pp. 216-217.

<sup>64</sup> MILLS, TERENCE, “Machine Learning Vs. Artificial Intelligence: How Are They Different?”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different/#47aaea4c3521](http://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different/#47aaea4c3521).

<sup>65</sup> En efecto, se han desarrollado varios tipos de redes neuronales a lo largo de los años, muchas de las cuales se aplican al procesamiento de lenguaje natural (*natural language processing*). Ver: PIETERS, MATHIJS, WIERING, MARCO, “Comparison of Machine Learning Techniques for Multi-label Genre Classification”, en CUZZOCREA, ALFREDO, DU, XIAOYONG, KARA, ORHUN, LIU, TING, SLEZAK, DOMINIK, YANG, XIAOKANG (eds.), *Communications in Computer and Information Science*, Basilea, Springer, 2018. Disponible en: <https://link.springer.com/>.

en inglés), sin datos humanos, orientación o conocimiento alguno más allá de las reglas del juego. Así, este sistema se convirtió en su propio maestro: su red neuronal mejoró con la práctica, tejiendo una “idea” de juego cada vez más sofisticada y efectiva. Tal crecimiento se evidenció cuando AlphaGo Zero (última versión del sistema en cuestión) logró un rendimiento excepcional contra AlphaGo (tecnología anterior, que ya había logrado notables logros), triunfando en cien partidas consecutivas.<sup>66</sup>

En consecuencia, las redes neuronales artificiales engloban una visión distinta a los sistemas de IA “tradicionales”, al exhibir muchas técnicas propias del razonamiento humano: olvido de información irrelevante; apoyo en la “memoria”; resistencia a datos “ruidosos” y propensos a errores; etc.<sup>67</sup>

Sin embargo, este campo de la IA está en su “infancia”: las redes neuronales artificiales que se utilizan en la actualidad representan una gran simplificación de la anatomía cerebral, y sólo están preparadas para completar determinadas tareas específicas.<sup>68</sup> Aun así, existen iniciativas auspicientes.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> SILVER, DAVID, SCHRITTWIESER, JULIAN, SIMONYAN, KAREN, ANTONOGLIOU, IOANNIS, HUANG, AJA, GUEZ, ARTHUR, HUBERT, THOMAS, BAKER, LUCAS, LAI, MATTHEW, BOLTON, ADRIAN, CHEN, YUTIAN, LILICRAP, TIMOTHY, HUI, FAN, SIFRE, LAURENT, VAN DEN DRIESSCHE, GEORGE, GRAEPEL, THORE, HASSABIS, DEMIS, “Mastering the game of Go without human knowledge”, *Nature*, 2017. Disponible en: [www.nature.com/articles/nature24270](http://www.nature.com/articles/nature24270).

<sup>67</sup> PRATT, IAN, “Neural Networks”, *Artificial Intelligence. Macmillan Computer Science Series*, 1994, pp. 216-217.

<sup>68</sup> MILLS, TERENCE, “Artificial General Intelligence Breakthroughs To Watch Out For In 2018”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/18/artificial-general-intelligence-breakthroughs-to-watch-out-for-in-2018/#10bb30e86f83](http://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/18/artificial-general-intelligence-breakthroughs-to-watch-out-for-in-2018/#10bb30e86f83).

<sup>69</sup> Entre los proyectos que pretenden revolucionar las redes neuronales artificiales, se destaca el liderado por Hiroshi Yamakawa, “Whole Brain Architecture Initiative”. Ver: <https://wba-initiative.org/en/about>.

### 3. Pasado, presente y futuro: juego de contrastes

#### i. IA “débil” vs. IA “fuerte”

En el 1980, el filósofo estadounidense John Rogers Searle introdujo las terminologías “débil” y “fuerte” (*weak* y *strong*, en su idioma original) para caracterizar a la IA, en aras de contestar la siguiente pregunta: ¿Qué significado psicológico y filosófico merecen los recientes esfuerzos tendientes a lograr que las computadoras simulen las capacidades humanas cognitivas? Y en última instancia, ahondar en una duda existencial: ¿Las máquinas pueden pensar?<sup>70</sup>

Desde entonces, los especialistas suelen valerse de esta sencilla clasificación para distinguir a la IA según sus usos y posibilidades: la IA “débil” abarca la visión, el habla y diversos mecanismos computacionales de aprendizaje; y la IA “fuerte” supone una posible conciencia y capacidad de sentir, cuya existencia –a diferencia de la anterior– es tan solo aspiracional.<sup>71</sup>

La IA “débil” se focaliza en ciertas tareas cognitivas que cualquier ser humano podría realizar (por ejemplo, cálculos complejos), y comprende sistemas inteligentes de comercio de acciones, *softwares* de reconocimiento de voz o incluso la conducción automatizada.<sup>72</sup> En palabras de Searle, la IA “débil” aporta un gran va-

<sup>70</sup> Las preguntas, en su idioma original, fueron escritas en los términos que siguen: “What psychological and philosophical significance should we attach to recent efforts at computer simulations of human cognitive capacities?”; y: “Could a machine think?”. Ver: SEARLE, JOHN R., “Minds, Brains, and Programs”, *The Behavioral and Brain Sciences*, 1980, pp. 417-424. Disponible en: [web.csulb.edu/~cwallis/382/readings/482/searle.minds.brains.programs.bbs.1980.pdf](http://web.csulb.edu/~cwallis/382/readings/482/searle.minds.brains.programs.bbs.1980.pdf).

<sup>71</sup> Ver la intervención de Marcela Riccillo en: [www.youtube.com/watch?v=WZuUba-sc1g](https://www.youtube.com/watch?v=WZuUba-sc1g). Para una mejor comprensión, ver: <https://iahuawei.xataka.com/inteligencia-artificial-debil-vs-fuerte-donde-llega-otra-infografia/>.

<sup>72</sup> MILLS, TERENCE, “Machine Learning Vs. Artificial Intelligence: How Are They Different?”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different/#47aaea4c3521](https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/07/11/machine-learning-vs-artificial-intelligence-how-are-they-different/#47aaea4c3521).

lor para el estudio de la mente, ya que permite formular y probar hipótesis de una manera más precisa y rigurosa.<sup>73</sup>

La IA “fuerte” pretende simular genuinamente el razonamiento humano. En decir de Searle, la computadora no sería (en este contexto) simplemente una herramienta para el estudio de la mente, sino –más bien– la mente misma. Esto lleva a concluir que dicha tecnología podría “entender” y apoyarse en otros estados cognitivos,<sup>74</sup> realizando cualquier tarea intelectual disponible para el ser humano. Al igual que un ser humano, no necesitaría que le enseñen a caminar; lo averiguaría a través de su experiencia. Acaso, ¿podrían soñar con ovejas eléctricas?<sup>75</sup>

En cualquier caso, ya fue advertido que el estado actual de la técnica aun no permite que las creaciones derivadas de la IA tomen decisiones intelectuales de naturaleza semejante a la del ser humano, o bien que involucren su característico “instinto”, o esencia creativa.<sup>76</sup> Hasta los ejemplos más vislumbrantes (llámese Jetson, Aiva o AlphaGo) solo recopilan parte de esta condición, todavía ex-

<sup>73</sup> SEARLE, JOHN R., “Minds, Brains, and Programs”, *The Behavioral and Brain Sciences*, 1980, pp. 417-424. Disponible en: [web.csulb.edu/~cwallis/382/readings/482/searle.minds.brains.programs.bbs.1980.pdf](http://web.csulb.edu/~cwallis/382/readings/482/searle.minds.brains.programs.bbs.1980.pdf). Ver más en: KUMAR, ELA, *Artificial Intelligence*, Nueva Delhi, I.K. International Publishing House, 2013.

<sup>74</sup> SEARLE, JOHN R., “Minds, Brains, and Programs”, *The Behavioral and Brain Sciences*, 1980, pp. 417-424. Disponible en: [web.csulb.edu/~cwallis/382/readings/482/searle.minds.brains.programs.bbs.1980.pdf](http://web.csulb.edu/~cwallis/382/readings/482/searle.minds.brains.programs.bbs.1980.pdf).

<sup>75</sup> La pregunta alude a la reconocida novela de Philip Dick, “¿Sueñan los androides con ovejas eléctricas?”, que plantea un escenario futurista espeluznante.

<sup>76</sup> MILLS, TERENCE, “Artificial General Intelligence Breakthroughs To Watch Out For In 2018”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/18/artificial-general-intelligence-breakthroughs-to-watch-out-for-in-2018/#10bb30e86f83](http://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/06/18/artificial-general-intelligence-breakthroughs-to-watch-out-for-in-2018/#10bb30e86f83); MARR, BERNARD, “A Short History of Machine Learning - Every Manager Should Read”, *Forbes*, 2016. Disponible en: [www.forbes.com/sites/bernardmarr/2016/02/19/a-short-history-of-machine-learning-every-manager-should-read/#15466f4d15e7](http://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2016/02/19/a-short-history-of-machine-learning-every-manager-should-read/#15466f4d15e7).

clusiva de los humanos. En efecto, algunas decisiones que los humanos “dan por sentado”, hoy abrumarían la mente de una máquina.<sup>77</sup>

## **ii. IA “estrecha” vs. IA “general”**

Los sistemas de IA pueden emitir recomendaciones en función de su comportamiento pasado, aprender a reconocer imágenes a partir de ejemplos o tomar decisiones basadas en la síntesis de evidencia. Empero, todos ellos están limitados a una o más prácticas concretas, y no a una generalidad de tareas.<sup>78</sup>

En este sentido, los especialistas también se valen de la palabra “estrecha” para describir a una IA limitada a realizar tareas específicas y altamente restringidas (*artificial narrow intelligence*),<sup>79</sup> tales como la predicción climatológica, la planificación del tiempo, el reconocimiento de voces humanas, la lectura de textos o la pre-

<sup>77</sup> MILLS, TERENCE, “AI Vs AGI: What’s The Difference?”, *Forbes*, 2018. Disponible en: [www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/09/17/ai-vs-agi-whats-the-difference/#250ac3b538ee](http://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2018/09/17/ai-vs-agi-whats-the-difference/#250ac3b538ee).

<sup>78</sup> Originariamente, el objetivo predominante en el campo de la IA fue construir “máquinas pensantes”, es decir, sistemas informáticos con inteligencia similar o superior a la humana. Sin embargo, ante las dificultades que arrojó esta tarea, la mayoría de los investigadores contemporáneos se han centrado en la IA “estrecha”. En consecuencia, hoy los sistemas de IA escapan a ciertas habilidades humanas tales como el razonamiento abstracto, la comprensión de conceptos, el entendimiento flexible, las habilidades generales de resolución de conflictos y el amplio espectro de funciones adicionales que están asociadas con la inteligencia humana. En: SURDEN, HARRY, “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, *Georgia State University Law Review*, vol. 35, núm. 4, 2019, pp. 1305-1338. Disponible en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org); HAMMOND, KRIS, “What is artificial intelligence?”, *Computerworld*, 2015. Disponible en: [www.computerworld.com/article/2906336/what-is-artificial-intelligence.html](http://www.computerworld.com/article/2906336/what-is-artificial-intelligence.html).

<sup>79</sup> No obstante, advertimos que ciertos autores asemejan a la IA “general” con la IA “fuerte”; y a la IA “débil” con la IA “estrecha” o “específica”. Ver: SURDEN, HARRY, “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, *Georgia State University Law Review*, vol. 35, núm. 4, 2019, pp. 1305-1338. Disponible en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

visión en la agricultura.<sup>80</sup> En contraste, la IA “general” aspira a una visión holística o integral de la inteligencia, operando a través de sistemas cognitivos totalmente independientes (*artificial general intelligence*).

Como explica la argentina Micaela Mantegna, estos sistemas aún no han alcanzado el nivel de desarrollo equiparable a la IA “general”, “capaz de realizar generalizaciones y abstracciones en la forma en que funciona la cognición humana, sino de una forma limitada que sólo puede realizar aquellas tareas para las que fue entrenada.”<sup>81</sup> No obstante ello, hitos como las “Conferencias en Inteligencia Artificial General” prometen cambiar este panorama.<sup>82</sup>

### **iii. Superinteligencia artificial**

En adición, existen alusiones a una “superinteligencia artificial” (ASI, por sus siglas en inglés) que sería capaz de superar el intelecto humano. Lo mismo se pregonaba al hablar de “singularidad”, en referencia a la capacidad de una máquina de aprender, razonar, y tomar decisiones por sí misma.<sup>83</sup> ¿Acaso los seres humanos quedarán despojados de su lugar histórico, y relegados a ser un elemento más en la cadena evolutiva, que daría lugar a estos entes magnificentes?

<sup>80</sup> Sobre esta última, ver: ARGERICH, GUILLERMO, “Trabajo e instrumentos de UNIDROIT en el área de la agricultura”, en FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, LORENZO IDIARTE, GONZALO (coord.), *Jornadas por el 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 2019, pp. 811-813.

<sup>81</sup> MANTEGNA, MICAELA, “Ok Computer: ¿de qué hablamos cuando hablamos de IA?”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, p. 92. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030).

<sup>82</sup> Las “Conferencias en Inteligencia Artificial General” comenzaron en 2008, y ya cuentan con doce ediciones. Ver más en: <http://agi-conf.org/>.

<sup>83</sup> Acerca del tema, ver: EDEN, AMNON H., MOOR, JAMES H., SØRAKER, JOHNNY H., STEINHART, ERIC, *Singularity Hypotheses - A Scientific and Philosophical Assessment*, Berlin, Springer, 2012.

En este contexto, la ciencia ficción y la realidad compartirían límites muy difusos: la máquina sería capaz de ejecutar funciones que por el momento solo se observan en los fastuosos robots de cine o literatura futurista. Sin embargo, tales premoniciones (“en cuyo diseño se adivinara una inteligencia inmortal”)<sup>84</sup> no existen actualmente, y por el momento solo están reservadas para las bondades de la imaginación.

*El analfabeto del futuro no será la persona que no pueda leer, sino la persona que no sepa cómo aprender.*

Alvin Toffler

### III. Pequeño robot perdido: educación e IA

#### 1. Nuevos paradigmas

Llegó el momento de desaprender,<sup>85</sup> y comprender la necesidad de innovar. En el campo de la educación, ello se traduce en transformar la realidad generando soluciones que le permitan a los estudiantes instruirse mejor. Como destaca Manuel Álvarez Trongé, “los avances cambian la vida y hay que educar para la vida; si no, no estamos educando bien”.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> BORGES, JORGE LUIS, “Historia del guerrero y de la cautiva”, en *El Aleph*, Buenos Aires, Emecé, 1973, p. 49.

<sup>85</sup> Vale advertir que dicho concepto no representa una suerte de antítesis del aprendizaje. Más bien, promueve una reflexión acerca de su génesis, para comprender mejor sus alcances. De tal manera, desaprender importa transitar un proceso retrospectivo con semejanzas a la deconstrucción *derridiana*, a fin de lograr independencia con respecto a ciertos conceptos o ideas adquiridas en el entorno de la enseñanza pasada, y así entender las nuevas realidades.

<sup>86</sup> STANG, SILVIA, “Manuel Álvarez Trongé: “La educación debería ser el principal camino para combatir la pobreza””, *La Nación*, 2017. Disponible en: [www.lanacion.com.ar/economia/manuel-alvarez-tronge-la-educacion-deberia-ser-el-principal-camino-para-combatir-la-pobreza-nid2067817](http://www.lanacion.com.ar/economia/manuel-alvarez-tronge-la-educacion-deberia-ser-el-principal-camino-para-combatir-la-pobreza-nid2067817).

En este contexto, la cuestión se remonta a los siguientes interrogantes: ¿Qué entendemos por aprendizaje? Luego, ¿cómo podemos aprender de los datos?, ¿por qué son importantes?

Al respecto, Martín Palazzo enseña que “desde el momento en que podemos realizar registros ordenados de un sistema y almacenarlos en un dispositivo de memoria hablamos de datos”. El autor agrega que estos últimos son un reflejo de la realidad y que funcionan como conectores directos de la percepción con el entorno. En consecuencia, aprender de datos es una nueva forma de explorar la realidad, ya que abre las puertas de la percepción y permite observar con una profundidad insospechada la naturaleza y los sistemas sociales existentes. En otras palabras, abre la posibilidad de un nuevo paradigma.<sup>87</sup>

El desafío de hoy se encuentra en la necesidad de entrenar modelos de IA, y crear información útil desde la abundancia de datos crudos; emprender los caminos que se avecinan con nuevos análisis y herramientas, aunque no sin dificultades. La algoritmia, entonces, emerge como un actor de singular importancia.<sup>88</sup>

Audrey Azoulay, Directora General de la UNESCO,<sup>89</sup> reconoció que “la IA transformará profundamente la educación. Se van a

<sup>87</sup> PALAZZO, MARTÍN, “Aprender de datos: educación y exploración”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, pp. 123-126. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030).

<sup>88</sup> Como destaca Milagro Teruel, “brindar herramientas computacionales a la población habla de capacitación”, a la vez que de optimizar el recurso social más valioso: la educación. TERUEL, MILAGRO, “La importancia de saber ordenar un millón de libros”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, pp. 171-174. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030).

<sup>89</sup> La UNESCO es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*). Dicho organismo dispone de un mandato para abarcar todos los aspectos de la educación; y se le ha confiado la coordinación de la Agenda de Educación Mundial 2030 en el marco del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4. Ver más en: <https://es.unesco.org/>.

revolucionar los métodos de enseñanza, las formas de aprender, de acceder al conocimiento, de capacitar a los docentes.”<sup>90</sup>

## 2. La IA en las escuelas: diversos usos

Begoña Gros Salvat, doctora en pedagogía, profesora de la Universidad de Barcelona y fecunda investigadora de la educación, destaca que –entre las numerosas aplicaciones que tiene la IA en esta área– existen particularmente tres usos que están empezando a tener una incidencia significativa en la formación del estudiante del siglo XXI.<sup>91</sup>

El primero es la creación de plataformas *online* para el autoaprendizaje. En efecto, utilizar IA para optimizar la formación puede mejorar la participación de los estudiantes y engrosar las tasas de finalización de los cursos. Algunas plataformas como Khan Academy<sup>92</sup>

<sup>90</sup> El organismo sostiene que se debe garantizar una utilización inclusiva y equitativa a través de la IA; utilizar la IA para mejorar la enseñanza y el aprendizaje; promover el desarrollo de las capacidades en el trabajo y la vida cotidiana en la era de la IA; y proteger la utilización transparente y verificable de los datos relativos a la educación. Disponible en: <https://es.unesco.org/news/como-inteligencia-artificial-puede-reforzar-educacion>.

<sup>91</sup> GROS, BEGOÑA “Tres usos de la Inteligencia Artificial en educación”, *Educación 3.0*, 2018. Disponible en: [www.educaciontrespuntocero.com/opinion/usuarios-de-la-inteligencia-artificial/95072.html](http://www.educaciontrespuntocero.com/opinion/usuarios-de-la-inteligencia-artificial/95072.html).

<sup>92</sup> La *Khan Academy* es una organización educativa sin ánimo de lucro creada en 2006 por el educador estadounidense Salman Khan, egresado del Instituto Tecnológico de Massachusetts y de la Universidad de Harvard. Su misión es “proporcionar una educación gratuita de nivel mundial para cualquier persona, en cualquier lugar”. Es una organización de aprendizaje electrónico en línea y gratuita, que cuenta con más de 4.300 videos dirigidos a escolares de enseñanza primaria y secundaria sobre matemáticas, biología, química, física, computación, humanidades, economía, finanzas e historia. Además de videos instructivos, también ofrece ejercicios de práctica y un panel de aprendizaje personalizado. Recientemente, recibió el Premio Princesa de Asturias de Cooperación Internacional 2019. Disponible en: <https://es.khanacademy.org/>.

o Coursera<sup>93</sup> ya utilizan IA para examinar los cuantiosos datos que ofrece la realidad, y encontrar patrones que ayuden a identificar qué cursos son efectivos y cuáles necesitan algún tipo de revisión.<sup>94</sup>

En segundo lugar, le siguen los agentes de *software* conversacionales inteligentes, conocidos mundialmente como *chatbots*. Estos cumplen el rol (complementario) de profesor o tutor en entornos virtuales de formación. El desarrollo de este tipo de *softwares* ha crecido muy rápidamente, y estudios recientes ya han comprobado su utilidad de cara al futuro que se viene. En particular, se ha concluido que su implementación constituye un hito fundamental, que permitirá colaborar con los maestros y demás empleados administrativos en beneficio de los estudiantes.<sup>95</sup>

En tercer lugar, la especialista destaca a la robótica educativa, la cual supone robots que actúan como profesores en cursos virtuales.<sup>96</sup> Entre los ejemplos que ofrece esta nueva realidad, es dable mencionar el programa *Pearson*, que –en colaboración con

<sup>93</sup> Coursera es una plataforma de educación virtual nacida en octubre de 2011 y desarrollada por académicos de la Universidad de Stanford con el fin de brindar oferta de educación masiva a la población, con cursos en inglés y otros idiomas como el español, francés, italiano y chino. Coursera ofrece cursos –tanto gratuitos como pagos– sobre temas variados a niveles universitarios, abiertos a todos los sectores de la población. Disponible en: [www.coursera.org/](http://www.coursera.org/).

<sup>94</sup> GROS, BEGOÑA “Tres usos de la Inteligencia Artificial en educación”, *Educación 3.0*, 2018. Disponible en: [www.educaciontrespuntocero.com/opinion/usos-de-la-inteligencia-artificial/95072.html](http://www.educaciontrespuntocero.com/opinion/usos-de-la-inteligencia-artificial/95072.html).

<sup>95</sup> GARCÍA BRUSTENGA, GUILLEM, FUERTES-ALPISTE, MARC, MOLAS-CASTELLS, NÚRIA, “Briefing paper: chatbots in education”, *eLearn Center – Universitat Oberta de Catalunya*, 2018, p. 28. Disponible en: <https://doi.org/10.7238/elc.chatbots.2018>.

<sup>96</sup> Corresponde concebir al término “robot” prescindiendo de la corporalidad como requisito ineludible para su constatación. Como explica Cecilia Danesi, actualmente aquella noción está siendo cuestionado debido a las influencias de la IA en la robótica, que exigen poner el foco en la inteligencia del robot y no en su cuerpo o estructura mecánica. En: DANESI, CECILIA, “¿Quién responde por los daños ocasionados por los robots?”, *RCyS*, 2018; HAMMOND, KRIS, “What is artificial intelligence?”.

*Watson* e IBM—propone revolucionar el sistema educativo.<sup>97</sup> Como subraya Begoña Gros Salvat, “la combinación de las capacidades cognitivas de *Watson* con los productos de aprendizaje digital pretende proporcionar a los estudiantes una experiencia de aprendizaje más inmersivo, y una manera fácil de obtener ayuda y conocimientos cuando lo necesiten al hacer preguntas en lenguaje natural como lo harían con otro estudiante o con un profesor.”<sup>98</sup>

La frontera entre la educación en el aula, el aprendizaje en línea y el aprendizaje auto dirigido se torna cada vez más difusa.

### 3. ¿Enseñanza robótica?

Las técnicas desarrolladas en IA para mejorar el ámbito educativo están dirigidas a los estudiantes, en las tareas formativas e instructivas; y a los profesores, en las tareas de diseño y planificación de sus actividades profesionales. La injerencia de las tecnologías en los tiempos actuales exige tomar conciencia de su importancia y utilidad, a la vez que promover su aplicación responsable.

Esto no significa que la figura del docente vaya a desaparecer; si bien su estereotipo original comienza a diluirse, toda la influencia que pueda tener la IA en la enseñanza jamás podrá borrar aquellos maestros memorables de carne y hueso. Tampoco podrá disminuir el estatus del rol del educador: “un nombre, una cara, una historia en la memoria (cognitiva y afectiva) de quien evoca y puede referir cómo esa persona aún hoy le sirve de inspiración.”<sup>99</sup>

<sup>97</sup> Ver: <https://www.pearson.com/english/catalogue/exam-prep/gold-experience/gold-experience-2e.html>; y <https://www.ibm.com/watson/education/pearson>.

<sup>98</sup> GROS, BEGOÑA “Tres usos de la Inteligencia Artificial en educación”, *Educación 3.0*, 2018. Disponible en: [www.educaciontrespuntocero.com/opinion/usos-de-la-inteligencia-artificial/95072.html](http://www.educaciontrespuntocero.com/opinion/usos-de-la-inteligencia-artificial/95072.html).

<sup>99</sup> GIMÉNEZ ZAPIOLA, FERNANDO, “El estereotipo del maestro argentino”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, pp. 63-66. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030).

*La condición esencial para la  
felicidad del ser humano es el trabajo.*

León Tolstoi

## **IV. Sentido giratorio: trabajo e IA**

### **1. Augurios repetidos**

El advenimiento de la tecnología y la IA genera temores y rechazos. Sin embargo, lo anterior no es algo privativo de esta época: tras la Revolución Industrial, ejemplos abundan desde los “luditas”,<sup>100</sup> hasta John Maynard Keynes, quién en 1930 ya advertía sobre el impacto de las nuevas invenciones haciendo alusión al “desempleo tecnológico”.<sup>101</sup> También en el mundo artístico existieron grandes representaciones de aquellos miedos.<sup>102</sup>

Hoy, el promisorio desarrollo de la IA tiene (y tendrá) consecuencias en el ámbito laboral. Su personificación bajo la figura de los robots está aumentando, y asumiendo tareas que tradicionalmente le correspondían al ser humano.<sup>103</sup> Sin embargo, al igual que en el pasado, conjuntamente se abren nuevos caminos y posibilidades.

<sup>100</sup> Sobre los luditas, ver: DE CASTELLA, TOM, “¿Es usted ludita y no lo sabe?”, *BBC*, 2012. Disponible en: [www.bbc.com/mundo/noticias/2012/05/120423\\_movimiento\\_ludita\\_palabra\\_movimiento\\_aniversario](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/05/120423_movimiento_ludita_palabra_movimiento_aniversario).

<sup>101</sup> KEYNES, JOHN MAYNARD, “Economic Possibilities for Our Grandchildren”, en *Essays in Persuasion*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 1963, pp. 358-373. Disponible en: [www.econ.yale.edu/smith/econ116a/keynes1.pdf](http://www.econ.yale.edu/smith/econ116a/keynes1.pdf).

<sup>102</sup> Al respecto, basta recordar a Charles Chaplin en “Tiempos Modernos” (1935).

<sup>103</sup> Para 2019 se espera que funcionen 1,4 millones de nuevos robots industriales, es decir, 2,6 millones en total. Ver: BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 2019: La naturaleza cambiante del trabajo, cuadernillo del “Panorama general”*, Washington D.C., Banco Mundial, 2019. Disponible en: <http://documents.worldbank.org>.

## 2. Reportes sobre el empleo del siglo XXI

### *i. La Organización Internacional del Trabajo*

En el 2018, la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”) concluyó que “la ola actual de aplicaciones basadas en inteligencia artificial promete ser el cambio tecnológico más grande y de mayor alcance observado en las últimas décadas”.<sup>104</sup>

Acerca de los temores generalizados por el incremento del desempleo, la OIT relativiza su verdad. No obstante, alude a una creciente inequidad en las distribuciones de ingresos, ante mayores concentraciones y desigualdades en el mercado. Al mismo tiempo, observa que la naturaleza y versatilidad de la IA permite la creación de “sistemas expertos” que son potencialmente beneficiosos para una amplia gama de ocupaciones, incluso aquellas “poco calificadas”.<sup>105</sup>

En este juego de riesgos y oportunidades, la OIT recomienda una serie de políticas e implementaciones en el marco de la nueva economía digital. Entre ellas, se destacan: brindar una mayor protección de datos personales; promover una reducción continua de las horas de trabajo, especialmente en aquellos países donde las extensas jornadas laborales son “la norma”; compartir los ingresos de las rentas de la innovación a través de políticas de participación en las ganancias; y pregonar por un desarrollo ético de la IA y sus algoritmos, entre otras.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> ERNST, EKKEHARD, MEROLA, ROSSANA, SAMAAAN, DANIEL, *The economics of artificial intelligence: Implications for the future of work*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2018, p. 26. Disponible en: [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>105</sup> ERNST, EKKEHARD, MEROLA, ROSSANA, SAMAAAN, DANIEL, *The economics of artificial intelligence: Implications for the future of work*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2018, p. 27. Disponible en: [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>106</sup> ERNST, EKKEHARD, MEROLA, ROSSANA, SAMAAAN, DANIEL, *The economics of artificial intelligence: Implications for the future of work*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2018, pp. 27-28. Disponible en: [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

## **ii. El Grupo Banco Mundial**

El último “Informe sobre el desarrollo mundial” (*The World Development Report*, en su idioma original), elaborado por el Grupo Banco Mundial (“GBM”) en el 2019, alienta tranquilidad desde sus títulos: “La tecnología genera empleos”, reza uno de ellos. La IA “está creando oportunidades, preparando el camino para empleos nuevos y modificados, aumentando la productividad y mejorando la prestación de servicios públicos”, agrega su prólogo.<sup>107</sup>

En este sentido, la IA se proyecta como protagonista en el crecimiento de variadas industrias o sectores del mercado: automotriz; aviación; química; biotecnología; salud y asistencia sanitaria; infraestructura; minería, gas y petróleo; servicios profesionales; turismo; etc.<sup>108</sup>

No obstante, el Informe del GBM también pone de manifiesto que la automatización está “eliminando puestos de trabajo”,<sup>109</sup> aunque explica que sus efectos son susceptibles de dilatación en el tiempo según cómo, cuándo y de qué manera se adopte la tecnología; y cuál sea el contexto y las características de la población destinataria de ella.

Con respecto a la Argentina, el GBM nota que la implementación de la tecnología ha promovido una importante rotación laboral en detrimento de los trabajadores “no calificados”, a raíz de la eliminación de ciertos empleos (mayormente, dentro del sector de ma-

<sup>107</sup> BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 2019: La naturaleza cambiante del trabajo, cuadernillo del “Panorama general”*, Washington D.C., Banco Mundial, 2019. Disponible en: <http://documents.worldbank.org>.

<sup>108</sup> FORO ECONÓMICO MUNDIAL, *The Future of Jobs Report 2018: Centre for the New Economy and Society*, Ginebra, Foro Económico Mundial, 2018, pp. 42 y ss. Disponible en: [reports.weforum.org/future-of-jobs-2018/?doing\\_wp\\_cron=1564634648.8476519584655761718750](https://reports.weforum.org/future-of-jobs-2018/?doing_wp_cron=1564634648.8476519584655761718750).

<sup>109</sup> BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 2019: La naturaleza cambiante del trabajo, cuadernillo del “Panorama general”*, Washington D.C., Banco Mundial, 2019, p. 2. Disponible en: <http://documents.worldbank.org>.

nufacturadas), y la creación de otros. Paralelamente, el GBM destaca que los trabajos “calificados” aumentaron en todas sus categorías.<sup>110</sup> Algo similar descubre en el resto del mundo.

### **iii. El Foro Económico Mundial**

El Foro Económico Mundial (“FEM”) también investigó sobre este tema, y extrajo un posible escenario para 2022. Allí destaca los trabajos “emergentes” y aquellos en “decadencia”, como consecuencia de la automatización y el avance de las nuevas tecnologías.<sup>111</sup>

Algunos ejemplos: Baidu pretende incorporar autobuses autónomos en los parques industriales de China; Sberbank utiliza IA para tomar el 35% de las decisiones en materia de préstamos (prevé aumentar ese porcentaje al 70%, en menos de cinco años), y los “robots abogados” ya remplazaron a 3000 empleados de su departamento jurídico;<sup>112</sup> Ant Financial utiliza macro datos para evaluar

<sup>110</sup> BRAMBRILLA, IRENE, TORTAROLO, DARIÓ, “Investment in ICT, Productivity, and Labor Demand: The Case of Argentina”, *Policy Research Working Paper 8325*, Washington D.C., Banco Mundial, 2018, p. 3.

<sup>111</sup> En los próximos años se estima que la automatización del trabajo podría alcanzar el 42% en Bolivia, el 56% en Lituania y el 55% en Japón, por ejemplo. Ver: BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 2019: La naturaleza cambiante del trabajo, cuadernillo del “Panorama general”*, Washington D.C., Banco Mundial, 2019, pp. 21-22. Disponible en: <http://documents.worldbank.org>. La OIT, ante una eventual consolidación de la IA “general”, alerta sobre un posible cambio de la automatización de la fuerza laboral, a la automatización de la “fuerza del cerebro”, a partir de máquinas que podrían adquirir nuevas habilidades y competencias a un ritmo incontrastable. Ver: ERNST, EKKEHARD, MEROLA, ROSSANA, SAMAAN, DANIEL, *The economics of artificial intelligence: Implications for the future of work*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2018, p. 28. Disponible en: [www.ilo.org](http://www.ilo.org); RATCHEVA, VESSELINA S., LEOPORD, TILL, “5 things to know about the future of Jobs”, *World Economic Forum*, 2018. Disponible en: [www.weforum.org/agenda/2018/09/future-of-jobs-2018-things-to-know/](http://www.weforum.org/agenda/2018/09/future-of-jobs-2018-things-to-know/).

<sup>112</sup> Al respecto, existe una verdadera tentación para hablar de fatalismos. Ilustrativo de ello es el popular blog español *Jurista Enloquecido*, que profesa: “2039: Los jueces son robots superinteligentes que imprimen

los acuerdos de préstamos; etc.<sup>113</sup> Todo se transforma, diría Antoine Lavoisier.

En este contexto, el FEM señala que dentro de los trabajos “emergentes” sobresaldrán científicos, especialistas en aprendizaje automático, desarrolladores y analistas de *software*, expertos y expertas en *big data*, servicios de IT y nuevas tecnologías en general. También –destaca– se alistarán profesionales de marketing, gerentes generales, y otros especialistas en desarrollo organizacional.

Por el contrario, se advierte un descenso de asistentes administrativos, personal a cargo del ensamblaje en fábricas, gente de atención e información al cliente; a la vez que profesionales de la contaduría y auditoría, entre otros trabajos en “decadencia”.

### 3. Lo que viene

El panorama que presta la hipotética escena laboral del futuro supone nuevos trabajos y oportunidades que reemplazarán a otros de mayor automatización o poca injerencia creativa, sin que ello de lugar –necesariamente– a la disminución de la oferta laboral. No obstante, el futuro no está exento de riesgos, y habrán de promoverse políticas en miras a la igualdad de oportunidades en todo sentido.

la sentencia al momento de acabar el juicio en base a todas las leyes que tienen en la base de datos y los argumentos de las partes. Doctrina y Jurisprudencia son unánimes por una vez en la vida. 2051: Los abogados robots cruzan datos con jueces robots y se crea un pensamiento jurídico común. Muchas posiciones quedan sin defensa.” En: FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ADRIÁN, GENDE, ABEL, “El Apocalipsis Jurídico - ¿Cómo será el futuro para los juristas?”, *Jurista Enloquecido*, 2019. Disponible en: <https://juristaenloquecido.com/2019/03/21/el-apocalipsis-juridico/>.

<sup>113</sup> BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 2019: La naturaleza cambiante del trabajo, cuadernillo del “Panorama general”*, Washington D.C., Banco Mundial, 2019, p. 21. Disponible en: <http://documents.worldbank.org>.

Las llamadas “habilidades blandas” cumplirán un rol protagónico.<sup>114</sup> Reiko Kanda, vicepresidente ejecutiva del *Nippon Institute for Research Advancement*,<sup>115</sup> agrega que también deberá prestarse atención a las habilidades relacionadas con el uso y dominio de las nuevas tecnologías. Finalmente, ella concluye que “es necesario que las instituciones públicas realicen más investigaciones sobre las habilidades que se necesitan en la era de las computadoras.”<sup>116</sup>

Ante esta realidad, se proponen nuevos términos y realidades, tales como “Industria 4.0” o “Trabajador 4.0”, en alusión a una cuarta revolución industrial.<sup>117</sup> Sumado a ello, se esbozan nuevos paradigmas: Joseph Aoun, entre otros, refiere a una “nueva alfabetización”, tanto tecnológica, como social.<sup>118</sup> Ante la inexorabilidad del cambio, implora la adaptación.

<sup>114</sup> WECHSLER, MARIANO, “Abogados y contadores en la ‘era del conocimiento’”, *La Ley*, 2007, p. 10; FORO ECONÓMICO MUNDIAL, *The Future of Jobs Report 2018: Centre for the New Economy and Society*, Ginebra, Foro Económico Mundial, 2018. Disponible en: [reports.weforum.org/future-of-jobs-2018/?doing\\_wp\\_cron=1564634648.8476519584655761718750](http://reports.weforum.org/future-of-jobs-2018/?doing_wp_cron=1564634648.8476519584655761718750).

<sup>115</sup> Para profundizar sobre esta organización no gubernamental de Japón, ver: <http://english.nira.or.jp/>.

<sup>116</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Future of Employment in the Age of Artificial Intelligence”, *ILO*, 2017. Disponible en [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-asia/-ro-bangkok/-ilo-tokyo/documents/genericdocument/wcms\\_569870.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-asia/-ro-bangkok/-ilo-tokyo/documents/genericdocument/wcms_569870.pdf).

<sup>117</sup> SARRIÉS SANZ, LUIS, “El trabajador del futuro en la industria 4.0”, *Negocios en Navarra*, 2016. Disponible en: [www.negociosennavarra.com/trabajador-del-futuro-la-industria-4-0/](http://www.negociosennavarra.com/trabajador-del-futuro-la-industria-4-0/); SCHWAB, KLAUS, “The Fourth Industrial Revolution”, *World Economic Forum*, 2016. Disponible en: [www.weforum.org/about/the-fourth-industrial-revolution-by-klaus-schwab](http://www.weforum.org/about/the-fourth-industrial-revolution-by-klaus-schwab).

<sup>118</sup> AOUN, JOSEPH, *Robot-Proof – Higher Education in the age of Artificial Intelligence*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2017.

*Nada se parece tanto a la injusticia  
como la justicia tardía.*  
Lucio Anneo Seneca

## V. El conflicto evitable: derecho e IA

### 1. Perspectivas históricas

Desde aquella primera concepción de la IA en 1956 no solo ha transcurrido más de medio siglo, sino también un sinfín de experiencias tecnológicas que se extienden –cada vez más ostensiblemente– en el campo del derecho, ávido creador de ficciones.<sup>119</sup>

A fines de los 40 apareció la “computación legal”. Luego, los años 70 fueron el tiempo de los “sistemas legales expertos” para el tratamiento de la información legal,<sup>120</sup> su principal función: recoger, agrupar y ordenar un conjunto infinito de legislación, jurisprudencia y doctrina que, librada al destino, parecía representar un camino imposible para los operadores del derecho.<sup>121</sup> Aquellos años 70 también fueron testigos de los primeros estudios técnicos y concretos sobre la IA en el derecho.<sup>122</sup> Luego, los años que siguieron a los 80 dieron lugar a novedosas invenciones.

<sup>119</sup> El mundo del derecho ya se ha aventurado con innovaciones jurídicas de otra clase que, sin tener relación con la IA, transportan a un mundo de ficción. Un claro ejemplo es la creación de las personas jurídicas. Sobre las ficciones y el derecho, ver: SAMUEL, GEOFFREY, “Is Law a Fiction?”, en DEL MAR, MAKSYMILIAN, TWINING, WILLIAM (eds.), *Legal Fiction in Theory and Practice*, Suiza, Springer International Publishing, 2015.

<sup>120</sup> FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, CARLOS, BOULAT, PIERRE, “Inteligencia Artificial y Derecho. Problemas y perspectivas”, *Noticias Jurídicas*, 2015. Disponible en: [noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10061-inteligencia-artificial-y-derecho-problemas-y-perspectivas/](http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10061-inteligencia-artificial-y-derecho-problemas-y-perspectivas/).

<sup>121</sup> En tal escenario, se ajustan las palabras que dejó Jorge Luis Borges en “Laberinto”: *No esperes que el rigor de tu camino / que tercamente se bifurca en otro, / que tercamente se bifurca en otro, / tendrá fin...*

<sup>122</sup> BUCHANAN, BRUCE G., HEADRICK, THOMAS E., “Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning”, *Stanford Law Review*, vol. 23, núm. 1, 1970.

A pesar de la expansión de este nuevo actor emergente, el panorama actual del derecho muestra que “la aplicación de la IA se relaciona principalmente a tareas que requieren de una mayor automatización o repetición rutinaria y una menor capacidad de toma de decisiones”.<sup>123</sup> En este sentido, es fácil notar que las tareas acaparadas por la IA se limitan esencialmente al almacenamiento documental y a la gestión, en particular para delimitar las fuentes de derecho susceptibles de ser aplicadas a un conflicto específico; realizar investigaciones exhaustivas, en el marco de procesos de *due diligence* u otros; evaluar estadísticas judiciales y proporcionar tasas de probabilidad de éxito, o montos estimados según el tipo de reclamo y el tribunal al que se acuda.

Esta tendencia –explica Hugo Acciarri– encuentra algunas explicaciones en un denominador común frente a la innovación: los operadores del derecho suelen soslayar los beneficios de las nuevas tecnologías, y enfatizar sus peligros eventuales (que, muchas veces, no son tales). Aun sin llegar a pensar que la IA sea mala *per se*, sobrevuelan planteamientos relativos a problemas de seguridad, privacidad u opacidad en su operatoria.<sup>124</sup> Frente a ello, Philipp Hacker señala que la IA no debe percibirse solo como un riesgo, sino más bien como una oportunidad de construir con precisión normas que la recepten y la regulen adecuadamente.<sup>125</sup>

Es evidente que existe un interés generalizado –tanto dentro, como fuera de la comunidad legal– en abordar los desafíos que plantean las tecnologías para el mundo del derecho y la sociedad en general. Quienes legislan deben ser abiertos y actuar con consistencia: sin una organizada colaboración interdisciplinaria, las

<sup>123</sup> FERNÁNDEZ, DIEGO, “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho”, *La Ley*, 2007, pp. 6-7.

<sup>124</sup> ACCIARRI, HUGO, “Smart contracts, criptomonedas y el Derecho”, *La Ley*, 2019.

<sup>125</sup> HACKER, PHILIPP, “Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 55, núm. 4, 2018, p. 1184. Disponible en: <http://kluwer.com/>.

visiones del futuro digital serán borrosas, y el análisis legal devendrá anticuado.<sup>126</sup>

## 2. Las múltiples caras del derecho frente a la IA

### *i. La puerta de los estudios jurídicos*

Los estudios jurídicos se enfrenten a una realidad en el mundo del derecho: los sistemas de gestión. Estos pueden ser agrupados en dos categorías: los sistemas de recuperación documental jurídica, y los sistemas jurídicos expertos.

Los primeros consisten en plataformas digitales que almacenan ciertas clases de textos (por lo general, de tipo legislativo o jurisprudencial), y a través de distintas herramientas facilitan su consulta automatizada.<sup>127</sup>

En cambio, los sistemas jurídicos expertos (también llamados sistemas jurídicos basados en el conocimiento) se perfilan como la

<sup>126</sup> KOLAIN, MICHAEL, “Artificial Intelligence, Robotics and the Law: Current Research Projects and Unsolved Legal Questions – Report of the first RAILS-Conference on 23 March 2018 in Hannover”, en *European Review of Private Law*, vol. 27, núm. 3, 2019, pp. 654-655. Disponible en: [www.kluwerlawonline.com](http://www.kluwerlawonline.com).

<sup>127</sup> El acceso a la información jurídica es un derecho básico en cualquier Estado de Derecho. En general, la ley se presume conocida por todos, pero ello no siempre ocurre en la práctica. En consecuencia, es fundamental garantizar un acceso fácil a la información jurídica. Argentina cuenta con el Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), un banco de datos jurídicos dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (<http://www.saij.gov.ar/>). Por Resolución 122/1995 (MJyDH) se creó la “Red Nacional de Información Jurídica”, que presta un servicio de información jurídica documental en línea. La Red permite facilitar la ampliación del acervo documental de la base de datos del SAIJ a nivel nacional y ha logrado federalizar la información. Ver más en: MARTÍNEZ BAHENA, GORETTY CAROLINA, “La inteligencia artificial y su aplicación en el campo del derecho”, *Revista Alegatos*, núm. 82, 2012, p. 833. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf).

principal fuente de aplicación de la IA en el derecho. Estos sistemas tratan de emular algunos de los procesos cognitivos llevados a cabo por litigantes, jueces y fiscales, quienes diariamente articulan los discursos necesarios para remediar los problemas ofrecidos por la interpretación y/o aplicación de las normas al enfrentarse con casos concretos.<sup>128</sup>

Se destacan ciertas innovaciones que ya impactan en la actividad de los estudios jurídicos: *Hypo*, de 1987 (sistema ideado a partir del CBR,<sup>129</sup> para aplicar el razonamiento jurídico en el derecho de patentes); *Shyster*, de 1993 (*software* diseñado para brindar asesoría legal sobre jurisprudencia, previamente delimitada); *Ross*, de 2014 (idea concebida por IBM, que cuenta con un perfil propio en las redes sociales, y responde a preguntas legales, brindando hipótesis y conclusiones sencillas luego de procesar y analizar las fuentes del derecho que se encuentran a su disposición),<sup>130</sup> y otras tales como *Premonition*; *MarginMatrix*; y *Verifi*.<sup>131</sup>

También se encuentra *Brainspace* (*software* que combina el aprendizaje automático y el análisis visual para interpretar mares de datos y ayudar con su revisión); *Lex Machina* (tecnología que, a través de la IA, encuentra y distingue tendencias en disputas anteriores y las aplica a un caso concreto, en función del juzgador); y *MindManager* (programa de mapeo mental, diseñado para gestionar visualmente la información y las tareas a tratar).<sup>132</sup>

<sup>128</sup>MARTÍNEZ BAHENA, GORETTY CAROLINA, “La inteligencia artificial y su aplicación en el campo del derecho”, *Revista Alegatos*, núm. 82, 2012, p. 833. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf).

<sup>129</sup> Las siglas “CBR” aluden a *case-based reasoning* (en español, “razonamiento basado en casos”).

<sup>130</sup> Al respecto, se advierte –según estudios comparativos– que *Ross* resuelve en veinte minutos, lo que cualquier hombre haría en veinte días. Ver: WECHSLER, MARIANO, “Abogados y contadores en la ‘era del conocimiento’”, *La Ley*, 2007, p. 10.

<sup>131</sup> FERNÁNDEZ, DIEGO, “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho”, *La Ley*, 2007, pp. 6-7.

<sup>132</sup> Ver más en: <https://www.ibanet.org/technology-resources-for-arbitration-analyticaltools.aspx>.

Sin perjuicio de tales innovaciones, en las latitudes latinoamericanas hoy predomina la aplicación de la IA destinada a la investigación jurídica, y a la revisión de documentos y contratos.

Surge de modo evidente que la IA ofrece la auspiciante posibilidad de acaparar muchas tareas cotidianas, monótonas y repetitivas, permitiéndole a quienes ejercen el derecho la posibilidad de dedicarle más tiempo al análisis, asesoramiento y negociación. En este sentido, los estudios jurídicos pueden incrementar su efectividad ampliando sus horizontes tecnológicos. No obstante, a su vez ello puede afectar el trabajo de los jóvenes (estudiantes o recientes abogadas o abogados), que se incorporan a los estudios a realizar –usualmente– las tareas que realizaría la IA.<sup>133</sup> La “manta corta” de la IA deberá ser tratada con criterio y responsabilidad.

## **ii. El Poder Judicial y sus recelos históricos**

La IA no es utilizada con frecuencia en el ámbito del Poder Judicial, aun teniendo mucho para ofrecerle: esta puede resultar de gran utilidad para eliminar barreras de acceso a la justicia, promover la transparencia y rendición de cuentas, lograr una mayor relación interinstitucional y, en general, brindar un servicio judicial más eficiente.

Así, el funcionamiento tradicional de la justicia debe transformarse de manera radical frente a este nuevo paradigma, originado por el impacto de las nuevas tecnologías. Ello presupone garantizar un funcionamiento óptimo a través de la innovación permanente.<sup>134</sup>

<sup>133</sup> Así lo han estimado varias encuestas realizadas sobre el papel de los abogados noveles y asistentes legales. Ver: PALACE, VICTOR M., “What If Artificial Intelligence Wrote This: Artificial Intelligence and Copyright Law”, *Florida Law Review*, vol. 71, 2019, p. 221.

<sup>134</sup> Los objetivos de la visión de futuro sobre las políticas judiciales propuestos por el Ministerio de Justicia en el marco de la Agenda 2030 abarcan la incorporación de la automatización y de la IA, así como la aplicación de IA y *blockchain* para brindar seguridad informática. Ver más en: [www.argentina.gob.ar/noticias/justicia-2030-una-vision-de-futuro-sobre-las-politicas-judiciales](http://www.argentina.gob.ar/noticias/justicia-2030-una-vision-de-futuro-sobre-las-politicas-judiciales).

A tal efecto, deben considerarse los siguientes principios en el tratamiento de la información: integridad, inalterabilidad, perdurabilidad, conservación y resguardo. Como corolario, los sistemas jurídicos han de lograr la efectividad de los derechos, desarrollando mecanismos útiles y eficientes para su protección.

Pero, ¿cuáles son los augurios acerca del futuro? ¿Acaso las generaciones venideras confiarán más en la resolución de conflictos a través de sistemas de IA, por oposición a la justicia humana?

El profesor Antonio Boggiano introdujo el espinoso tema de la “justicia artificial” en la conferencia inaugural del XXX Congreso Argentino de Derecho Internacional (2018), organizado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional en la Universidad Nacional de Rosario. Allí, el reconocido internacionalista aludió a “la posibilidad de que los algoritmos puedan determinar valoraciones [judiciales]” y que “se llegue a encontrar una solución equitativa proveyendo todos los elementos necesarios a las máquinas”. Finalmente, concluyó señalando que existirían argumentos técnico-informáticos que sustentan la aplicación de algoritmos a la solución de controversias jurídicas.

En efecto, los investigadores en IA y derecho han comenzado a diseñar proyectos de sistemas computacionales que puedan simular los procesos de pensamiento de los jueces. Sin embargo, por el momento, estos prometen una función auxiliar, sin sustituir la figura de quien imparte justicia.<sup>135</sup>

<sup>135</sup> El ejercicio de la función judicial está vinculado con los procesos de pensamiento que realizan los que imparten justicia para resolver los conflictos sometidos a su consideración, en los que convergen la ley, los hechos, las pruebas, criterios jurisprudenciales, etc. Martínez Bahena explica que las sentencias, en sus diversos considerandos, reflejan cómo los jueces estructuran los insumos cognitivos que les fueron proporcionados durante el juicio para llegar a la conclusión que finalmente los lleva a dictar una sentencia. Ver: MARTÍNEZ BAHENA, GORETTY CAROLINA, “La inteligencia artificial y su aplicación en el campo del derecho”, *Revista Alegatos*, núm. 82, 2012, p. 828. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf).

En este camino (¿inexorable?) hacia la “justicia artificial”, uno de los primeros escalones lo ocupa la “justicia predictiva”. Como su nombre lo indica, esta supone pasar del procesamiento a la predicción, en base a la amplia gama de documentos judiciales que se encuentran a disposición en formato digital.<sup>136</sup> De ellas es posible extraer correlaciones entre las situaciones, los comportamientos y las decisiones judiciales.

Vale destacar dos interesantes estudios internacionales que analizaron la capacidad de predicción de los sistemas de IA, con relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte de Justicia de los Estados Unidos, dónde la IA alcanzó un 79% y un 71% de acierto predictivo, respectivamente.<sup>137</sup> Bajo este escenario, los algoritmos podrían estimar la probabilidad de que una decisión legal determinada recaiga en un caso particular, ya sean en materia de costas, montos de condena, etc.

Peldaños más arriba, aparece la actuación tecnológica de mayor intensidad: la posibilidad de que la IA imparta justicia valiéndose de sus propios medios. Esta situación (aún hipotética) ofrece varios interrogantes nunca antes planteados:

<sup>136</sup> *Prometea*, desarrollada en el transcurso del 2017 por el Ministerio Público Fiscal, es la primera IA predictiva al servicio de la Justicia en Argentina. Este sistema permite realizar un dictamen jurídico de manera íntegra. Ver: CORVALÁN, JUAN G., “La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea”, *La Ley*, 2017. Dentro de estas latitudes también se destaca *Sócrates*, un sistema nacido en el seno del Tribunal Superior de Justicia de Brasil. Ver: DE NORONHA, JOÃO OTÁVIO, “Relatório do 1º ano de gestão 2018-2019”, *Superior Tribunal de Justiça e Conselho da Justiça Federal*, 2019. Disponible en: <http://www.stj.jus.br/>.

<sup>137</sup> ALETRAS, NIKOLAOS, TSARAPATSANIS, DIMITRIOS, PREOBIUC-PIETRO, DANIEL, LAMPOS, VASILEIOS, “Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing Perspective”, *PeerJ Computer Science*, 2016; KATZ, DANIEL MARTIN, BOMMARITO II, MICHAEL J., BLACKMAN, JOSH, “A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States”, *Plos One*, 2017. Más en: SCHERER, MAXI, “Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open - A Study Examining International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, 2019, pp. 549-550.

¿Es válida una decisión emitida por estos sistemas? ¿Las personas tienen derecho a excluir su aplicación? ¿Existe un derecho a obtener intervención humana? ¿Es correcto que los jueces basen sus sentencias en una herramienta predictiva de IA? ¿Son mejores las decisiones adoptadas por las máquinas, en comparación a las tomadas por jueces? ¿Los valores pueden ser tenidos en cuenta por un algoritmo?

Responder los enigmas anteriores escapa a las posibilidades de este texto. Sin embargo, es posible generalizar y aventurarnos brevemente en la siguiente pregunta: ¿La resolución final de un conflicto jurídico puede quedar al servicio de la IA?

En Estonia, por ejemplo, la respuesta es afirmativa: allí se preparan para tener “jueces robot” basados en IA, que comenzarán a intervenir en juicios menores que involucren disputas de 7.000 euros o menos.<sup>138</sup> La IA permitiría acelerar decenas de casos, que hoy desbordan a jueces y auxiliares. Aunque Estonia no es el único país que ha unificado la IA y la ley, sí podría ser el primero en darle autoridad para tomar decisiones.<sup>139</sup>

### **iii. El arbitraje, ¿aliado a las nuevas tecnologías?**

¿La gestión del procedimiento arbitral ha receptado las últimas novedades de la IA?

Algunos autores señalan que el arbitraje, en comparación con otras prácticas, solo ha experimentado cambios modestos. Otras voces son más determinantes: el procedimiento arbitral –dicen– luce igual que hace 50 años y es obsoleto. Para llegar a esas con-

<sup>138</sup> Su aplicación funcionaría de la siguiente manera: las dos partes cargarían sus documentos e información relevante del caso en una plataforma, desde la cual la IA tomaría una decisión susceptible de apelación ante un juez. Ver: [www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/](http://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/).

<sup>139</sup> En los Estados Unidos, por ejemplo, los algoritmos se ofrecen para colaborar en las decisiones judiciales penales de algunos estados. Un caso conocido es aquel impulsado por *DoNotPay*, que ayudó a anular miles de multas de estacionamiento en Nueva York en los últimos años.

clusiones, se reconoce la reticencia a introducir nuevas tecnologías por el temor a que el laudo no sea reconocido o ejecutado.

En concreto, los resultados de la encuesta realizada en 2018 por Queen Mary (Universidad de Londres) reflejan que solo el 12% de los encuestados (entre más de 1000 actores del arbitraje internacional) utilizan la IA con frecuencia en arbitrajes internacionales, aunque sí se valen de la videoconferencia (60%) o del almacenamiento en la nube (54%). Pese a ello, la gran mayoría de los encuestados (78%) consideran que la IA debería emplearse con mayor frecuencia en los arbitrajes internacionales.<sup>140</sup> ¿Los motivos?

Antes de iniciar el procedimiento arbitral, la IA podría brindar sugerencias para la redacción de cláusulas arbitrales (usualmente llamadas “cláusulas de medianoche”, por las indeseables circunstancias temporales en las que son redactadas); proporcionar certezas sobre los diversos sistemas legales en juego; brindar datos sobre precedentes arbitrales y tendencias generales; etc. Respecto a esta última función, se advierten beneficios para los terceros que financian arbitrajes, quienes podrían valerse de mejores panoramas y así optimizar sus inversiones.

Una vez entablada la demanda arbitral, las funciones de la IA se multiplican como si estuvieran frente al espejo.<sup>141</sup> esta podría servir para preseleccionar árbitros, de acuerdo a experiencia, disponibilidad y tema controvertido; proponer parámetros o rangos de acuerdo, en base al resultado de casos similares; procesar los

<sup>140</sup> PIERS, MAUD, ASCHAUER, CHRISTIAN, “Introduction”, en PIERS, MAUD, ASCHAUER, CHRISTIAN (eds.), *Arbitration in the Digital Age – The Brave New World of Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 1; NAPPERT, SOPHIE, “The challenge of artificial intelligence in arbitral decision-making”, *Practical Law*, 2018; BILLIET, PHILIPPE, NORDLUND, FILIP, “A new beginning – Artificial intelligence and arbitration”, *Korean Arbitration Review*, 2018, p. 26; “International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration”, elaborado en 2018 por Queen Mary, Universidad de Londres, y White & Case. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/>.

<sup>141</sup> “(...) cosa de magia que osas / multiplicar la cifra de las cosas”, decía Jorge Luis Borges en su poema titulado “Al espejo”.

documentos recibidos para evaluar su contenido, y buscar otros pertinentes;<sup>142</sup> asistir como intérpretes o traducir cuantiosos documentos (sean escaneados, escritos a mano o anotados) en pocos segundos; evaluar la “verdad” en el testimonio de un testigo, basado en un análisis de entonaciones de voz y micro expresiones faciales; etc.

Por último, al finalizar el procedimiento arbitral, la IA podría hacer un estudio del laudo emitido, para evaluar eventuales defectos formales conforme a la normativa del lugar donde se pretenda reconocer o ejecutar.

Particularmente, cabe destacar ArbiLex, que se vale de la IA y el análisis predictivo, y ofrece “un marco empírico, coherente y explicable para que los abogados cuantifiquen incertidumbres, reduzcan los errores y maximicen los resultados deseables en casos de arbitraje”; Arbitrator Intelligence, que tiene como objetivo aumentar la transparencia, la rendición de cuentas y la diversidad en la selección de árbitros; y Dispute Resolution, que se promociona como “la primera y única base de datos global relacionada al arbitraje comercial internacional”, en base a diversos convenios de exclusividad con instituciones arbitrales.<sup>143</sup>

<sup>142</sup> La recopilación, revisión y producción de documentos electrónicos puede ser una de las fases más costosas y prolongadas del arbitraje. En este escenario, la IA promete grandes soluciones, sin perjuicio de otro tipo de propuestas para abordar esta problemática (por ejemplo, la facultad del tribunal arbitral para limitar la producción de documentos). Ver: ARGERICH, GUILLERMO, DA SILVA ESTEVES, FRANCISCO, JORGE, JUAN, “Reglas de Praga: ¿novedoso espaldarazo del soft law al poder de los árbitros en el arbitraje internacional?”, en ALEGRÍA, HÉCTOR, ETCHEVERRY, RAÚL A., *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 294, Ciudad de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, pp. 303-312; ARGERICH, SOL, “A Comparison of the IBA and Prague Rules: Comparing Two of the Same”, *Kluwer Arbitration*, 2019. En: [arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/02/a-comparison-of-the-iba-and-prague-rules-comparing-two-of-the-same/](https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/02/a-comparison-of-the-iba-and-prague-rules-comparing-two-of-the-same/).

<sup>143</sup> Las diversas aplicaciones que ofrece la tecnología y, en particular, la IA, se ilustran con precisión en la página elaborada por el Subcomité IBA Arb40. Ver: <https://www.ibanet.org/technology-resources-for-arbitration-practitioners.aspx>.

Por otro lado, la IA también promete la predicción de laudos arbitrales y, más aún, su propia elaboración. Ante ello, emerge un gran interrogante que desperdiga estupor, y proyecta un halo de incertidumbre sobre el arbitraje internacional: ¿La IA sustituirá al ser humano como árbitro? Sin perjuicio de la factibilidad (o no) que depara este gran interrogante, pueden relevarse ciertos beneficios e inconvenientes. Dentro de los primeros, la eficiencia, la precisión, y la “racionalidad” de la IA. Dentro de los segundos, la escasez de datos motivada por la confidencialidad imperante en los arbitrajes comerciales (no así los de inversión), la frecuente complejidad de los casos arbitrales, los sesgos de los sistemas de IA y la llamada “caja negra”.<sup>144</sup>

A pesar de los temores que esto último pudiera generar, hoy la realidad impone una reflexión urgente: frente a la libertad que reina en los procedimientos arbitrales, y la apertura institucional dada en los últimos tiempos,<sup>145</sup> ¿los profesionales del arbitraje no deberían acercarse aún más a los avances tecnológicos para lograr más eficiencia, más rentabilidad, más seguridad y más dinámica?

Como concluyó Gauthier Vannieuwenhuysse en el marco de las conferencias llevadas a cabo bajo el nombre “Arbitration X Technology” (Sciences Po, 2018), el arbitraje conducido por humanos aún no está acabado. La IA no auspicia reemplazarnos, sino

<sup>144</sup> Se alude a este término en tanto “no es posible determinar el paso a paso de la lógica de procesamiento de datos que sucede en el interior del sistema [de IA].” Para combatir ello, se ha venido avanzando en la denominada “IA Explicable” (“XAI”, por sus siglas en inglés, referidas a *Explainable Artificial Intelligence*). Ver: CORVALÁN, JUAN G., “Inteligencia artificial y proceso judicial. Desafíos concretos de aplicación”, *Diario DPI*, 2019. En: <https://dpicuantico.com>.

<sup>145</sup> En este sentido, vale subrayar un reciente reporte del año 2017 elaborado por la Cámara de Comercio Internacional sobre la tecnología de la información y el arbitraje internacional, en donde se concluyó que “los beneficios de la IT en el arbitraje superan a los riesgos”, alentando su uso. Para acceder al documento oficial, ingresar a: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/benefits-arbitration-outweigh-risks-says-new-icc-report/>.

proveernos de mayores recursos para un mayor beneficio de la comunidad arbitral.<sup>146</sup>

### 3. Algunos desafíos legales

#### i. La regulación de la IA

El grandioso desarrollo de la IA debe contar con una regulación legal adecuada. Entonces, la pregunta surge sola: ¿Cuál es el panorama actual?

Bajo la incipiente “algorocracia”,<sup>147</sup> los responsables políticos de todo el mundo abordan con distintos matices los riesgos asociados al desarrollo de la IA.<sup>148</sup> China transita un plan dirigido por el gobierno, con una fuerte coordinación de la inversión pública y privada en las tecnologías de IA.<sup>149</sup> La Unión Europea adopta un marco

<sup>146</sup> DOKOPOULOU, LITO, “Arbitration X Technology: A Call For Awakening?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2019. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/14/arbitration-x-technology-a-call-for-awakening/>.

<sup>147</sup> El término “algorocracia” es un neologismo construido sobre la base de la palabra “algoritmo” que refiere a “un tipo de sistema de gobierno, organizado y estructurado sobre la base de algoritmos (...) para recopilar, cotejar y organizar los datos sobre las decisiones que se toman, y para ayudar en cómo se procesan y comunican.” Agrega Sadin que “se desmorona entonces el poder de lo político, basado en la deliberación y el compromiso de la decisión, para conceder progresivamente a los resultados estadísticos y a las proyecciones algorítmicas”. En: DANAHER, JOHN, “The Threat of Algorocracy: Reality, Resistance and Accommodation”, *Philosophy & Technology*, 2016, pp. 245-268; SADIN, ERIC, *La humanidad aumentada: la administración digital del mundo*, Buenos Aires, Caja Negra, 2018, p. 30.

<sup>148</sup> MADIEGA, TAMIAMA, “EU Guidelines on Ethics in Artificial Intelligence: Context and Implementation”, *European Parliamentary Research Service*, 2019. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu>.

<sup>149</sup> En el año 2017, China lanzó el “Plan de Desarrollo de Inteligencia Artificial de Próxima Generación” (*New Generation of Artificial Intelligence Development Plan*), el cual establece objetivos estratégicos a largo plazo para el desarrollo de la IA en el país. Para conocer su contenido traducido al inglés, entrar a: <https://www.newamerica.org/>.

de análisis fiel a sus preferencias culturales, en protección contra los riesgos sociales (en particular, los que afectan la privacidad y cualquier tipo de discriminación).<sup>150</sup>

A su vez, la estrategia de Estados Unidos gira en torno a iniciativas del sector privado, es decir, la autorregulación. En 2016, grandes multinacionales (Amazon, Apple, Google, Facebook, IBM y Microsoft) constituyeron la “Asociación para la IA” (*Partnership on Artificial Intelligence*), para colaborar entre sí y tejer un marco que cobije el futuro de estas tecnologías.<sup>151</sup> En 2017, Deep Mind (compañía pionera en IA, liderada por Demis Hassabis) presentó un comité de ética llamado *DeepMind Ethics & Society* “para ayudar a los tecnólogos a poner en práctica la ética, y para ayudar a la sociedad a anticipar y dirigir el impacto de la IA de manera que trabaje para el beneficio de todos”.<sup>152</sup> En 2018, otra organización privada llamada “Asociación de Maquinaria Informática” (*Association for Computing Machinery*) publicó un “Código de Ética y Conducta Profesional” (*Code of Ethics and Professional Conduct*).<sup>153</sup>

Estas últimas iniciativas son loables, pero no suficientes. Es imprescindible que los Estados y los organismos y entidades supranacionales garanticen el cumplimiento de los principios fundamentales consagrados en las constituciones nacionales o los tra-

<sup>150</sup> Con tal fin, la Unión Europea promovió directrices éticas, agrupadas bajo siete estándares esenciales: intervención y supervisión humana; robustez y seguridad; privacidad y gestión de datos; transparencia; diversidad, no discriminación y equidad; bienestar social y medioambiental; y rendición de cuentas. Ver: <https://ec.europa.eu/>.

<sup>151</sup> Ver: [www.partnershiponai.org/](http://www.partnershiponai.org/). Debe tenerse en cuenta que ninguna de las principales empresas chinas especializadas en IA, como Alibaba, Tencent o Baidu, se encuentran en dicha Asociación. En consecuencia, es dable advertir la relatividad de la eficacia y representación que pueda tener esta agrupación.

<sup>152</sup> Ver: <https://deepmind.com/blog/why-we-launched-deepmind-ethics-society/>; BARRIO, MOISÉS, “¿Deben los Estados regular la inteligencia artificial?”, *El País*, 2018. Disponible en: [https://retina.elpais.com/retina/2018/09/25/tendencias/1537869431\\_203848.html](https://retina.elpais.com/retina/2018/09/25/tendencias/1537869431_203848.html).

<sup>153</sup> Ver: [www.partnershiponai.org/](http://www.partnershiponai.org/) y <https://www.acm.org/code-of-ethics>.

tados internacionales vigentes. Pero, ¿por qué es necesaria una regulación jurídica imperativa?

La IA ya incide en cuestiones vitales, tanto económicas como sociales: desde análisis de muestras para encontrar la cura a enfermedades fatales, hasta la utilización de robots asesinos autónomos en los ejércitos.<sup>154</sup>

Ante las grandes injerencias que tiene (y tendrá) la IA en las sociedades contemporáneas, la autorregulación no basta; un conjunto de normas voluntarias no acabaría siendo totalmente eficaz. En este sentido, la regulación nacional y supranacional aparece como una tarea imprescindible, a la vez que difícil, aunque no imposible.

En Argentina no existe una norma específica que regule a la IA. No obstante, es posible notar ciertos augurios: la Ley 27.506 (“Régimen de Promoción de la Economía del Conocimiento”), del 2019, aparece como una instancia superadora de la Ley 25.922 (“Ley de Promoción de la Industria del Software”), del 2004,<sup>155</sup> y en

<sup>154</sup> La carencia de políticas legislativas concretas y específicas urge la creación de organizaciones por fuera de la estructura estatal. En el caso de los robots asesinos autónomos, se destaca una coalición de 112 organizaciones no gubernamentales, que lleva adelante la llamada “Campaña para Frenar a los Robots Asesinos” (*Campaign to Stop Killer Robots*) en 56 países del mundo. Su objetivo: prohibir las armas totalmente autónomas. Para mayor información, acceder a: <https://www.stopkillerrobots.org/about/>. Vale destacar que, como consecuencia de sus iniciativas, organismos tales como las Naciones Unidas han comenzado a advertir sobre los riesgos de esta tecnología. Ver: MOTOYAMA, SONO, “Inside the United Nations’ effort to regulate autonomous killer robots”, *The Verge*, 2018. Disponible en: [www.theverge.com/](http://www.theverge.com/).

<sup>155</sup> Al mismo tiempo, cabe mencionar el Plan de Modernización Nacional del 2016, instrumentado a través del Decreto 434/2016 del Ministerio de Modernización, que prosiguió el camino iniciado por las leyes 26.522 (“Servicios de Comunicación Audiovisual”) y 27.078 (“Ley Argentina Digital”). Mientras que la primera ley puso énfasis en la construcción de una sociedad de la información y el conocimiento que priorice la alfabetización mediática y la eliminación de barreras en el acceso a las nuevas tecnologías, la segunda declaró de interés público los recursos asociados a las tecnologías de la información y la comunicación. Por

su artículo 2, inciso j, prevé –dentro de las actividades promovidas en el marco del “Régimen de Promoción de la Economía del Conocimiento”– el “uso de tecnologías de la industria 4.0, tales como inteligencia artificial, robótica e internet industrial, internet de las cosas, sensores, manufactura aditiva, realidad aumentada y virtual.”

Asimismo, vale destacar el “Plan Nacional de Inteligencia Artificial”, bajo la coordinación de Lara Medialdea, desarrollado en el marco de la Agenda Digital Argentina 2030, y la Estrategia Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Argentina Innovadora 2030. Este proyecta “un abordaje integral y multiactoral de la temática en pos de promover un desarrollo que redunde en el mayor beneficio posible para las personas e impulsar la adopción de IA en los diferentes sectores, favoreciendo la vinculación de los mismos y el desarrollo de los diversos actores”.

Todo aquello que aparece como nuevo para el derecho genera reacciones y enfrentamientos, pero a nivel nacional (y supranacional) los Estados deberán abordar los desafíos regulatorios de la IA. Ello no implica que las voces de las empresas no sean escuchadas al momento de redactar las normas para los sistemas en cuestión; por el contrario, es indispensable lograr una tarea conjunta para arribar a un resultado completo, justo e inclusivo.

## **ii. El futuro de la privacidad**

Es un hecho que las nuevas tecnologías, potenciadas por la IA, participan –cada vez más– de la vida de las personas. Ello trae

otro lado, la Ley 25.326 (“Protección de los Datos Personales”), junto a la Ley 27.483, a través de la cual Argentina se adhiere al Convenio N° 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, suscripto en la ciudad de Estrasburgo el 28 de enero de 1981, también constituyen importantes regulaciones locales para la “era digital”. Ver más en: CORVALÁN, JUAN G., “¿Qué hay de nuevo, viejo? Reformas al procedimiento administrativo nacional (Decretos nros. 891/17 y 894/17) - Parte I”, *Diario DPI*, núm. 176, 2017. Disponible en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/11/Corval%C3%A1n-Administrativo-07.11.pdf>.

consigo sendos cuestionamientos legales, tales como si existe una vulneración de la intimidad de las personas, o una intromisión indebida a su privacidad. Sebastián Bortnik precisa que la privacidad se refiere al derecho de las personas a decidir qué parte de su vida esté resguardada por la confidencialidad, es decir, quién puede (y quién no) conocer determinadas situaciones y opiniones.<sup>156</sup> Su importancia es de tal magnitud que hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos la consagra como un derecho humano en su artículo 12.<sup>157</sup>

Ante ello, emergen algunos interrogantes: ¿Cuál es el alcance del derecho a la privacidad? ¿Cuáles son los límites en la protección de datos de los seres humanos? ¿Cuán importante es su defensa? ¿Cómo debe utilizar una empresa u organización los datos que posee por su actividad?

Es hartamente conocido que las empresas comercializan información de sus clientes con otras empresas, o que los partidos políticos utilizan bases de datos de organismos públicos para obtener ventajas competitivas; ello ocurre en casi todo el mundo. El Estado posee cada vez más información sobre sus ciudadanos y el hecho de que esa información esté digitalizada, hace mucho más sencilla su correlación y entrecruzamiento. Cuáles son los límites a estas prácticas, y qué finalidad otorgarles a ellas, son ciertas cuestiones elementales a tener en cuenta de cara al futuro.

<sup>156</sup> Al respecto, el autor agrega que “existe una dicotomía respecto a este tema, bien representada en una célebre frase de 1984 de George Orwell: “Hasta que no tomen conciencia no se rebelarán, y sin rebelarse no podrán tomar conciencia”. No es posible mejorar cuánto cuidamos la privacidad sin educación al respecto”. En: BORTNIK, SEBASTIÁN, “Como nene con chiche nuevo’: resignificar la privacidad”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, p. 35-38. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030).

<sup>157</sup> Debe tenerse en cuenta que dicha Declaración se encuentra incorporada expresamente a la Constitución Nacional argentina, en su artículo 75, inciso 22; y en consecuencia ostenta jerarquía constitucional.

Ante esta urgente necesidad legislativa, el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (“GDPR”, por sus siglas en inglés) constituye un loable avance, en tanto establece requisitos específicos para las empresas y organizaciones con relación a la recolección, el almacenamiento y la gestión de datos personales.<sup>158</sup>

1. *Un robot no debe dañar a un ser humano o, por su inacción, dejar que un ser humano sufra daño.*
2. *Un robot debe obedecer las órdenes que le son dadas por un ser humano, excepto cuando estas órdenes se opongan a la Primera Ley.*
3. *Un robot debe proteger su propia existencia hasta donde esa protección no entre en conflicto con la Primera o la Segunda Ley.*

*“Las Tres Leyes de la Robótica”,  
en Manual de Robótica, 56° Edición, Año 2058.  
Isaac Asimov*

## **VI. Atrapa esa liebre: ética e IA**

### **1. Consciencia del futuro: próximos dilemas**

Joseph Aoun plantea con ciertos aires paradójales (aunque no por ello quitándole verdad al asunto) que uno de los desafíos de este siglo es “humanizar” a la tecnología, en especial, a la IA.<sup>159</sup> El autor también alude a la necesidad de proyectar la ética en sus avances, y generar conciencia social para “educar” al robot del fu-

<sup>158</sup> Para acceder al GDPR, ingresar a: [https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index\\_es.htm](https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_es.htm).

<sup>159</sup> AOUN, JOSEPH, *Robot-Proof – Higher Education in the age of Artificial Intelligence*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2017.

turo. En juego y debate siempre está el sensacional antagonismo (o pseudo antagonismo) entre las máquinas y los hombres.

Pero, ¿cuál es la ética de la IA?

### ***i. Consideraciones preliminares***

La ética, entendida como el conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida, fue objeto de estudio por diversos pensadores: desde Sócrates, Aristóteles y Tomás de Aquino, hasta David Hume, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Jeremy Bentham, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, John Stuart Mill, Friedrich Nietzsche y Jean-Paul Sartre. Ahora bien, ¿este vasto tratamiento puede atender los nuevos desafíos que depara la IA?

Como destaca Octavio Kulesz, las nuevas tecnologías “se vuelven [cada vez más] cruciales en múltiples ámbitos de la vida social y crece el riesgo de que, por la forma en que han sido construidos, estos sistemas tomen decisiones que afecten negativamente a muchas personas”.<sup>160</sup>

Del mismo modo, Micaela Mantegna advierte que “por una cuestión de diseño, complejidad técnica o limitaciones impuestas por la propiedad intelectual, la mayoría de los modelos empleados [para la IA] son opacos e inescrutables” y sus “construcciones y asunciones que se hagan a partir del empleo de algoritmos van a permanecer ajenas a los afectados, pero incidiendo sobre ellos”.<sup>161</sup>

Frente a ello, existe consenso en que la IA debe ser “diseñada del modo más equitativo, transparente y explicable posible” y “man-

<sup>160</sup> KULESZ, OCTAVIO, “Cultura, máquinas y plataformas: La inteligencia artificial y su impacto en la diversidad de las expresiones culturales”, *Informe presentado ante el Comité Intergubernamental sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales en la décima segunda sesión ordinaria de la UNESCO*, 2018, p. 10.

<sup>161</sup> MANTEGNA, MICAELA, “Ok Computer: ¿de qué hablamos cuando hablamos de IA?”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, p. 93. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-)

tener un abordaje centrado en las personas que resulte socialmente provechoso”,<sup>162</sup> y aumente la equidad social.<sup>163</sup>

En este contexto, la ética tiene –y tendrá cada vez más– un rol decisivo en el establecimiento de límites a los sesgos que puedan encontrarse tanto en los datos, como en la construcción de los modelos de IA. Y como bien reflexiona Martino, la ética de la IA no puede ser un búho de Minerva que sólo aparezca cuando se reúnen las sombras de la oscuridad; esta debe prevenir, antes que curar.<sup>164</sup>

## **ii. IA “débil” o “estrecha”: la ética bajo el prisma del presente**

En la IA “débil” o “estrecha”, es decir, aquella limitada a realizar ciertas tareas específicas, su carácter instrumental obliga a estudiar y dilucidar cómo orientar la intervención humana en la ideación, construcción e implementación de estos sistemas, para así resolver los problemas actuales y futuros.<sup>165</sup>

ideas-para-la-argentina-del-2030. Al respecto, la OIT concluyó que “los recientes desarrollos llevados a cabo en esta área que se basan en una metodología diferente (algoritmos genéticos, en lugar de redes neuronales) podrían ofrecer una alternativa más transparente, pero por el momento es demasiado pronto para evaluar su pleno potencial.” ERNST, EKKEHARD, MEROLA, ROSSANA, SAMAN, DANIEL, *The economics of artificial intelligence: Implications for the future of work*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2018, p. 26. Disponible en: [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>162</sup> KULESZ, OCTAVIO, “Cultura, máquinas y plataformas: La inteligencia artificial y su impacto en la diversidad de las expresiones culturales”, *Informe presentado ante el Comité Intergubernamental sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales en la décima segunda sesión ordinaria de la UNESCO*, 2018, p. 11.

<sup>163</sup> JEWELL, CATHERINE, “Ética, tecnología y el futuro de la humanidad”, *OMPI Revista*, 2018. Disponible en: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2018/04/article\\_0005.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/04/article_0005.html).

<sup>164</sup> MARTINO, ANTONIO A., “Inteligencia artificial y derecho. Acerca de lo que hay”, *Revista de Ciencia de la Legislación*, 2019.

<sup>165</sup> VIDAL, ALEJO, “La nueva demanda de movilidad y los desafíos del futuro”, en PETRELLA, IVÁN, MARZOCCA, PABLO, BEUN, ANTONIO (dir.), *Ideas para la Argentina del 2030*, Buenos Aires, Área Cuatro, 2019, pp. 188-190. Disponible en: [www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030](http://www.argentina.gob.ar/noticias/descarga-la-publicacion-ideas-para-la-argentina-del-2030).

Surgen, entre otros, los siguientes interrogantes: ¿Cómo han de programarse los sistemas de IA? ¿Debe exigirse la publicidad de sus métodos, o les corresponde un mayor resguardo confidencial?

¿Cómo puede evitarse la proyección de las nociones discriminatorias o sesgadas de sus creadores? ¿Basta con la conformación de grupos de trabajo diversos? ¿Es necesario imponer auditorías externas? ¿Qué rol debe asumir el Estado en esta trama?

### **iii. Preguntas en torno a la IA “fuerte” o “general”**

La IA “fuerte” o “general”, es decir, aquella que pretende replicar una inteligencia holística como la humana, también promueve grandes abordajes éticos.

Presuponiendo que tales tecnologías pudieran asimilarse a “entes autónomos”, ¿correspondería aceptar que son “personas” y, por lo tanto, merecedoras de derechos y obligaciones independientes? Más aún, ¿cabría reconocerles algún tipo de derechos políticos?<sup>166</sup> ¿Habrá que acudir a nuevas ficciones legales?

Aunque hoy parezca lejano, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo propuso crear una personalidad jurídica específica para robots, de modo que se los considere “personas electrónicas” con derechos y deberes específicos (incluyendo la obligación de reparar los daños que pudieran causar).<sup>167</sup>

Al respecto vale destacar la labor del jurista estadounidense Lawrence Solum, quién ya hace algunos años abordó el tema de la

<sup>166</sup> Siguiendo esta hipótesis, las tecnologías provistas de IA serían “ciudadanos” del mundo político, elegibles como representantes en sociedades democráticas; así surgiría una auténtica democracia algorítmica. Al respecto, no es posible olvidar a Stephen Byerley, el robot-humano imaginado por Isaac Asimov en “Yo, Robot” que concluye coordinando las cuatro regiones de aquel mundo futurista.

<sup>167</sup> Resolución del Parlamento Europeo, del 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103). Disponible en: [www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_ES.html?redirect](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html?redirect).

personalidad jurídica de la IA, destacando diversos ejemplos históricos (desde los templos en Roma y los edificios de la iglesia en la Edad Media, hasta las sociedades comerciales) que dan cuenta de la posibilidad de proceder con dicha regulación, aun cuando se tratasen de meras ficciones.<sup>168</sup>

Por otro lado, ¿quién debería configurar la “personalidad” de los sistemas de IA? ¿Sus creadores, sus titulares, sus adquirentes?<sup>169</sup> Acaso, ¿serían susceptibles de comercialización? ¿Bajo qué parámetros? En cualquier caso, ¿qué preeminencia de valores correspondería asignarles? ¿Qué tratamiento le cabría a la verdad y a la mentira, por ejemplo? Particularmente, ¿la IA podría desistir de la verdad, luego de evaluar las consecuencias de su enunciación? Vale recordar a Jorge Luis Borges, quién dejó dicho que sería un ejercicio de la vanidad y el egoísmo ser siempre verídico.

#### ***iv. Acerca de la superinteligencia artificial***

La superinteligencia artificial engloba la idea de superación del ser humano, en algún futuro incierto. Aunque existen dudas acerca de si estos pronósticos van a cumplirse, la sola hipótesis ya abre un mundo de cuestiones éticas.<sup>170</sup>

¿Aflige algún deber moral el hecho de construir seres presuntamente superiores, que plantearán problemas como el de la convivencia entre dos “especies”, una superior y otra inferior (la

<sup>168</sup> SOLUM, LAWRENCE B., “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, *North Carolina Law Review*, vol. 70, num. 4, 1992, p. 1239.

<sup>169</sup> Reflexiones sobre esto último se imprimen con inquietud en una reciente novela escrita por el reconocido escritor británico Ian McEwan. Ver: McEWAN, IAN, *Máquinas como yo*, Buenos Aires, Anagrama, 2019.

<sup>170</sup> Según Raymond Kurzweil, para el año 2045 la tecnología llegará a un punto en el que los humanos no podrán comprenderla. Además, aumentarán sus mentes y sus cuerpos por medios y partes artificiales. En: IZQUIERDO, ROBIN, “11 Predicciones de futuro de Ray Kurzweil”, *Pandorafms*, 2017. Disponible en: <https://pandorafms.com/blog/es/predicciones-ray-kurzweil/>.

humana)? ¿No se estaría abonando un mundo de amos y esclavos, en donde los segundos estarían a merced de las superinteligencias? Frente a dicho panorama: ¿Deberían ponerse límites en la investigación, desarrollo, construcción, fabricación y comercialización de estos sistemas? ¿Cuáles?

## **2. ¿Son suficientes las Tres Leyes de la Robótica?**

### ***i. Introspección***

Las “Tres Leyes de la Robótica”, ideadas por Isaac Asimov e incluidas al comienzo de esta sección, han servido de inspiración a diversas empresas e instituciones, en búsqueda constante de aquellos principios éticos que sirvan para preservar los derechos y libertades de los seres humanos, sin detener el desarrollo tecnológico.

Barthelmess y Furbach, por el contrario, afirman que no hay razón para implementar las leyes de Isaac Asimov. En todo caso, el ser humano debería cumplir con la siguiente regla: “¡No está permitido construir y usar robots que violen la primera ley de Asimov!”.<sup>171</sup>

### ***ii. El ejemplo de la Comisión Europea***

La Comisión Europea (“CE”) presentó en abril de 2019 sus líneas maestras para el desarrollo de la IA, con el objetivo de asegurar beneficios para toda la sociedad en su conjunto, resguardando la privacidad de datos y minimizando los peligros inherentes a estos sistemas.<sup>172</sup>

<sup>171</sup> BARTHELMESS, ULRIKE, FURBACH, ULRICH, “Do we need Asimov’s Laws?”, *MIT Technology Review*, 2014. Disponible en: <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1405/1405.0961.pdf>.

<sup>172</sup> Su primer borrador vio luz pública el 18 de diciembre de 2018. Se trató de un texto provisional, elaborado a partir del trabajo de un grupo interdisciplinario de expertos en la materia, en miras a una IA “centrada en el ser humano”. Acerca de los diversos documentos preparados en el marco de la Comisión Europea, ver: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation>.

En un comunicado de prensa, la CE manifestó que la dimensión ética de la IA promete ser beneficiosa para toda la comunidad, y resultar en una ventaja competitiva para Europa.<sup>173</sup> A su vez, agregó que el primer desafío ético de la IA es ganar confianza en la población y, en aras de lograr aquello, los sectores especializados deberán observar diversos valores fundantes como el respeto a la dignidad humana y el resto de los derechos humanos, la igualdad, la democracia, el Estado de derecho.

Sobre la base de los derechos fundamentales y los principios éticos, estas enumeran siete requisitos fundamentales que deben cumplir los sistemas de IA para ser dignos de confianza:

1. Intervención y supervisión humana: los sistemas de IA deben promover sociedades equitativas, apoyando los derechos fundamentales y la intervención humana, y no disminuir, limitar o desorientar su autonomía.
2. Robustez técnica y seguridad: la fiabilidad de la IA requiere que los algoritmos sean suficientemente seguros, fiables y sólidos para resolver errores o incoherencias durante todas las fases previstas en los sistemas de IA.
3. Privacidad y gestión de datos: los ciudadanos deben tener pleno control sobre sus propios datos, al tiempo que los datos que les conciernen no deben utilizarse para su perjuicio o discriminación.
4. Transparencia: debe garantizarse la trazabilidad de los sistemas de IA.
5. Diversidad, no discriminación y equidad: los sistemas de IA deben tener en cuenta el conjunto de capacidades, competencias y necesidades humanas, y garantizar la accesibilidad.

<sup>173</sup> Para acceder a sus detalles, ver el Comunicado de prensa de la Comisión Europea, publicado el 8 de abril de 2019, en: COMISIÓN EUROPEA, “Inteligencia artificial: La Comisión continúa su trabajo sobre directrices éticas”, *Comisión Europea - Comunicado de prensa*, 2019. Disponible en: [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-1893\\_es.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1893_es.htm).

6. Bienestar social y ambiental: los sistemas de IA deben utilizarse para mejorar el cambio social positivo, y aumentar la sostenibilidad y la responsabilidad ecológicas.
7. Rendición de cuentas: deben implantarse mecanismos que garanticen la responsabilidad y la rendición de cuentas de los sistemas de IA y de sus resultados.

Por otro lado, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) promovió una Recomendación del “Consejo de Inteligencia Artificial”, en donde también identifica cinco principios para lograr una administración responsable y conquistar una IA confiable. Tales principios son: crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar; valores centrados en el ser humano y la justicia; transparencia y explicabilidad; solidez, seguridad y protección; y la rendición de cuentas.<sup>174</sup>

Para finalizar, es dable compartir las sabias expresiones de Vanina Martínez: “la IA se encuentra en estado embrionario por lo que estamos muy a tiempo de plantear cuestiones éticas antes que continúe avanzando su desarrollo. Ello es así pese a que muchos sostengan que la ética se ha convertido en sierva de la ciencia o que lo que acompaña a la ética es pura reflexión sobre la vida dañada”.<sup>175</sup>

<sup>174</sup> Ver: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

<sup>175</sup> En: “Jornada de ética en la ciencia y la tecnología. Desafíos éticos de la biología sintética, la inteligencia artificial y el cambio global”, Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la tecnología, 21 de mayo de 2019. Ver: [www.cecte.gov.ar/jornada-de-etica-en-la-ciencia-y-la-tecnologia/](http://www.cecte.gov.ar/jornada-de-etica-en-la-ciencia-y-la-tecnologia/).

*Sabemos lo que somos, pero no lo que podemos ser.*  
William Shakespeare

## **VII. Conclusiones**

La innovación no es un mandato divino: tiene que integrarse adecuadamente, y solo así podrá mejorar la vida de las personas. La ética, la reflexión filosófica, y la interacción constante entre las distintas ciencias y saberes son presupuestos necesarios para abrazar un futuro verdaderamente inclusivo.

Serán desafíos inminentes eliminar o disminuir los sesgos de la IA, proyectar la ética en la elaboración, entrenamiento y utilización de estas tecnologías, adecuar su introducción en los empleos de modo tal que ello no condene a las personas más vulnerables, y potenciar las capacidades de análisis, creatividad y sociabilidad, es decir, las llamadas “habilidades blandas”, que cumplirán un rol protagónico en los tiempos venideros. El futuro, por su parte, exigirá sendas indagaciones sobre la naturaleza humana, así como sobre la injerencia que las sociedades del futuro quieran asignarles a las nuevas caras de la IA.

Se espera que la IA continúe revolucionando los diversos contextos sociales que nos reúnen, nos estimulan y nos constituyen. Frente a tal perspectiva, la IA no deja de plantear múltiples interrogantes acerca de la confianza, la privacidad, la discriminación y la autonomía, entre otros, que también deberán ser atendidos.

A fin de cuentas, la sociedad deberá transitar el camino de la innovación, pero sin pasar por alto su propósito más fundamental: mejorar la vida de las personas, y potenciar sus derechos.

Buenos Aires / La Haya, agosto de 2019

**SECCIÓN**  
**DERECHOS HUMANOS**



**COMISIÓN INTERAMERICANA DE  
DERECHOS HUMANOS: EVOLUCIÓN Y PROSPECTIVA  
A 60 AÑOS DE SU CREACIÓN**

*“INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS:  
EVOLUTION AND PROSPECTS 60 YEARS AFTER ITS  
CREATION”*

**Relator: Prof. Dr. CHRISTIAN G. SOMMER<sup>1</sup>**

**RESUMEN**

Efectuar una retrospectiva sobre unos de los principales órganos de promoción y protección de los derechos humanos en la región americana no es tarea sencilla, pero constituye una oportunidad para reflexionar sobre sus luces y sombras que han permitido que sea reconocida como una referencia indiscutida, al momento de evaluar las políticas públicas de los Estados en materias de derechos humanos reconocidos por los tratados regionales de derechos humanos en la actualidad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) lleva ya 60 años de

<sup>1</sup> Abogado (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor titular por concurso de Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba). Director del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y del Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y del Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. Asociado del Instituto Luso-Hispano Americano de Derecho Internacional.

ininterrumpida actividad, bregando para que los Estados (y en la actualidad otros sujetos y actores en las esferas nacionales e internacionales) adecuen progresivamente sus políticas estatales a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos a todos los habitantes de la mayoría del continente americano. El presente texto no pretende desarrollar el mecanismo en particular de funcionamiento de la Comisión Interamericana de un modo formal e institucional, sino más bien reflexionar sus principales funciones y los actuales desafíos se plantean en su seno y ámbitos de aplicación.

#### *ABSTRACT*

Looking back at one of the main bodies for the promotion and protection of human rights in the American region is not an easy task, but it is an opportunity to reflect on its lights and shadows that have allowed it to be recognized as a respected institution, when evaluating the public policies of States in matters of human rights recognized by the regional human rights treaties today. The Inter-American Commission on Human Rights has been active for 60 years, working to ensure that States (and now other subjects and actors in the national and international spheres) progressively adapt their State policies to guarantee respect for human rights for all inhabitants of most of the American continent. The present text does not seek to develop the particular mechanism for the functioning of the Inter-American Commission in a formal and institutional manner, but rather to reflect on its main functions and the current challenges within it and its areas of application.

#### **PALABRAS CLAVES**

Derechos Humanos – Comisión Interamericana – desarrollo evolutivo de la institución

### KEYWORDS

Human Rights - Inter-American Commission - evolutionary development of the institution

## I) Sus aspectos institucionales

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes (denominados Comisionados) que se desempeñan en forma personal y no vinculada a los Estados de los cuales son nacionales. A la vez, la institución cuenta con un Secretario Ejecutivo que coordina las actividades de la CIDH.

En abril de 1948, se funda la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyos principios se enmarcan en los compromisos de **los “(...) Estados americanos de proclamar los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo (artículo 3)”**. A la vez, la Novena Conferencia de Estados que creó la OEA, aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, Colombia, el primer documento internacional vinculante de derechos humanos de la región.

La CIDH fue creada por la OEA en 1959, redactando un Estatuto y para 1961 la CIDH comenzó sus actividades principales de promover el respeto de los derechos humanos en la región. Desde 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. Los informes finales publicados en relación con estos casos pueden encontrarse en los informes anuales de la Comisión o por país y son publicados en formato electrónico por la Institución.

La labor de la CIDH se vio fortalecida cuando en 1969 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH - conocida comúnmente como Pacto de San José de Costa Rica), que entró en vigor en 1978 y que se encuentra vigente actualmente en 23 países: Argentina, Barbados, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay<sup>2</sup>. La Convención define los derechos humanos que los Estados ratificantes se comprometen internacionalmente a respetar y dar garantías para que sean respetados. Y a la vez, incluyó en el instrumento internacional a la CIDH y la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>3</sup>.

Aunque la CIDH, vincula en sus funciones, principalmente a los Estados partes de la CADH, La CIDH mantiene además facultades adicionales que antedatan a la Convención y no derivan directamente de ella, entre ellos, el de procesar peticiones individuales relativas a Estados que aún no son parte de la Convención, pero que sí han firmado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>4</sup>.

### **I.1) Funciones de la CIDH**

Acorde a las funciones establecidas en la CADH y el actual Reglamento de la CIDH<sup>5</sup>, ésta tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las

<sup>2</sup> Estados Americanos como Trinidad y Tobago y Venezuela han denunciado la CADH.

<sup>3</sup> Cf. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>

<sup>4</sup> En la actualidad la CIDH ha recibido peticiones y lleva adelante casos por situaciones a violaciones a derechos humanos en Estados Unidos, Canadá, Venezuela.

<sup>5</sup> Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1° de agosto de 2013.

Américas de conformidad con el artículo 106 de la Carta de la OEA<sup>6</sup>.

La CIDH, lleva adelante un importante número de actividades, entre ellas, el recibir, analizar e investigar peticiones individuales en que se alega que Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana o aquellos Estados que aún no la han ratificado han violado derechos humanos. A la vez, observa la situación general de los derechos humanos en los Estados Miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado Miembro, cuando lo considera apropiado, ya sea a través de informes de especialistas o por sus propios procesos de recabar información a través de visitas in loco<sup>7</sup>. También recomienda a los Estados Miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del Continente y solicita a los Estados Miembros que adopten medidas cautelares, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto de una petición ante la CIDH en casos graves y urgentes. Para dar mayor seguimiento a casos particulares o a denuncias más genéricas o incorporando en su agenda,

<sup>6</sup> Art. 106. h) habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.

<sup>7</sup> La CIDH desarrolla un importante trabajo de producción documentación a través de informes ya sea por países o por áreas temáticas. Esto último se puede ver reflejado en el trabajo de las Relatorías existentes en temas diversos como: Derecho de la niñez, derecho de las personas privadas de libertad, derecho de los pueblos indígenas, derecho de las mujeres, derecho de las personas afrodescendientes y contra la discriminación racial, sobre defensores y defensoras de derechos humanos, derecho de los migrantes, derechos de las personas LGBTT. A la vez, cuenta con relatores especiales en temas de libertad de expresión y derechos económicos, sociales y culturales.

temas de actualidad, celebra periódicamente audiencias (Capítulo VI del Reglamento). Las audiencias pueden ser de carácter general o particular relacionada con uno o más Estados Miembros de la OEA. Son públicas por regla general y se llevan a cabo por lo menos dos veces al año, durante los períodos ordinarios o extraordinarios de sesiones de la CIDH. Cualquier organización o grupo de organizaciones legalmente reconocidas, víctima de violaciones a los derechos humanos o su representante pueden solicitar una audiencia ante la CIDH.

Pero sin lugar a dudas, la labor de mayor impacto de la CIDH es el trabajo de gestión de las *peticiones individuales* que pueden presentar las personas ante el sistema interamericano, en el marco de las atribuciones otorgadas a la CIDH, inicialmente por la CADH y posteriormente por otros instrumentos interamericanos<sup>8</sup>

Los artículos 45 al 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 23, 24 y del 28 al 49 del Reglamento de la CIDH establecen la competencia de la CIDH de procesar y decidir sobre peticiones de denuncias individuales que reciban, como así también los requisitos que deben cumplir<sup>9</sup>, el

<sup>8</sup> Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobado en el Salvador el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

-Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 28 de marzo de 1996.

-Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura. Aprobada en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985 y entró en vigor el 28 de febrero de 1987.

-Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la violencia contra la Mujer. Aprobada en Belén do Pará el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 5 de marzo de 1995.

-Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de Derechos Humanos. Adoptada en Washington el 15 de junio de 2015 y entró en vigor el 11 de enero de 2017.

<sup>9</sup> La petición debe ser presentada dentro de los seis meses posteriores a que la víctima es informada de la decisión que agota los recursos internos en el Estado demandado. En caso de que aplique alguna de las

procedimiento aplicable y las posibles decisiones que pueden tomar al respecto. En efecto, cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Parte de la Convención pueden presentar peticiones relacionadas a violaciones de las disposiciones contenidas en la Declaración o en cualquiera de las convenciones firmadas y ratificadas por el Estado en cuestión. La Secretaría Ejecutiva de la CIDH tiene la responsabilidad del estudio y tramitación inicial de las peticiones presentadas que cumplan con los requisitos. Si no los cumple, puede pedirle al peticionario que los complete. Cada petición se recibirá, se registrará y se dará acuse de recibo al peticionario. Si dos o más peticiones versan sobre los mismos hechos, personas o patrones de conducta similares, la Comisión las puede acumular y tramitar en conjunto. Posteriormente, la Secretaría Ejecutiva envía las partes pertinentes de la petición al Estado y solicitará información, la cual debe ser entregada a los tres meses a partir de su transmisión.<sup>10</sup> Sin embargo, las cuestiones de plazos en el sistema interamericano no son una característica que se cumplimente en su totalidad. La falta de recursos humanos de la CIDH para analizar todas las peticio-

causales de excepción al agotamiento de los recursos internos, debe ser presentada en un plazo razonable luego de que ocurre la violación del o los derechos humanos denunciada. Además, el objeto de la petición no debe estar pendiente de un mecanismo de arreglo ante otro organismo internacional, excepto si a) el organismo internacional está llevado a cabo un examen general de derechos humanos; b) no conduzca a su arreglo efectivo o c) si los peticionarios son personas diferentes.

<sup>10</sup> Cfr. STEINER, CHRISTIAN – URIBE, PATRICIA (Editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Konrad Adenauer Stiftung – Eudeba, Buenos Aires, 2014. pp. 735-794; MARGAROLI, JOSEFINA – MACULAN, SERGIO. *Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Edit. Cathedra jurídica. Buenos Aires, 2011. pp. 47-276; GONZÁLEZ MORALES, FELIPE. “La comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”. *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5. 2009, Universidad de Chile, pp. 35-57.

nes que se reciben por año, conllevan que, en algunos casos, entre que se presente una petición a la CIDH y ésta analice la admisibilidad del caso, transcurran varios años.

Una vez consideradas las posiciones de las partes, la CIDH se pronunciará sobre la admisibilidad en un informe público, el cual será incluido en el Informe Anual. Con ocasión del informe, se registrará la petición como caso y se iniciará el procedimiento sobre el fondo.

Una vez abierto el caso, se da cuatro meses a los peticionarios para que presenten sus observaciones sobre el tema de fondo. Una vez recibidas, se transmiten las partes pertinentes al Estado, quien tendrá cuatro meses para enviar sus observaciones.

El artículo 25 del Reglamento establece que, a petición de parte o por iniciativa propia, la Comisión puede solicitar a un Estado que adopte medidas cautelares cuando exista una situación de gravedad o urgencia que presente un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante el Sistema Interamericano. Una medida cautelar puede estar relacionada con una petición o caso o ser solicitada de forma independiente.

A efectos de tomar una decisión, la Comisión considerará que:

1. La *gravedad de la situación* significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano.
2. La *urgencia de la situación* se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar.
3. El *daño irreparable* significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

Es importante señalar que, antes de pronunciarse sobre el fondo, la CIDH fija un plazo para que las partes se manifiesten sobre

si desean iniciar el procedimiento de solución amistosa, acorde las estipulaciones del artículo 40 de la CADH<sup>11</sup>.

Según lo expresado por el artículo 42, la CIDH puede decidir el archivo de una petición o caso cuando no existan o subsistan los motivos que la fundamentaron, no cuenten con la información necesaria o el peticionario se muestre desinteresado en el proceso.

De considerar que no podido llegarse a un acuerdo entre las víctimas y el Estado, La Comisión debe indicar su decisión final en un informe. Si decide que hubo una violación de derechos humanos, debe enviar un informe preliminar al Estado con las recomendaciones correspondientes, el cual tendrá un tiempo determinado para informar sobre las medidas adoptadas. De igual forma, notificará al peticionario sobre el envío del informe preliminar al Estado. En caso de que el Estado sea parte de la Convención Americana, el peticionario tendrá un mes para enviar su postura con respecto al envío del caso a la Corte Interamericana.

Y en caso de no llegar a un acuerdo con el Estado, es el único órgano habilitado en el sistema regional a elevar casos ante la Corte IDH para que se establezca la responsabilidad internacional del Estado. Y en su vinculación con la Corte IDH, también la CIDH puede solicitar opiniones consultivas a la Corte IDH, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 64 de la Convención Americana<sup>12</sup>.

Como todo sistema internacional, la CADH contempla la posibilidad de que un Estado denuncie a otro por el incumplimiento de sus obligaciones con respecto a los derechos contenidos en la Declaración u otras convenciones en el marco de la OEA (artículo 50 del Reglamento). El procedimiento seguido es el mismo que el de las peticiones individuales, pero aún no ha sido utilizado.

<sup>11</sup> **Solución amistosa (art. 40):** a petición de alguna de las partes o por iniciativa propia, la CIDH se puede poner a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa apegada a los principios de derechos humanos en cualquier estado de la petición o caso.

<sup>12</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>

Como órgano de protección y promoción de derechos humanos en el continente americano, la CIDH ha ido progresivamente avanzando en consolidar una agenda de trabajo y concienciación en el respeto de los derechos humanos consagrados en los principales instrumentos regionales. Pero esa labor, en la actualidad conlleva que se planteen una serie de reflexiones sobre el trabajo de la CIDH, lo que, sin ser abarcativos de todos ellos, reflejan algunas perspectivas a 60 años de su puesta en funcionamiento.

## **II) Los desafíos para fortalecer el trabajo administrativo y orgánico de la Comisión Interamericana. Perspectivas de su plan estratégico 2017-2021.**

Desde los primeros pasos de la CIDH, los desafíos en su funcionamiento y en brindar un adecuado servicio de acceso a las víctimas de violaciones a derechos humanos, conlleva que el sistema de la CIDH vaya adquiriendo un mayor peso en la agenda interamericana. Las décadas de los años setenta y ochenta del siglo pasado, implicaron graves violaciones a derechos humanos en la región y con ello el trabajo de la CIDH se fue acrecentando. Pero, con mejores mecanismos de control y una región con sistemas democráticos ya consolidados en la década de los noventa, se creyó que el trabajo de la CIDH no se desbordaría. Como se ha sostenido, la creencia en ese contexto fue erróneo. Mientras que la sociedad civil se fortaleció en los países de la región, el mecanismo de peticiones de casos ante la CIDH fue incrementando y con ello se volvió más completo y complejo el cúmulo de casos que llegaban a la CIDH, y aún lo hacen<sup>13</sup>. Este panorama lleva desde hace un tiempo a la CIDH a buscar priorizar sus escasos recursos (que son aporta-

<sup>13</sup> La magnitud de casos ante la CIDH que se reciben anualmente hace que muchas veces las decisiones de admisibilidad de casos puedan tardar varios años. Cf. DULITZKY, ARIEL. *Derechos humanos en Latinoamérica. Y el Sistema Interamericano. Modelos para (des)armar*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México. 2017, pp. 236-287

dos por los Estados Partes de la OEA) con una mirada estratégica de funcionamiento<sup>14</sup>.

*La CIDH continúa enfrentando desafíos de carácter endógeno y exógeno, que impactan su capacidad y eficiencia. Un primer desafío que enfrenta la Comisión y los Estados Miembros de la OEA tiene que ver con la necesidad de avanzar en la ratificación general de los instrumentos del Sistema Interamericano como un factor crítico del pleno respeto y garantía de los derechos humanos en las Américas, en especial la CADH. Otro desafío es reforzar el trabajo de protección, promoción y colaboración con el Caribe y América Central. Por otra parte, frente a los desafíos siempre cambiantes en materia de derechos humanos, se destaca la importancia que tienen otros mecanismos no jurisdiccionales para el monitoreo de situaciones de derechos humanos, así como para contribuir con los Estados en sus acciones en materia de prevención e identificación de factores de riesgo de violaciones de derechos humanos y cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En este sentido, teniendo en cuenta el escenario de recursos limitados y para evitar la fragmentación o duplicación de esfuerzos, resulta imperioso para la CIDH definir estrategias de actuación para el uso integrado y articulado de sus diversos mecanismos de promoción y protección de derechos humanos; promover un equilibrio entre las relatorías temáticas; así como la incorporación de nuevos mecanismos ad-hoc que sirvan para mejorar la situación de derechos humanos en las Américas y responder a los desafíos presentes y futuros.*

Pero también el trabajo de la Comisión y las posturas que asumen sus integrantes, ha puesto en los últimos años, en cuestionamiento por parte de algunos Estados, el grado de inde-

<sup>14</sup> Cfr. AGUZIN, LAURA A. “Desafíos actuales en materia de derecho internacional de los derechos humanos: El caso del sistema interamericano”. En *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. XXV, Edit. Lerner, Córdoba, 2006, pp. 330-353; AA.VV. *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2015.

pendencia con que se desenvuelven los comisionados. Son cada vez más asiduas las críticas en el discurso de los gobiernos de la región sobre los posicionamientos más de índole “ideológico” y personal de algunos comisionados al abordar solicitudes de medidas cautelares o sobre conflictos políticos que involucran denuncias ante la Comisión. Un aspecto de ello, pudo verse en el posicionamiento de algunos Estados de la región como Chile, Brasil, Argentina, Paraguay y Colombia quienes elaboraron en 2019 una declaración conjunta manifestando su posición sobre las críticas en cuanto al trabajo de la Comisión Interamericana frente a diversos casos que grupos de nacionales de esos estados venían presentando. Este embate contra el organismo regional de derechos humanos, fue tomado como una advertencia sobre los límites a la soberanía de los Estados y las denominadas “medidas políticas” o judiciales que se llevaban adelante y que luego eran revisadas por la Comisión. Los gobiernos de estos Estados venían con preocupación las pretensiones de la Comisión de hacer expansiva a todos los Estados sus decisiones en materia de políticas y normas sobre aspectos de tipos de familia, aborto, matrimonio y libertad religiosa. Dicha declaración fue planteada en la Asamblea General celebrada en Medellín, Colombia en 2019, siendo posteriormente rechazada por la mayoría de los Estados participantes.

Para fortalecer su trabajo de gestión de casos, la Comisión ha trabajado un ambicioso plan para lograr una serie de metas que le permita garantizar un mejor y ágil acceso de las personas al sistema y de su trabajo de gestión institucional. *El Plan desarrolla la estrategia global mediante cinco objetivos estratégicos y veintiún Programas de trabajo*<sup>15</sup>. *Un primer objetivo busca contribuir al desarrollo de una justicia interamericana más efectiva, oportuna y accesible para superar las prácticas de impunidad en la región y lograr la reparación integral de las víctimas. Con su segundo objetivo la CIDH busca tener incidencia en medidas preventivas y en los factores que dan lugar a las violaciones de derechos humanos. El tercer objetivo pro-*

<sup>15</sup> CIDH. Plan Estratégico 2017-2021. OEA/Ser.L/V/II.161Doc. 27/17. 20 de marzo 2017.

*cura promover la democracia, la dignidad humana, la igualdad, la justicia y las libertades fundamentales. El cuarto objetivo pretende dar un impulso a la universalización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). El quinto objetivo busca garantizar la disponibilidad de todos los recursos necesarios para fortalecer el rol institucional con miras a lograr un impacto positivo en el respeto de los derechos humanos en la región. El Programa Especial 21 intersecta transversalmente todo el Plan y busca mejorar sustancialmente el seguimiento a las recomendaciones que haga la CIDH para mejorar los niveles de efectividad del SIDH y tener un impacto transformador de la situación de los derechos humanos para todas las personas en las Américas.*

*Fruto del plan elaborado, un aspecto central y que constituye el “talón de Aquiles” de la institución, lo conforma el sistema de gestión de peticiones y casos. En las últimas décadas, las principales quejas hacia la CIDH han estado enfocadas en su “mora” al momento de dar respuestas a las peticiones presentadas<sup>16</sup>. La CIDH emprendió acciones concretas con el objetivo de abordar el atraso crónico que existía en la etapa de estudio inicial y creó un Grupo de Atraso Procesal (GAP) que consiguió revisar un total de 6405 peticiones en el período entre diciembre de 2014 y julio de 2016. Las peticiones analizadas por el GAP fueron aquellas que habían ingresado desde 2007 hasta 2013. De manera paralela a esta medida especial, el grupo de Registro continuó evaluando las peticiones recibidas en 2014 y 2015 en el año calendario inmediatamente posterior a la recepción de la denuncia. Con esta iniciativa, la Comisión superó el rezago procesal en la etapa de estudio inicial, habiéndose tomado decisiones sobre todas las peticiones que fueron presentadas hasta el año 2015 durante el año 2016, restando completar la ejecución administrativa de estas decisiones.*

*A la vez, la CIDH comenzó un importante proceso para ir progresivamente eliminando los mecanismos de peticiones exclusivamente*

<sup>16</sup> ACOSTA-LOPEZ, JUANA INÉS – AMAYA-VILLARREAL, ÁLVARO. *Controversias procesales en el sistema interamericano de derechos humanos*. Edit. Ibáñez-Universidad Javeriana de Bogotá. Colombia, 2009, pp. 68-70

*en papel, permitiendo que los documentos puedan digitalizarse y las presentaciones de peticiones sean en formato on-line. El Portal del Sistema Individual de Peticiones ha sido uno de los mayores avances en la modernización tecnológica y el acceso a la información para las personas usuarias de la CIDH. Los peticionarios y los Estados, en iguales condiciones, pueden acceder a información sobre sus peticiones, casos y medidas cautelares en trámite ante la CIDH de manera inmediata y gratuita. Además, se agilizó la transmisión de intercambio de comunicaciones y documentación. En su primer año de funcionamiento, fueron procesados 52.013 documentos y se recibieron 1.089 nuevas denuncias, lo cual tuvo impacto en la automatización de procesos ante la CIDH<sup>17</sup>.*

### **III) El impacto del trabajo de las relatorías de la Comisión Interamericana**

*Desde la década de los noventa la CIDH ha venido desarrollando una serie de iniciativas de carácter temático, es decir, referidas a algún derecho o derechos en particular o a determinados colectivos vulnerables. Esto resulta complementario a los Informes sobre Países, que dicen relación con la situación general de los derechos humanos en un Estado específico. En este sentido, han sido elaborados Informes sobre temas tales como la situación de los derechos humanos de las mujeres, de las personas privadas de libertad, las condiciones de los trabajadores migratorios y sus familias, etc. Este trabajo se ha venido desarrollando especialmente a través de las relatorías temáticas que la Comisión ha creado en los últimos 15 años.*

En el Reglamento de la CIDH aprobado en 2008, se introdujo una reforma al Artículo 15 sobre “Relatorías y Grupos de Trabajo”, introduciendo por primera vez en dicho instrumento el concepto de “Relatoría Temática”. El Reglamento vigente, aprobado en noviembre de 2009, establece que las Relatorías “podrán funcionar ya sea como relatorías temáticas, a cargo de un miembro de la

<sup>17</sup> Cf. <https://www.oas.org/es/cidh/portal/>

Comisión, o como relatorías especiales, a cargo de otras personas designadas por la Comisión”. En general, las relatoras y relatores temáticos son designados por la CIDH durante el primer período de sesiones del año, pero el Reglamento prevé que estas designaciones pueden ser revisadas y modificadas en cualquier “momento que resulte necesario”. Asimismo, establece que los parámetros conforme a los cuales la Comisión designa a las personas a cargo de las relatorías especiales, y establece para los mismos un período de tres años, renovable por un período más.

*Desde las primeras relatorías hasta la actualidad, la CIDH desarrolla acciones de incidencia en políticas de derechos humanos en temas diversos como:*

- a) **Derechos de la Niñez:** La Relatoría colabora en el análisis y evaluación de la situación de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas. La Relatoría asesora a la CIDH en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en materia de niñez y adolescencia. Asimismo, realiza visitas a los Estados, y elabora estudios e informes.
- b) **Derecho de las personas privadas de libertad:** Desde 2004, esta Relatoría monitorea la situación de las personas sometidas a cualquier forma de privación de libertad en los Estados miembros de la OEA. Para ello, y entre otras funciones, la Relatoría realiza visitas a los Estados, promueve los mecanismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a fin de proteger los derechos de personas privadas de libertad, y prepara informes que contienen recomendaciones especializadas dirigidas a los Estados Miembros de la OEA a fin de avanzar en el respeto y la garantía de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Desde febrero de 2019, el mandato de la Relatoría incluye también la prevención y combate contra la tortura.
- c) **Derechos de los Pueblos Indígenas:** Desde la década de los ochenta la Comisión Interamericana se ha pronunciado en forma sistemática sobre los derechos de los pueblos

indígenas en sus informes especiales y a través del sistema casos, en informes de admisibilidad, informes de fondo, informes de solución amistosa, el mecanismo de medidas cautelares, como también a través de demandas y solicitudes de medidas provisionales interpuestas ante la Corte Interamericana. En este sentido, la Comisión Interamericana ha expresado la necesidad de exigir una especial protección al derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios, porque su goce efectivo implica, no sólo la protección de una unidad económica, sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra. En el año 1990 creó la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, con el objeto de brindar atención a los pueblos indígenas de América que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en el área.

- d) **Derechos de las Mujeres:** la Relatoría sirve para crear conciencia sobre la necesidad de adoptar nuevas medidas para garantizar que las mujeres puedan ejercer sus derechos básicos; formular recomendaciones específicas que fomenten el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones prioritarias de igualdad y no discriminación; promover mecanismos que el sistema interamericano de derechos humanos ofrece para proteger los derechos de las mujeres, como por ejemplo, la presentación de denuncias individuales de violaciones; preparar estudios especializados e informes en este campo; y asistir a la Comisión en la respuesta a peticiones y demás informes de violaciones de estos derechos en la región.
- e) **Derecho de los Pueblos afrodescendientes y contra la discriminación racial:** marzo de 2005, la Comisión Interamericana creó la Relatoría sobre los Derechos de las

Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial. La Relatoría recibió la responsabilidad de dedicarse a estimular, sistematizar, reforzar y consolidar la acción de la Comisión Interamericana respecto de los derechos de las personas de ascendencia africana y contra la discriminación racial. Los objetivos principales de la Relatoría incluyen trabajar con los Estados miembros de la OEA para generar el conocimiento con respecto a las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos de los afrodescendientes y la eliminación de todas las formas de discriminación racial, analizando los desafíos actuales que confrontan los países de la región en este área, formulando recomendaciones diseñadas para vencer los obstáculos, identificando y compartiendo mejores prácticas en la región con respecto a este asunto, y proporcionando cualquier ayuda técnica solicitada por los Estados miembros en la implementación de las recomendaciones en la ley nacional y en la práctica.

- f) **Defensores y Defensoras de derechos Humanos:** En marzo de 2011, la CIDH decidió crear una Relatoría sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos, en consideración de las denuncias recibidas y en busca de dar mayor visibilidad a la importancia del rol de las defensoras y los defensores, así como de los operadores de justicia, en la construcción de una sociedad democrática en la que tenga plena vigencia el Estado de derecho. La Relatoría, a través de distintas tareas le da seguimiento a la situación de todas las personas que ejercen la labor de defensa de los derechos en la región, incluyendo la situación de los y las operadores de justicia.
- g) **Derecho de los Migrantes:** En 1996, en respuesta a la grave situación que enfrentaban los desplazados internos y los trabajadores migrantes y sus familias en diversos países del continente, la CIDH decidió crear la Relatoría sobre Desplazados Internos y la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. Si bien la

creación de estas relatorías la CIDH sirvió para brindar una mayor atención a los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, así como de los desplazados internos, la protección y promoción de los derechos humanos de otros grupos de personas en situación de vulnerabilidad en el contexto de la movilidad humana también ha sido uno de sus principales focos de trabajo de la CIDH desde sus orígenes como consecuencia de las migración forzadas de cientos de miles de personas que se vieron tuvieron que huir o abandonar sus hogares como consecuencia de las dictaduras y conflictos armados que ocurrieron en la región a lo largo del siglo XX. En 2012, la CIDH decidió modificar el mandato de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias [ahora Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes], con el propósito de dar respuesta a la multiplicidad de desafíos que plantea la movilidad humana en la región, ya sea como migración internacional o interna o como migración forzada o voluntaria.

- h) Derecho de las personas GLBTI:** Entró en funciones en 2014, dando continuidad a las principales líneas de trabajo de la Unidad LGBTI ocupándose de temas de orientación sexual, identidad y expresión de género y diversidad corporal. El trabajo de la relatoría, consiste en recabar fuentes de información que incluyen presentaciones orales y escritas durante audiencias públicas, información recibida durante visitas *in loco*, peticiones y solicitudes de medidas cautelares recibidas por la Comisión, y, en general, información recogida por los distintos actores del Sistema, apuntan a una hipótesis de trabajo que indica que los problemas sistémicos enfrentados por estas personas en la región incluyen la criminalización, los altos índices de violencia e impunidad relacionada, la discriminación en el acceso a los servicios de salud y justicia y para el acceso a la educación, el sector laboral y participación política, así como la exclusión y la invisibilidad de estas violaciones.

- i) Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión:** La Relatoría Especial fue creada por la CIDH en octubre de 1997, durante su 97° Período de Sesiones, por decisión unánime de sus miembros. La Relatoría Especial fue establecida como una oficina permanente e independiente que actúa dentro del marco y con el apoyo de la CIDH. Con ello, la CIDH buscó estimular la defensa hemisférica del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, considerando su papel fundamental en la consolidación y desarrollo del sistema democrático, así como en la protección, garantía y promoción de los demás derechos humanos.
- j) Relatoría Especial para los derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales:** En 2012, la Comisión en virtud de su compromiso con el fortalecimiento de su trabajo en derechos económicos, sociales y culturales, y en respuesta a las sugerencias de los Estados y de la sociedad civil, decidió crear una Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Unidad DESC) y en 2017 puso en funciones por primera vez la relatoría especial. El tema de los derechos económicos, sociales y culturales es una de las cuestiones más actuales y uno de los desafíos más complejos en el Continente. Como parte de su trabajo, la relatoría a trabajado en el abordaje de diversos informes temáticos como Pobreza y Derechos Humanos (2017) y más recientemente sobre Empresas y Derechos Humanos: estándares internacionales (2019)

#### **IV) Los retos y efectividad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana.**

*La cuestión relativa a la efectividad y eficacia de las recomendaciones hechas por la CIDH a los Estados a través de sus informes de casos y soluciones amistosas, medidas cautelares, informes temáticos y de país y demás mecanismos de monitoreo, se evidencia como un aspecto angular en el que la organización debe redoblar sus esfuerzos.*

*Más allá de la posibilidad de remitir casos a la Corte IDH, la competencia de la Comisión para verificar el cumplimiento de sus recomendaciones no está expresamente contenida en la CADH.*

*De allí que se considere que la CIDH desarrolla sus funciones con base en la teoría de las facultades implícitas, como condición necesaria para que el organismo pueda cumplir sus obligaciones de una forma adecuada, y ello puede apreciarse sobre todo a partir de la reforma de su Reglamento en 2001<sup>18</sup>. La reforma más relevante a su facultad de verificar la implementación se encuentra en el artículo 48 del Reglamento<sup>19</sup>, que permite a la CIDH un trabajo más institucionalizado.*

*Pero como se expresa también, es medular que los Estados cumplieren las recomendaciones de la CIDH en los casos planteados ante el organismo regional. De lo contrario, el sistema interamericano decaería si supusiéramos que los Estados no se hallan sujetos al deber de atender las recomendaciones de la Comisión –bajo el imperio de la regla *pacta sunt servanda*, aplicada a la Convención Americana de Derechos Humanos, como dispone el Pacto de San José, de obligatoria observancia a cargo de las partes en el Convenio<sup>20</sup>.*

*Para medir el alcance del cumplimiento que se reclama de los Estados –y que es condición de la eficacia de un sistema construido*

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR – KAUFFMAN, CELESTE. “De las órdenes a la práctica. Análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. En AA.VV. *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2015. pp. 272 y ss.

<sup>19</sup> Art. 48. *Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones.*

<sup>20</sup> GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. “Cumplimiento de recomendaciones y decisiones de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Situación y sugerencia”. En *Defensor. Revista de Derechos Humanos*. N° 4, Comisión Derechos Humanos del Distrito Federal. México, abril de 2017. pp. 20-27.

*por los propios Estados y constantemente sustentado por éstos en su discurso político; es preciso recordar los deberes que aquéllos han asumido, en ejercicio de su soberanía, no en detrimento de ella, al incorporarse como partes en la CADH, sea bajo la fórmula de la ratificación, sea bajo el concepto de la adhesión. Esos deberes asumidos, cuyos términos recogen los artículos 1° y 2° de la CADH, suponen la obligación implícita de reconocerlos derechos y las libertades que enuncia aquel instrumento y la filosofía que ese reconocimiento supone: la convicción de que el Estado se somete al principio pro homine en la formulación, interpretación y aplicación de derechos y libertades, y de que por lo tanto acepta que la sociedad y el Estado se han constituido –como lo proclamaron los documentos fundacionales de la era moderna, cuando se refieren a la asociación política– precisamente para preservar los derechos humanos de quienes se hallan sujetos a su jurisdicción<sup>21</sup>. Como se ha expresado también, nos hallamos ante normas “fundamentales” en cuanto a las obligaciones de los Estados para el cumplimiento de los derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos<sup>22</sup>.*

*Para dar respuesta a esas demandas. La CIDH creó en el marco de su último plan estratégico, el Programa Especial de Seguimiento de las Recomendaciones de la CIDH. Una condición indispensable para la eficacia del SIDH es que los Estados implementen las recomendaciones y decisiones de la CIDH. Si bien se han visto avances y algunos Estados, por ejemplo, han introducido reformas legislativas para implementar las decisiones internacionales, el nivel de implementación para garantizar la efectividad del SIDH continúa siendo un desafío. Por ello, como componente central de la estrategia del Plan, la CIDH se propone desarrollar este programa transversal en el cual espera poner en marcha acciones articuladas para el seguimiento de recomendaciones en todos los mecanismos (informes de casos, resoluciones de medidas cautelares, informes te-*

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> GIALDINO, ROLANDO. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pp. 499.

máticos y de país, audiencias y el seguimiento de acuerdos de soluciones amistosas). Este programa incluirá la conformación de una base de datos de las recomendaciones de la CIDH para el desarrollo de un Sistema Interamericano de Monitoreo de Recomendaciones (SIMORE-Interamericano). Para conformar el Sistema será importante producir una metodología común para la formulación y medición de recomendaciones en sus diferentes mecanismos que permita hacer el seguimiento; el diseño de indicadores; una estrategia e instrumentos comunes de seguimiento de las recomendaciones; el seguimiento de la información generada por Estados y sociedad civil para producción de Informes; el mapeo de casos exitosos, buenas prácticas y lecciones aprendidas en implementación de recomendaciones; y estrategias conjuntas con organismos internacionales y otros actores en terreno para verificación de la implementación de recomendaciones. Se incluye en este Programa además el fortalecimiento del diálogo y cooperación con los Estados, así como una mejor asistencia para el seguimiento de las recomendaciones, su aplicación y la incorporación de estándares. Se pretende también crear enlaces subregionales para el seguimiento de recomendaciones en nivel local y regional.

## **V) Nuevos desafíos en las temáticas de abordajes en derechos humanos en el seno de la Comisión Interamericana.**

*La Comisión desarrolló estándares y ha puesto sus observaciones sobre temas novedosos que permiten avizorar la amplitud de temáticas que en forma progresiva se sumando al trabajo de la Institución.*

*Estos temas incluyen, por ejemplo: la respuesta a la criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos; los derechos políticos y salvaguardas para evitar represalias por su libre ejercicio; los derechos de los niños y niñas en procesos de adopción internacional; la discriminación por orientación sexual en la aplicación de sanciones; la discriminación por orientación sexual en derechos pensionales; los derechos de las personas con estatuto de refugiadas o solicitantes de asilo; la responsabilidad estatal por falta*

*de fiscalización de bancos de sangre y contaminación por VIH; la discriminación por vivir con VIH; los derechos de las personas con discapacidad, particularmente en situación de privación de libertad; la libertad de expresión y espectro radioeléctrico; la libertad de expresión e Internet; y los estándares sobre prevención, protección y procuración de justicia en temas de violencia contra periodistas, los impactos ambientales y su vinculación con los derechos humanos, las vinculaciones entre responsabilidad de las empresas de industrias extractivas y los derechos humanos., entre otros.*

## **VI) Los procesos de selección de los miembros de la Comisión Interamericana**

*Como muestra de un proceso de cambio y de mayor democratización interna, los órganos del SIDH están encaminados a fortalecer los mecanismos que permitan un mayor conocimiento a los Estados y la Sociedad civil de los postulantes a los cargos de comisionados de la CIDH.*

Cabe recordar que los requisitos mínimos para ser Comisionado o Comisionada, la CADH no exige ser jurista, pero sí contar con alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos. Además, el Estatuto de la CIDH considera como incompatible para el cargo de comisionado/a, el ejercicio de actividades que pudieran afectar la independencia, dignidad o prestigio de este cargo.

La elección de nuevos integrantes de la CIDH, se realiza por voto secreto, durante la Asamblea General de la OEA previa al fin del mandato de los miembros que se retiran. Aunque las capacidades, méritos e idoneidad para el cargo deberían ser los criterios fundamentales para que un Estado decida apoyar o no a un candidato, el intercambio de votos es una práctica común. Los Estados que presentan candidatos buscan el apoyo del resto de países, en algunos casos a cambio del apoyo recíproco en alguna elección futura para otro órgano internacional. Aunque estas negociaciones y la estrategia de apoyo a los candidatos se manejan de forma muy reservada, es claro que los últimos años se han sofisticado e incluyen no solo

visitas de los candidatos a las misiones de los países ante la OEA en Washington D.C. (gira organizada por el país que los presenta) sino también visitas a las cancillerías en sus propias sedes.

Si bien en la práctica los órganos del SIDH han estado integrados por reconocidos juristas que han avanzado la jurisprudencia y creado importantes estándares de protección en materia de derechos humanos, persisten serias limitaciones en los procesos de selección de miembros de la CIDH y la Corte IDH. Las mismas resultan en que hoy en día el SIDH no sea representativo de la diversidad, sistemas legales y culturas que conviven en nuestro continente, lo cual a su vez tiene un efecto en la legitimidad de las decisiones emitidas por los órganos de protección. El ejemplo más claro es la composición mayoritariamente masculina de la CIDH y la Corte IDH, la ausencia de miembros de pueblos indígenas o una mayor representatividad de pueblos afrodescendientes en ambos órganos de protección.

*Para darle mayor transparencia a ese proceso, es que desde el año 2015 se viene implementando por parte de la Sociedad Civil. la conformación de un panel independiente de juristas y expertos en derechos humanos, que además representaban una diversidad de países de origen y garantizaban un balance de género. Además de hacer una evaluación rigurosa de los candidatos/as a la CIDH, el Panel elaboró en esa oportunidad, recomendaciones concretas para mejorar los procesos de selección de candidatos/as a nivel nacional. Con respecto a las elecciones en el seno de la OEA, el Panel recomendó que se establezca un Comité Consultivo *ad hoc* responsable de asegurar la idoneidad de las candidatas y los candidatos para su servicio como comisionado/a o juez/a interamericano<sup>23</sup>.*

<sup>23</sup> SALAZAR, KATYA y GALVIS, MARÍA CLARA, "Transparencia y participación en la selección de integrantes de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una tarea pendiente". en *Aportes DPLF, revista de la Fundación para el Debido Proceso*, número 17, año 5, diciembre de 2012. Disponible. [http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes\\_17\\_web.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes_17_web.pdf)

En la reciente selección de miembros de la CIDH de 2019, un nuevo panel de expertos conformado por cinco juristas latinoamericanos, elaboró nuevas recomendaciones a ser tenidas en cuenta por los Estados<sup>24</sup>.

*Por otra parte, se alzan de a poco las voces para que los Estados también establezcan mecanismos internos de pre-selección de candidatos. En esa línea, desde la Sociedad Civil se propugna que los Estados designen un organismo encargado de coordinar el proceso de selección de candidatos/as y, en particular, de informar al público sobre la existencia de vacantes en los órganos internacionales de vigilancia de derechos humanos a efectos de lograr la participación de personas calificadas que pudieran estar interesadas. Los Estados deberían establecer a nivel nacional un proceso abierto, transparente e inclusivo para identificar y designar candidaturas a los órganos del Sistema<sup>25</sup>.*

## **VII) Diálogo del trabajo de la CIDH con otros organismos regionales e internacionales**

La búsqueda de fortalecer el trabajo de los órganos de protección de derechos humanos, ha conllevado a un mayor “diálogo” y cooperación entre los organismos que posibiliten conocer de sus experiencias y abordajes en las situaciones de violaciones a derechos humanos allí planteadas.

En ese camino, en 2018 la CIDH efectuó reuniones de trabajo con la Comisión Africana de derechos Humanos y otros expertos independientes de órganos de Naciones Unidas. Compartir mejores prácticas y desafíos, identificar campos de colaboración y reafirmar el compromiso de los expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas y los sistemas regionales de derechos humanos

<sup>24</sup> Cf. <https://www.wcl.american.edu/impact/initiatives-programs/center/documents/2019-informe-del-panel-independiente-de-expertos/>

<sup>25</sup> POMI, RENZI. “Aportes para el proceso de selección de integrantes de la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos. Cuadernos de Coyuntura, CEJIL, n° 10, Buenos Aires, 2014.P.11

interamericanos y africanos, en temas diversos como erradicación de la violencia y la discriminación en base a la orientación sexual y la identidad de género. Expertos de las Naciones Unidas subrayaron su apoyo al trabajo llevado a cabo en este campo por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, e hicieron hincapié en la contribución de estos organismos regionales a la protección de individuos, grupos, comunidades y pueblos históricamente sometidos a discriminación.

Sin embargo, es el intercambio de experiencias y prácticas entre el SIDH y el Sistema de órganos convencionales de Naciones Unidas donde se aprecian las mayores similitudes. Parte de los vínculos entre órganos de protección se constituye por la coincidencia en el marco normativo de ambos sistemas convencionales, ya sea por el contenido de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales o por las interpretaciones que los órganos de tutela han establecido en la adopción de decisiones y jurisprudencia<sup>26</sup>.

A la vez, se ha avanzado en el diálogo sobre el abordaje de los informes sobre situación de violaciones de derechos humanos en los países. Cabe recordar que tanto en el SIDH y el sistema de Naciones Unidas, existen países que están obligados en ambos mecanismos de protección, aunque los procesos de informes sean diferentes, en el sistema convencional de Naciones Unidas los órganos creados en virtud de tratados examinan periódicamente informes que presentan los Estados, a través de un procedimiento que combina etapas escritas, junto a audiencias públicas que sirven para llevar adelante un diálogo interactivo entre los Comités y los Estados Partes. Esta competencia de los órganos convencio-

<sup>26</sup> Documento. Diálogo entre mecanismos convencionales de protección de derechos humanos en los sistemas de Naciones Unidas e Interamericano. 27<sup>a</sup> Reunión Anual de Presidentes de los Órganos de Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas. San José de Costa Rica, 23 de junio de 2015. Disponible: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2463/di%C3%A1logo-entre-el-sistema-interamericano-y-el-universal.pdf>

nales de Naciones Unidas no se ve reflejada en un procedimiento exactamente equivalente dentro de las competencias de los órganos principales del sistema interamericano de derechos humanos (Comisión y Corte Interamericana), aunque una facultad parecida posee el Comité Interamericano sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y el mecanismo de seguimiento de la Convención de Belem do Pará.

En igual sentido en lo concerniente a los casos individuales ante los órganos, como ya se expresó, en el SIDH los casos individuales pueden presentarse en relación a cualquier Estado miembro de la OEA y se introducen frente a la CIDH, que es la vía de entrada para toda comunicación individual. En el actual sistema convencional de Naciones Unidas, el mecanismo de peticiones individuales se ha desarrollado a lo largo del tiempo, ya que no todos los Comités desde su origen estuvieron facultados para resolver casos. Como consecuencia del desarrollo mencionado, luego de la adopción del Tercer Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño, todos los Comités que existen actualmente pueden recibir comunicaciones individuales. Dicho mecanismo, no es automático como en el sistema interamericano, donde basta que un Estado simplemente pertenezca a la OEA. En el sistema convencional de la Organización de Naciones Unidas, para los casos en que el mecanismo de comunicaciones individuales se encuentra receptado en el “instrumento principal” (Pacto o Convención), los Comités respectivos tendrán competencia respecto a un Estado parte, solamente si el mismo realizó una declaración especial aceptando dicho procedimiento. Para los otros casos, es decir cuando el mecanismo de comunicaciones individuales no está previsto en un Pacto o Convención, sino que ha sido establecido en un Protocolo, lógicamente los Comités solamente pueden ejercer dicha competencia si el Estado demandado ha ratificado o adherido al mencionado protocolo, además de ser parte en el instrumento principal.

### **VIII) Complementariedad o colisión entre las funciones de la Comisión Interamericana y órganos de control de los sistemas regionales de integración.**

Un aspecto que ha tenido debate en las últimas décadas ha estado enmarcado en la conveniencia o no de la duplicidad de mecanismos de protección de derechos humanos por parte de los mismos Estados que componen a la vez, órganos ya existentes de protección de derechos humanos y la posibilidad que los órganos de procesos de integración cuenten con los propios. Un ámbito común de esa situación lo ha evidenciado en el marco del mecanismo de integración MERCOSUR. *Esta organización internacional, si bien en su origen se concibió con objetivos estrictamente económicos, con el tiempo fue dejando de ser solo un mercado común y se transformó en una alianza estratégica basada en ciertos principios compartidos; esta evolución conllevó una fuerte ampliación de su agenda, seguida de un intenso proceso de “expansión institucional”. En ese marco, se constituyó un “grupo ad hoc” sobre derechos humanos, definido luego como la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos (RAADH)<sup>27</sup>.*

*En esa línea también debe mencionarse que en 2010 se creó el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH). La RAADH es un espacio que permite un intercambio abierto, entre las principales autoridades políticas, en materia de derechos humanos en la subregión con potencialidad para la articulación de políticas públicas en el*

<sup>27</sup> La Resolución CMC 40/04 no establece ningún mandato específico para la RAADH. Se limita a “instituir una reunión de Altas Autoridades en el área de Derechos Humanos, que sesionará con la participación de los órganos competentes en la materia de los Estados partes y de los Estados asociados, en los términos de la Decisión CMC18/04, incluyendo las respectivas cancillerías [...] Asignar al Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP) las funciones previstas en las Decisiones CMC 02/02 y 23/03, en lo que se refiere a las actividades de la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos”. Disponible en: [http://www.mercosur.int/innovaportal/v/580/1/secretaria/decisiones\\_2004](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/580/1/secretaria/decisiones_2004)

*ámbito interno, así como decisiones de política exterior en derechos humanos. La labor de esta instancia ha enfrentado diversos obstáculos principalmente de carácter burocrático-institucional que han impedido que se convierta en un órgano activo de coordinación de políticas con impacto efectivo y directo en materia de derechos humanos. Estas limitaciones, se explican, entre otras razones, por la ausencia de planificación estratégica en su agenda, situación que ha redundado en que, hasta hace poco, sus principales decisiones fueran apenas meras reiteraciones de declaraciones adoptadas en el nivel de las jefaturas de Estado.*

*La existencia de órganos regionales o sub regionales de derechos humanos, pueden ser visto como un fortalecimiento de los mecanismos de protección y promoción de derechos humanos, pero a la vez, un socavamiento de uno sobre el otro, ya que pueden generar una “inflación” de procesos de control sobre situaciones de violaciones de derechos humanos que, como se expresara anteriormente, los Estados coinciden en forma parte de mismos tratados de derechos humanos en diversos sistemas de protección internacional.*

*Esas perspectivas fueron las que se marcaron también en los intentos de conformar un órgano en ámbito del UNASUR denominada Coordinación Sudamericana de Derechos Humanos. Frente a esa situación, diversos Estados y organizaciones sociales vieron esta propuesta con gran preocupación al entender que se estaba impulsando la sustitución directa del SIDH —o por lo menos, indirecta por vía de la deslegitimación— por un nuevo y distinto entramado en el marco de la UNASUR. Como se ha señalado, demandar la sustitución de un espacio por otro, desconoce las diferencias fundamentales entre un sistema de protección de los derechos humanos como el sistema interamericano, y un foro o consejo exclusivamente político sobre la materia. Si bien mecanismos de este último tipo, como el Examen Periódico Universal(EPU) que funciona en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, pueden contribuir de distintas maneras a la mejora de la situación de dichos derechos, no reemplazan a los judiciales o cuasi judiciales, integrados por expertos en derechos*

*humanos*<sup>28</sup>. La noción de mecanismos internacionales de protección se relaciona con la idea de que los individuos tengan una instancia adicional a la que recurrir en caso de violación de sus derechos fundamentales, una vez que se hayan agotado los canales internos de respuesta. Ese recurso internacional implica un espacio que se pretende distinto e independiente de los Gobiernos nacionales.

<sup>28</sup> KRETZEL, GABRIELA – BARRETO MAIA, CAMILA. “el desafío de complementariedad en la nueva arquitectura institucional en derechos humanos de américa latina”. En AA.VV. *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2015. pp. 42.

**CONCLUSIONES DEL  
TRABAJO CIENTÍFICO DE LAS SECCIONES**



# **XXXI° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**

*En el cincuentenario de la fundación de la  
Asociación Argentina de Derecho Internacional*

## **SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

### **SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES**

*DEL GATT A LA OMC: HISTORIA Y PERSPECTIVAS  
DEL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO  
DESDE UN ENFOQUE ARGENTINO*

Relator: Embajador EDUARDO R. ABLIN

En la ciudad de Córdoba, República Argentina, a los 6 días del mes de septiembre de dos mil diecinueve,

VISTO:

El relato presentado por el Embajador EDUARDO R. ABLIN “Del GATT a la OMC: historia y perspectivas del Sistema Multilateral de Comercio desde un enfoque argentino”;

Las ponencias presentadas: “El Asalto de Trump al derecho internacional: la reforma de la OMC”, por el Dr. RICARDO ARREDONDO; “*Alternativas para la consolidación de la OMC en un contexto de reformulación del Sistema Multilateral de Comercio*”, por el Magister ALEJANDRO CELI; “*El rol exportador argentino ante la imprevisibilidad del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC. Oportunidades y amenazas para cítricos tucumanos*”, por el magister LEOPOLDO M. A. GODIO; “*El artículo XXI del GATT y la agresión*”, por el Dr. LUCIANO PEZZANO; “*Del GATT a la OMC: historia y perspectivas del Sistema*

*Multilateral de Comercio desde un enfoque argentino*”, por las Dras. MARTA YOLANDA TEJERIZO, MARÍA ELENA CABALLERO y MARÍA LUCIANA ESPASA; “*Del GATT a la OMC - MERCOSUR – UE Desde un enfoque argentino*” por la Dra. GRACIELA R. SALAS; y la Comunicación “*Crisis del régimen jurídico bilateral de la inversión extranjera*”, por la magister ELOISA RAYA DE VERA.

#### CONSIDERANDO:

Que las secciones de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales sesionaron en forma conjunta en torno al relato presentado por el Embajador Eduardo R. Ablin “*Del GATT a la OMC: historia y perspectivas del Sistema Multilateral de Comercio desde un enfoque argentino*”, conforme a lo resuelto oportunamente por el Consejo Directivo en ocasión de la convocatoria a este Congreso, con la participación de miembros, profesores y demás asistentes, Dra. MARÍA TERESA MOYA DOMÍNGUEZ, MARÍA FABIANA BEAUGÉ, PABLO GARAY, NADIA CATALÁN, GUILLERMO VILLALBA y ARIEL MANSI.

Que para el presente Congreso se encomendó a estas secciones el relato “*Del GATT a la OMC: historia y perspectivas del Sistema Multilateral de Comercio desde un enfoque argentino*”. En el contexto del mismo, el trabajo analiza la Organización Mundial del Comercio. Se examinó la relevancia del paso del GATT a la OMC como núcleo organizacional del sistema multilateral de comercio y las implicancias positivas de esta transición. Para ello se analizaron el contenido, objetivos e instrumentos de la OMC concentrándose en, particular, en los logros así como en las limitaciones del Entendimiento de Solución de Diferencias a la luz de la experiencia histórica del mismo en el cumplimiento de sus objetivos. Al respecto se abordaron los desafíos que vive el Entendimiento de Solución de Diferencias, ante las propuestas de importantes miembros del sistema de actualizar el texto vigente ante críticas que el mismo recibe en algunas de sus etapas procedimentales.

Como corolario de dicho análisis se consideraron las tensiones comerciales presentes que han en buena medida soslayado un recurso a la OMC reflejándose en acciones unilaterales que han sido

calificadas al presente como “guerras comerciales”.

Estos conflictivos desarrollos motivaron un análisis del posicionamiento y perspectivas argentinas frente a hipótesis eventuales del debilitamiento del sistema.

Luego de las exposiciones enumeradas en el Visto y el intercambio de ideas posterior,

LAS SECCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES, ADOPTAN LAS SIGUIENTES CONCLUSIONES:

- 1) Expresar preocupación por la percepción de indicios que podrían estar amenazando el papel fructífero desempeñado por la OMC y su Entendimiento de Solución de Diferencias;
- 2) Profundizar el análisis de los diversos proyectos en debate para la eventual reforma del Entendimiento de Solución de Diferencias, fortaleciendo el aporte argentino en una dirección que permita mantener la ecuanimidad y efectividad del mismo.
- 3) Abogar por una creciente coordinación de la política pública nacional en esta materia, para asegurar las ventajas que el adecuado funcionamiento de la OMC y su Entendimiento de Solución de Diferencias han brindado al interés nacional a lo largo de su historia.
- 4) A la luz de la relevancia de esta temática para el futuro del comercio exterior argentino, sugerir que la AADI recomiende a las autoridades competentes, tanto nacionales como provinciales, así como al sector privado, la ampliación de programas de capacitación sobre el sistema multilateral de comercio y sus instrumentos. Sugerir además que la AADI continúe con el examen de esta temática y promueva la incorporación del estudio de la misma en los programas de las casas de altos estudios.

**SECCION  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

*EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO*

Relator: EDUARDO VESCOVI

En la ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, en el marco del XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, se reúne la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, durante los días 4, 5 y 6 de septiembre de 2019, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, con la presencia de su Directora, CAROLINA DANIELA IUD, del relator Dr. EDUARDO VESCOVI, de la Secretaria de la Sección, LORENA GRESELIN y de las vocales ADRIANA VERÓNICA VILLA, SANDRA BLANCO y ADRIANA ZAVATTI, de numerosos miembros de la Sección y otros participantes del Congreso, para el tratamiento y discusión del tema “El derecho de acceso a la justicia y el derecho internacional privado”. Luego de presentado el relato, en el inicio del trabajo de la Sección, los asistentes formularon sus preguntas y observaciones al Relator. La Sección recibió 27 ponencias y una comunicación.

Fueron expuestas y debatidas las siguientes ponencias:

1. El acceso a la justicia, el Derecho Internacional Privado y los derechos humanos, por TERESITA N. SARACHO CORNET.
2. Algunas reflexiones sobre la justicia del DIPr. La “Justicia del Otro”, por ALEJANDRO A. MENICOCCI.
3. Jurisdicción Indirecta y Acceso a la justicia, por MYRIAM LUCERO y STEFANIA GODOY.
4. El derecho de acceso a la jurisdicción y los requisitos de aplicación del Foro de necesidad ¿una interpretación más flexible cuando se hallan en juego los derechos de sujetos vulnerables?, por JONATHAN MATÍAS BRODSKY.

5. Repensando la conveniencia o inconveniencia del “*fórum non conveniens*”, por PAULA ALL, CAROLINA IUD y NIEVE RUBAJA.
6. Tribunales especializados o asesores en DIPr, por MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA.
7. El acceso a la justicia ¿El actual Art. 2346 afecta nuestro derecho a acceder a la justicia?, por SOFÍA PHILEAS.
8. El derecho al efectivo e igualitario acceso a la justicia en la jurisprudencia argentina, por AMALIA URIONDO DE MARTINOLI.
9. La igualdad de trato en el Derecho Internacional Privado. Un recuento jurisprudencial, por DIEGO CEVALLOS AMMIRAGLIA.
10. El idioma en el DIPr., ¿Un obstáculo para el libre acceso a la justicia?, por FABIO MASTRÁNGELO.
11. El lenguaje transparente en las sentencias, ¿Es una forma de acceso a la justicia? ¿Es relevante esta cuestión para el DIPr?, por MARÍA JOSÉ CACCIAMANO.
12. Acceso a la justicia de NNA, por LILIA BARROS y MARÍA SILVIA OVIEDO GUZMÁN.
13. Bases para el acceso a la justicia en la restitución internacional de NNA, por CRISTINA GONZÁLEZ DE LA VEGA, MARÍA SEOANE DE CHIODI y GRACIELA TAGLE DE FERREYRA.
14. Los adultos mayores y el acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado. Desafíos, por FABIOLA SEGURA, NADIA CASTILLO y SILVANA GINOCCHIO.
15. La cooperación internacional en el área de la insolvencia en la Argentina: Un instrumento de cooperación necesario en la fuente interna y algo de “*soft law*”, por MARÍA ELSA UZAL.
16. Exhorto electrónico y blockchain. Herramientas y desafíos de la cooperación judicial internacional, por ERIKA YASMIN AGUADA y LAURA MARTINA JEIFETZ.
17. Los sistemas de notificación ficta en el DIPr, por S. GABRIELA PEIREZ MORENO.

18. iSupport como herramienta de acceso a la justicia en el ámbito del Derecho Internacional Privado, por CANDELA VILLEGAS y SANTIAGO THEODULOZ.
19. El Acceso a la Justicia y el Derecho Internacional Privado, por CARLOS ECHEGARAY DE MAUSSION.
20. Convenio de La Haya del 02/07/2019 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial, por ANALÍA N. CONSOLO y ROMINA V. BIANCHINI.
21. El reconocimiento de sentencias extranjeras y la necesidad de flexibilizar los recaudos de control para una efectiva justicia, por OSCAR GONZÁLEZ PEREIRA.
22. El reconocimiento de una resolución extranjera, como espejo del Derecho Humano de Acceso a Justicia, por CRISTINA BRITOS.
23. La interpretación del derecho de acceso a la Justicia del exequatur a la ejecución automática de las sentencias extranjeras, por ALFREDO LEONARDO EUBE MADUSSI y MILAGROS VELASCO.
24. El arbitraje como medio alternativo de acceso a la justicia: interpretación de los principios y valores en juego, por MARÍA CECILIA AZAR.
25. Acceso a la justicia. Alternativas a la justicia convencional. El arbitraje comercial internacional online, por HANNAH FRANK.
26. Audiencias multijurisdiccionales, por CAROLINA HARRINGTON.
27. Acceso a la justicia Transnacional en el Derecho Internacional Privado, por ESTUARDO DE JESÚS RIVERA HERNÁNDEZ y MARÍA EUGENIA FERREYRA.

La comunicación “Algunos cambios conjeturables en el estudio de la problemática general del DIPr”, por HORACIO D. PIOMBO.

La totalidad de las ponencias fueron expuestas en paneles temáticos y sus autores respondieron a las preguntas formuladas

por los asistentes dando lugar a un enriquecedor debate que contó con la intervención del relator Dr. EDUARDO VESCOVI y de los Profesores CARLOS ECHEGARAY DE MAUSSION, TERESITA SARACHO CORNET, ALEJANDRO BARRAZA, OSCAR GONZÁLEZ PEREIRA, HORACIO PIOMBO, MARÍA ELSA UZAL, GUILLERMO ARGERICH, FELIPE AMORMINO, MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA, FABIO MASTRÁNGELO, MARIELA E. RABINO, JULIO CÓRDOBA, PAULA ALL, ALEJANDRO MENICOCCI, LORENA GRESELIN, MARÍA CECILIA AZAR, CAROLINA IUD, SANDRA BLANCO, AMALIA URIONDO DE MARTINOLI, MARTÍN PAIVA, SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, GRACIELA TAGLE, IGNACIO GOICOECHEA, entre otros.

Finalmente, la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional arribó a las siguientes conclusiones:

1. Destacar que el acceso a la justicia es un derecho humano que incluye la posibilidad de acudir a un tribunal judicial o arbitral, tramitar un proceso y que el decisorio que se obtenga sea efectivo más allá de donde hubiere sido dictado.
2. Admitir que la interpretación de las normas que regulan el reconocimiento de sentencias extranjeras puede flexibilizarse en pos del valor justicia.
3. Destacar la necesidad de capacitación de los operadores jurídicos para la solución de los problemas concretos en materia de Derecho Internacional Privado.
4. Recomendar al Congreso de la Nación la aprobación del Proyecto de Ley Nacional de Procedimiento en Materia de Restitución de Niños, Niñas y Adolescentes y Régimen de Visitas o Contacto Internacional.
5. Urgir al Congreso de la Nación la aprobación de la modificación de la ley 27237 aprobatoria de la Convención relativa a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (La Haya 19 de octubre de 1996).
6. Profundizar el estudio de los instrumentos internacionales

concernientes a la protección de las personas mayores.

7. Instar la creación de oficinas de cooperación judicial internacional en las distintas provincias a fin de facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.
8. Propiciar el estudio y el análisis del Tratado Relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica entre Autoridades Centrales (Medellín 24-25 de julio de 2019), y la Convención de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en Materia Civil y Comercial.
9. Reconocer la utilidad de herramientas procesales posibilitadas por la tecnología, como las audiencias multijurisdiccionales, entre otras, para canalizar en tiempos razonables las necesidades de acceso a la justicia.
10. Recomendar el tratamiento legislativo del Proyecto de Ley sobre la Insolvencia Transfronteriza elaborado en 2018, en el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
11. Recomendar el estudio y análisis de la viabilidad del *forum non conveniens* en el sistema argentino de fuente interna.
12. Proponer la creación de tribunales con competencia especializada en derecho internacional privado.
13. Advertir que los costos de las traducciones pueden obstaculizar el acceso a la justicia.

**SECCION  
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

*LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL COMO ESCENARIOS POSIBLES PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ:  
ASPECTOS FUNDAMENTALES SOBRE CIUDADANÍA, EX-  
TRANJERÍA Y MIGRACIÓN*

Relator: Dr. SANTIAGO DELUCA

En la Universidad Nacional de Córdoba, Provincia de Córdoba, en el marco del XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, durante los días 4 al 7 de septiembre de 2019 sesionó la Sección de Derechos de la Integración, bajo la Dirección de la Prof. Dra. SILVINA BARÓN KNOLL y con la presencia de la secretaria Prof. Mg. GEORGINA A. GUARDATTI y de sus vocales Profesores MARÍA LUCIANA ESPASA, SEBASTIÁN MELANO y EDUARDO TAGLIANI. El relato fue elaborado por el Profesor Dr. SANTIAGO DELUCA bajo el título “Los procesos de integración regional como escenarios posibles para la consolidación de la Paz. Aspectos fundamentales sobre ciudadanía, extranjería y migración”.

Iniciada la sesión, la Dra. SILVINA BARÓN KNOLL propone rendir homenaje In Memoriam a la Dra. ANUNCIADA (ADA) LATTUCA ofreciendo el trabajo de la Sección de Derecho de la Integración como tributo a su generosa y comprometida labor en pos de la integración regional.

La Sección recibió para su consideración las siguientes ponencias:

1. El Acuerdo Mercosur- UE: una alternativa a un orden global fragmentado, por el Prof. RICARDO ARREDONDO.
2. Desafío MERCOSUR, por el Prof. OSCAR C. BENITEZ.
3. Estudio sobre la Opinión Consultiva 18 de la Corte IDH. Su impacto en el MERCOSUR, por el Prof. EDUARDO H.

TAGLIANI.

4. Pautas para facilitar el acceso a la jubilación en el Mercosur, por las Prof. MARÍA TERESA MOYA DOMÍNGUEZ y MARÍA JOSÉ NEUMAN.
5. Migraciones y ciudadanía: el derecho a la libertad de circulación y residencia de las personas en el MERCOSUR, por la Prof. GEORGINA GUARDATTI.
6. Exigencias migratorias para los nacionales que desean residir en otro país distinto al de origen, por las Prof. MARTA YOLANDA TEJERIZO, MARÍA ELENA CABALLERO y MARÍA LUCIANA ESPASA.
7. La residencia de los nacionales de los Estados Parte en el ámbito del MERCOSUR, por Prof. JORGE MARIÑO FAGES.
8. Desafíos y oportunidades que presenta la Migración en el MERCOSUR, por el Prof. SEBASTIÁN MELANO.
9. Abordaje normativo e institucional mercosureño en materia de trata de personas: la integración regional como herramienta de prevención, combate, protección y asistencia, por el Prof. PABLO CÉSAR MORTAROTTI.
10. La realidad como fuente y patrón de la normativa en materia migratoria, por el Abog. MAXIMILIANO PÉREZ.
11. El desafío de la gestión de las migraciones en el escenario local y regional, por el Delegado de la Dirección Nacional de Migraciones en la Provincia de Mendoza PABLO NARVÁEZ.
12. Las migraciones como fenómeno intemporal y los desafíos que enfrenta en el Siglo XXI, por la Dra. SILVINA BARÓN KNOLL.

Concluida la presentación del relato y las ponencias se debatieron los puntos centrales abordados en tales trabajos. Participaron activamente la directora SILVINA BARÓN KNOLL, los ponentes asistentes RICARDO ARREDONDO, OSCAR C. BENÍTEZ, EDUARDO H. TAGLIANI, MARÍA TERESA MOYA DOMÍNGUEZ, MARÍA JOSÉ NEUMAN, GEORGINA GUARDATTI, MARÍA ELENA CABALLERO, MARÍA LUCIANA ESPASA, JORGE MARIÑO FAGES, SEBASTIÁN MELANO, PABLO CÉSAR MORTAROTTI; y los siguientes partici-

pantes: SERGIO GUSTAVO GUESTRIN, DANIELA MERCEDES CHAZARRETA, FLAVIA SICCHAR, JORGE ORGAZ, MIGUEL ALFREDO CORDAZZI, EUGENIO RICARDO NÚÑEZ, MARÍA GLORIA BOTTIGLIERI y el Delegado Regional en la Provincia Córdoba de la Dirección Nacional de Migraciones Dr. DIEGO PUENTE ROSA.

Luego del debate la Sección consideró y aprobó las siguientes conclusiones:

1. Reafirmar que los procesos de integración emergen con características específicas diferenciadas de la internacionalidad en general que, aun valiéndose de instrumentos económicos, procura una nueva y más profunda riqueza cultural desde una necesaria perspectiva humanista.
2. Ratificar la importancia histórica de los procesos de integración y su aporte a la consolidación de la paz.
3. Insistir en la necesidad del fortalecimiento del Estado de Derecho, la democracia, el respeto a los derechos humanos y la ciudadanía del MERCOSUR.
4. Frente al Acuerdo de Asociación MERCOSUR-Unión Europea de fecha 28 de junio de 2019 (Acuerdo “en principio” sujeto a la revisión legal y formal de los textos y las ofertas respectivas de acceso al mercado), la AADI -como ámbito para intercambio y divulgación de estudios internacionales- es un espacio propicio para su estudio.
5. Reconocer que el binomio integración y desarrollo resulta imprescindible para abordar los desafíos actuales de los movimientos migratorios contemporáneos y la construcción de la paz.
6. Promover la formación y la educación en todos los niveles como generadora de una conciencia integradora y factor fundamental para la construcción de una identidad mercosureña. En tal sentido, se insta a la creación de la asignatura Derecho de la Integración, con autonomía didáctica y científica, de cursado obligatorio, destinada a la “educación para la integración”.

7. Destacar la necesidad de acercar el MERCOSUR a la Sociedad Civil, a través de acciones concretas de difusión y comunicación, para el reconocimiento del sentido de pertenencia como ciudadano mercosureño que garantice el derecho humano de acceso a la información.
8. Celebrar la vigencia de los Acuerdos de Residencia para los nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados e instar a su aplicación homogénea.
9. Propender al establecimiento de una política migratoria común frente a terceros y resaltar la Ley de Migraciones N° 25.871 vigente en nuestro país como una de las más avanzadas de la región.

## SECCIÓN

### DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

#### *EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MUNDO DEL DERECHO*

Relator: GUILLERMO ARGERICH  
con la colaboración de JUAN JORGE

En la ciudad de Córdoba, con fecha 6 de septiembre de 2019, se reúnen los miembros de la Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en la sede de la Universidad Nacional de Córdoba, en el marco del XXXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL. La Sección sesionó entre las 15 30 y las 1830 con la coordinación de su directora, Ab. MARÍA GLORIA BOTTIGLIERI, para el tratamiento del tema propuesto: “El impacto de la inteligencia artificial en el mundo del Derecho”. El relato fue elaborado y desarrollado por el relator designado Ab. GUILLERMO ARGERICH, con la colaboración del Ab. JUAN JORGE. Luego se presentaron y expusieron las siguientes ponencias:

- “Derecho Internacional, Lengua e Inteligencia Artificial. Ecos del VIII CILE 2019” a cargo de CAROLINA HARRINGTON;
- “Encrucijada didáctica, IA en la enseñanza del Derecho” a cargo de ADRIANA VERÓNICA VILLA y BRIAN DAMIÁN GÓMEZ;
- “Desafíos del Derecho Internacional privado ante el Desarrollo de la IA” a cargo de MARÍA EUGENIA FERREYRA y CAMILA SEGURA;
- “La función académica y profesional de la Inteligencia Artificial (IA)” presentada por ADRIÁN DOMÍNGUEZ SUREDA, FEDERICO GAUMET y MARÍA EVA OLIVERA BECERRA.

A continuación, se formularon consideraciones acerca del beneplácito generado por la elección del tema y de la exposición del relato. Asimismo, se formularon aportes por parte de los ponentes y de los asistentes en general que enriquecieron la labor de la Sección.

Finalmente, la Sección que contó con la presencia de sus miembros, Dr. JUAN CARLOS CARRETERO, Dra. ZULEMA RODRIGO, la Dra. GABRIELA PÉREZ MORENO y el Dr. JULIO CÉSAR CÓRDOBA, elaboró y aprobó las siguientes conclusiones:

1. Reconocer que la inteligencia artificial ha revolucionado el mundo del trabajo, la comunicación, la enseñanza, el ejercicio profesional de la abogacía y la administración de justicia, instaurando nuevos paradigmas.
2. Señalar que la injerencia de las tecnologías exige tomar conciencia de su importancia y utilidad como así promover su aplicación responsable.
3. Destacar la importancia de impulsar un lenguaje sintético, que no prescinda de la riqueza del lenguaje natural español/castellano en el ámbito de la tecnología y de la inteligencia artificial.
4. Apoyar y facilitar el desarrollo de las innovaciones, proveyendo a los profesores medios de capacitación y entornos apropiados (conectividad, entre otros) para interactuar con las nuevas tecnologías; así como promover la formación de los profesionales del derecho en estas áreas.
5. Fomentar la utilización de la inteligencia artificial en la gestión que llevan adelante los operadores del derecho.
6. Reconocer la dimensión transnacional del fenómeno de la inteligencia artificial, para su tratamiento en el derecho internacional.
7. Enfatizar la importancia de contar con una regulación legal adecuada, que consagre estándares o principios éticos que tiendan a proteger los derechos fundamentales de las personas y evitar cualquier tipo de discriminación.

8. Puntualizar la necesidad de contar con regulación nacional y supranacional originada en la comunicación de los distintos sectores (Estados, particulares, empresas, organizaciones no gubernamentales, entre otras) que delimiten la regulación autónoma llevada a cabo en el ámbito privado, para así lograr su total eficacia.

## SECCIÓN

### DERECHOS HUMANOS

#### *COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EVOLUCIÓN Y PROSPECTIVA A 60 AÑOS DE SU CREACIÓN*

Relator: Prof. CHRISTIAN G. SOMMER

En la ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, en el marco del XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional durante los días 4 al 7 de Octubre de 2019 sesionó la sección de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, siendo a cargo de su Directora ANDREA A. STRAZIUSO y actuando como Secretaria la Dra. ANAHÍ PRIOTTI, a propuesta de moción del Dr. MARCELO TRUCCO, en ausencia de vocales, siendo aceptada por unanimidad por los asistentes presentes de la Sección. El relato fue elaborado por el Profesor CHRISTIAN G. SOMMER bajo el título “Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Evolución y Prospectiva a 60 años de su creación”.

La sección recibió para su consideración las siguientes ponencias:

- 1.- FRUTOS, VICTORIA y MEOÑO BRENNER, GUSTAVO: “El crimen de la esclavitud contemporánea en el ámbito del Sistema Interamericano”;
- 2.- HÜNICKEN, GONZALO TOMÁS: “La labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia ambiental: desafíos y potencialidades;
- 3.- LLORENS, MARÍA PILAR – PARODI, LUCÍA HIPATÍA - YUNIS, YAMILA: “Las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. ¿Un antes y un después del caso Fontevecchia?”;

- 4.- MERLI, MARIANELA – TRUCCO, MARCELO: “La actuación de las provincias en casos ante la CIDH. La experiencia de la provincia de Santa Fe”;
- 5.- PALACIOS, LEONARDO - GARCÍA MINELLA, GABRIELA – DE CARLI, ROBERTA: “Derecho a la salud, mujeres privadas de libertad y Sistema Interamericano de Protección”;
- 6.- PRIOTTI, ANAHÍ: “Memoria, Verdad, Justicia y DDHH: El rol de la Comisión Interamericana de DDHH durante la dictadura militar y en la recuperación de la democracia argentina”;
- 7.- REY, SEBASTIÁN ALEJANDRO: “El rol de la CIDH en la protección de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos en Argentina durante el terrorismo de estado”;
- 8.- STICCA, MARÍA ALEJANDRA: “Los derechos de las personas con discapacidad: un tema prioritario en la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”;
- 9.- TAGLIANI, EDUARDO H: “Comentario acerca del informe de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (informe 105/99. Caso 10194) en el Caso “Palacios, Narciso”;
- 10.-ZAMPETTI, EZEQUIEL: “Algunas reflexiones acerca de los principios rectores sobre empresa y Derechos Humanos – Aspectos para su delimitaciones y extensión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

Asimismo, se recibieron dos comunicaciones:

- 1.- GODIO, LEOPOLDO M. A.: “La OEA y las lecciones de sus Comisiones Interamericanas ¿Una experiencia realmente perdida?”;
- 2.- COSTILLA, GUILLERMO DANIEL: “Los principios rectores en materia de respeto y protección de los derechos económicos, sociales y culturales”.

Concluida la presentación del relato, las ponencias y la comunicación se debatieron los puntos centrales abordados en tales trabajos. Participaron activamente el relator, los ponentes, la directora,

la secretaria y con aportes de los miembros participantes MARTA SUSANA SARTORI, GUILLERMO COSTILLA, LEOPOLDO GODIO, VANINA SCIOLA, CIRO BONOMELLI, NAHUEL MARINZALDA y ADRIANA CASTELANELLI.

Luego de un importante debate la sección consideró y aprobó las siguientes conclusiones:

- 1.- Resaltar la labor de la Comisión IDH como órgano de la OEA en su valiosa contribución al fortalecimiento de la promoción y la protección de los Derechos Humanos del continente americano.
- 2.- Destacar el continuo proceso de actualización y adecuación del funcionamiento de la Comisión IDH ante el desafío que plantean temáticas que han adquirido protagonismo y visibilidad en los últimos tiempos; tales como: la discriminación por orientación sexual, derechos de las personas con discapacidad, los impactos ambientales y su vinculación con los DDHH, explotación laboral de extranjeros, trata de personas, entre otros. En este sentido, adquiere relevancia la implementación del Plan Estratégico 2017-2021 que se está llevando adelante por la Comisión IDH.
- 3.- Hacer notar que dichas temáticas requieren un enfoque y perspectiva específica y no solamente un abordaje vinculado a otras vulneraciones de derechos tal como hasta la actualidad.
- 4.- Valorar el avance en los mecanismos de gestión de las peticiones y digitalización de documentos ante la Comisión IDH, lo que agiliza los tiempos de análisis sobre la admisibilidad y tratamiento de los casos.
- 5.- Destacar las iniciativas de la Comisión IDH en propiciar espacios de mayor diálogo y debate, exhortando a los Estados a considerar la importancia de atender la diversidad de género, personas pertenecientes a pueblos indígenas y afrodescendientes, al momento de efectuar las propuestas de candidatos a la Comisión IDH.

- 6.- Sostener que los órganos del Estado Argentino deben cumplir las recomendaciones y decisiones, tanto sobre cuestiones de fondo como medidas cautelares, emanadas de la Comisión IDH; atento a los debates y cuestionamientos en el ámbito nacional sobre los efectos vinculantes de dichas decisiones.
- 7.- Subrayar la relevancia de fortalecer un adecuado mecanismo de seguimiento de recomendaciones de la Comisión IDH requeridas a los Estados en el marco del “Programa Especial 21” del plan Estratégico 2017-2021.
- 8.- Señalar el deber de las Provincias de asumir las obligaciones emanadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en forma mancomunada y coordinada junto a los órganos del Estado Nacional encargados de responder frente a la Comisión IDH.
- 9.- Resaltar la necesidad que el Estado Nacional a través de su órgano legislativo o ejecutivo, diseñe e implemente mecanismos administrativos necesarios para una adecuada vinculación entre el Estado Nacional y los organismos provinciales encargados de dar cumplimiento a las decisiones de la Comisión IDH.
- 10.- Recordar que resulta indispensable dotar a los operadores de justicia, funcionarios e integrantes de los tres poderes del Estado, de una sólida formación y permanente actualización en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a los fines de brindar una mejor y más eficaz protección de los mismos, reiterando que la Asociación Argentina de Derecho Internacional puede cumplir un rol fundamental en el proceso de capacitación.
- 11.- Reiterar la importancia que la Universidad fortalezca los contenidos y abordajes del derecho internacional de los Derechos Humanos en los programas y planes de estudio en las carreras de abogacía, en forma transversal a las diversas áreas curriculares.

- 12.- Recordar en ocasión de cumplirse 40 años, el valor que tuvo la visita de la Comisión IDH a nuestro país para visibilizar ante la comunidad internacional las graves violaciones a los derechos humanos en el contexto de la dictadura militar.

**Premio Extraordinario**

**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE  
DERECHO INTERNACIONAL (AADI)  
50° Aniversario**

**Sección Derecho Internacional Público**



# LOS TRATADOS DE PAZ EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Por MARÍA PILAR LLORENS

*I. Introducción - II. La problemática de los tratados de paz en el Derecho Internacional Contemporáneo. II.1.1. La celebración de los tratados internacionales y el uso de la fuerza. II.1.1.1. Los tratados impuestos por el agresor: el artículo 52 de la Convención de Viena. II.1.1.2. Los tratados impuestos al agresor: el artículo 75 de la Convención de Viena - III. Los tratados de paz y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. III.1. Análisis de casos. III.1.1. Tratado General de Paz entre las Repúblicas de El Salvador y Honduras (1980). III.1.2. Tratado de Paz entre el Estado de Israel y el Reino Hachemita de Jordania (1994). III.1.3. Los Acuerdos de Dayton (1995). III.1.4. Acuerdo entre el gobierno del Estado de Eritrea y el Gobierno de la República Federal Democrática de Etiopía (2000). IV. Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

La conmemoración, en 2019, del cincuentenario de la celebración de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante también Convención de Viena o CVDT) se vuelve una ocasión propicia para reflexionar sobre la aplicación de sus disposiciones a un tipo especial de tratados que, no obstante su importancia a lo largo de la historia, no han merecido detenidos estudios en la doctrina, sobre todo en las últimas décadas: los tratados de paz.

El término tratados de paz engloba dos clases diferentes de acuerdos que buscan poner fin a las hostilidades entre las partes. Por un lado se encuentran los tratados de paz *stricto sensu*<sup>1</sup>, que

<sup>1</sup> KLEFFNER, JANN K., "Peace Treaties", *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2011, párrafo 1, Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e367> [Último acceso: 27-06-2019]

son aquellos que ponen fin a un conflicto armado internacional, es decir a aquellos conflictos en donde hay dos o más Estados implicados<sup>2</sup>. Por el otro lado, se encuentran los acuerdos de paz<sup>3</sup>, que son los que ponen fin a un conflicto armado no internacional; es decir aquellos conflictos que se dan hacia el interior del Estado y en el que se enfrentan el Estado y grupos armados<sup>4</sup>.

A los fines del presente trabajo solo se considerarán los tratados de paz *stricto sensu* dado que son los acuerdos internacionales que reúnen las características necesarias para ser un tratado internacional y por ende resultan de aplicación las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Y será precisamente ese el objeto del presente trabajo: analizar las disposiciones de la Convención de Viena que mayor vinculación guardan con los tratados de paz, y su aplicación en la práctica internacional de las últimas décadas.

A estos efectos el trabajo analiza en primer lugar la problemática de los tratados de paz en el Derecho Internacional Contemporáneo. En este apartado se busca reflexionar acerca de las modificaciones que ha sufrido la regulación de los tratados de paz en el derecho internacional y establecer cuáles son las características principales de estos acuerdos en la actualidad. En segundo lugar, se describe la regulación de la Convención sobre la cuestión del uso de la fuerza y la celebración de tratados internacionales distinguiendo los casos de los tratados impuestos por el agresor (artículo 52) y aquellos impuestos al agresor (artículo 75); todo ello con el objetivo de establecer el marco normativo para la regulación de los tratados de paz. Establecidos estos conceptos generales en tercer lugar se analizan tratados de paz particulares con el objetivo de verificar cómo se aplican las normas del derecho de los tratados a la realidad. A estos efectos se realiza una descripción del contexto

<sup>2</sup> SALMÓN, ELIZABETH, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2004, p. 26.

<sup>3</sup> KLEFFNER, JANN K., *ibid.*

<sup>4</sup> SALMÓN, ELIZABETH, *ibid.*

de surgimiento de cada tratado con el fin de determinar las normas aplicables, así como verificar el contenido del tratado. Finalmente se plantean las conclusiones que se extraen de este análisis.

## II. LA PROBLEMÁTICA DE LOS TRATADOS DE PAZ EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

La adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 supuso la introducción de cambios fundamentales en el ordenamiento jurídico internacional<sup>5</sup>. Estos se reflejaron especialmente en el régimen del uso de la fuerza, dado que se impusieron limitaciones al derecho irrestricto de los Estados a recurrir a la guerra como un mecanismo de relacionamiento internacional<sup>6</sup>.

De este modo la guerra dejaba de ser una institución lícita en el derecho internacional<sup>7</sup>. Como resultado, las consecuencias del uso de la fuerza se veían alteradas ya que situaciones que hasta entonces habían sido lícitas comenzaban a cuestionarse. Así, por ejemplo, comenzó a cuestionarse la validez de los acuerdos internacionales que eran el resultado de una guerra o bien la adquisición de territorios por la fuerza.

En el ámbito del derecho de los tratados, la comunidad internacional comenzaba a preguntarse sobre la licitud de los tratados internacionales que eran impuestos por el vencedor al vencido<sup>8</sup>. Es decir, aquellos acuerdos internacionales que eran el resultado de la coacción de un Estado sobre otro Estado<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> FRANK, THOMAS K., *Recourse to Force, State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 2.

<sup>6</sup> LESSAFER, RANDALL, "Too Much History: From War as Sanction to the Sanctioning of War" en WELLER, MARC, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 35-55, p. 35.

<sup>7</sup> BROWNLIE, IAN, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Oxford University Press, 1968, p. 110 y 112.

<sup>8</sup> DINSTEIN, YORAM, *War. Aggression and Self-Defence*, 5° ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 39

<sup>9</sup> Debe tenerse presente que el supuesto de coacción sobre el representante del Estado permitía alegar la invalidez de un tratado internacional.

El ordenamiento jurídico internacional vigente hasta mediados del siglo XX consideraba que los tratados que eran impuestos por un beligerante a otro beligerante eran válidos porque eran el resultado de la guerra<sup>10</sup>. Al ser considerada como una institución lícita del derecho internacional, los actos que surgían en consecuencia de ella también eran considerados lícitos<sup>11</sup>.

En este contexto, los tratados de paz jugaban un rol muy importante en el ámbito de la comunidad internacional porque generalmente eran el mecanismo que utilizaban los Estados para poner fin a las hostilidades o a un estado de guerra<sup>12</sup>. Como tales son esenciales para restablecer las relaciones y cierto equilibrio político entre los actores involucrados.

Estos acuerdos internacionales generalmente contenían cláusulas de carácter punitivo<sup>13</sup> que permitían que el Estado victorioso obtuviera ventajas más allá de los motivos originarios por los que se había librado la guerra y consecuentemente creaban derechos que no existían previamente<sup>14</sup>. Adicionalmente se incorporaban disposiciones de carácter indemnizatorio que establecían la obligación del vencido de resarcir al Estado victorioso<sup>15</sup>.

Los cambios introducidos durante el siglo XX al régimen del uso de la fuerza van a provocar que en la actualidad, un tratado de paz que contenga cláusulas similares a las previstas en los acuerdos de paz de fines de siglo XIX y comienzos del siglo XX sea im-

<sup>10</sup> VILLIGER, MARK E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 640.

<sup>11</sup> LAUTERPATCH, HERSCH, "Report", *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, Nueva York, Naciones Unidas, 1959, pp. 90-162, p. 147.

<sup>12</sup> LESSAFFER, RANDALL, "Peace Treaties and the Formation of International Law" en FASSBENDER, BARDO y PETERS, ANNE (Ed.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 71-93, p. 72; NEFF, STEPHEN C. *War and Law of Nations: A General History*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 195.

<sup>13</sup> KLEFFNER, JANN K., *op cit.* (n. 1) párrafo 4.

<sup>14</sup> NEFF, STEPHEN C., *op cit.* (n. 12), p. 211.

<sup>15</sup> NEFF, STEPHEN, *ibid.*, p. 212.

pensable. Como señala Lesaffer<sup>16</sup>, en el derecho internacional contemporáneo los tratados de paz han perdido gran parte su rol protagónico en el ámbito de la solución pacífica de controversias. Luego de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas la mayoría de los conflictos armados no finalizaron con la celebración de un tratado de paz<sup>17</sup>.

En este aspecto, por ejemplo, puede señalarse el papel que las organizaciones internacionales, particularmente la Organización de las Naciones Unidas han tenido en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. De este modo, las organizaciones internacionales promueven la solución de controversias, pueden utilizar las herramientas que le competen para poner fin a un conflicto, etc.

Ahora bien, si, tal como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia en el Asunto concerniente a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo<sup>18</sup>, uno de los pilares básicos para el funcionamiento del ordenamiento jurídico contemporáneo lo constituye la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, uno podría preguntarse qué función tendrían los tratados de paz ya que constituyen los mecanismos tradicionales por medio de los cuales se pone fin a un conflicto armado. Ni la Organización de las Naciones Unidas ni la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza pueden garantizar de manera absoluta que no se produzcan más enfrentamientos armados entre los Estados; ante estos casos es el propio ordenamiento jurídico internacional el que prevé las herramientas necesarias para hacer frente a una ruptura de la paz.

<sup>16</sup> LESAFFER, RANDALL, "Introduction", LESAFFER, RANDALL (Ed.), *Peace Treaties and International Law in European History: From the Late Middle Ages to World War One*, Nueva York, Cambridge University Press, 2004, pp. 1-6, p. 4.

<sup>17</sup> LESAFFER, RANDALL, *idem*.

<sup>18</sup> CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2005, p. 168, p. 223, párrafo 148.

En este aspecto, el derecho de los tratados, codificado en la Convención de Viena, contiene disposiciones expresas orientadas a hacer frente a aquellos acuerdos internacionales que han sido celebrados mediando un uso de la fuerza, disposiciones, que por las características que poseen los tratados de paz, le son aplicables.

No debe olvidarse que los tratados de paz son acuerdos que contienen elementos necesarios para restablecer la paz después de un conflicto. Para salvaguardar esta importante función es que su validez y legitimidad debe ser estudiada a la luz de la Convención de Viena.

La CVDT contiene dos normas específicas en materia de tratados celebrados mediando un uso de la fuerza: la regla general contemplada en el artículo 52 titulada: “Coerción de un Estado por medio de la amenaza o el uso de la fuerza” y una excepción a la regla general, contenida en el artículo 75, denominado “Caso de un Estado agresor”.

## **II.1. LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS**

La Convención de Viena es el fruto de la labor de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante también Comisión o CDI). En el año 1949, consideró que el derecho de los tratados era una de las materias que podían ser codificadas<sup>19</sup> ya que hasta ese entonces el derecho de los tratados se reflejaba en una serie de principios que buscaban *balancear la voluntad soberana de los Estados, la buena fe y la importancia del consenso y las necesidades de la comunidad internacional*<sup>20</sup>. A estos efectos nombró a una serie de Relatores Especiales<sup>21</sup> para que prepararan un proyecto de codificación; este se plasmó en 1966 en un proyecto de artículos.

<sup>19</sup> AUST, ANTHONY, *Modern Treaty Law and Practise*, 2º ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007. p. 6.

<sup>20</sup> DÓOR, OLIVER y SCHMALENBACH, KIRSTEN (Ed.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*. Berlin, Springer, 2012, p. v.

<sup>21</sup> Los relatores especiales fueron James Brierly (1950-1952), Hersch Lauterpacht (1952-1954), Gerald Fitzmaurice (1954-1960) y Humphrey Waldock (1961-1966).

El proyecto de artículos fue considerado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados entre 1968<sup>22</sup> y 1969<sup>23</sup>. El resultado de esta conferencia fue la adopción de la Convención de Viena el 22 de mayo de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

La CVDT constituye un acuerdo internacional por medio del cual se codifican y en algunos casos se desarrollan las disposiciones que rigen los tratados internacionales tal como habían evolucionado a través de la práctica de los Estados<sup>24</sup>. Su objetivo principal es cooperar en mantenimiento de la paz y la seguridad internacional<sup>25</sup> mediante el establecimiento de reglas que permitan la cooperación pacífica de las partes<sup>26</sup>.

### **II.1.1. LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES Y EL USO DE LA FUERZA**

La cuestión del uso de la fuerza y su influencia en la celebración de los tratados internacionales fue discutida por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en los períodos de sesiones que llevaron a la redacción del proyecto de artículos de 1966. Los diferentes relatores se preguntaron si dado que con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas se había producido un cambio de paradigma en relación con el régimen del uso de la fuerza en el derecho internacional era conveniente la inclusión de normas expresas en el futuro tratado que dieran cuenta de cuáles serían las consecuencias de la utilización de la fuerza en la celebración de tratados internacionales.

<sup>22</sup> La primera sesión de la conferencia tuvo lugar entre el 26 de marzo y el 24 de mayo de 1968.

<sup>23</sup> La segunda sesión tuvo lugar entre el 9 de abril y el 22 de mayo de 1969.

<sup>24</sup> AUST, ANTHONY, *op. cit.* (n. 19), p. 7.

<sup>25</sup> DÖOR, OLIVER, "Introduction: On the Role of Treaties in the Development of International Law", DÖOR, OLIVER y SCHMALENBACH, KIRSTEN (Ed.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*. Berlin, Springer, 2012, pp. 1-6, p. 1.

<sup>26</sup> CVDT, Preámbulo.

Por otro lado, la cuestión de los tratados celebrados con un agresor fue solo abordada por el último relator dado que la cuestión fue introducida en los debates de la CDI al abordar las relaciones de los tratados con terceros Estados. En este sentido los miembros de la CDI se preguntaron cuál era la validez de los tratados que les imponían obligaciones a los agresores ya fuera porque el tratado le había sido impuesto o bien porque no era parte de aquel.

El resultado de estos debates fue la incorporación de los ya mencionados artículos 52 y 75 en la Convención de Viena.

#### II.1.1.1. LOS TRATADOS IMPUESTOS POR EL AGRESOR: EL ARTÍCULO 52 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

El artículo 52 de la CVDT, titulado *coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza* dispone:

Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Este artículo se encuentra ubicado en la Parte V de la Convención de Viena referida la nulidad, terminación y suspensión de los tratados. A través de este artículo, la CVDT consagra la nulidad de aquellos tratados que sean el resultado de un uso de la fuerza contrario a las prescripciones del derecho internacional contemporáneo.

La inclusión de este artículo en el articulado de la Convención de Viena es razonable puesto que refleja una consecuencia jurídica de la violación de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, tal como ha sido recogida en el artículo 2 párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas así como también en el derecho consuetudinario<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> SCHMALENBACH, KIRSTEN, "Article 52", DÖÖR, OLIVER y SCHMALENBACH, KIRSTEN (Ed.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*. Berlin, Springer, 2012, pp. 871-896, p. 871.

## II.1.1.1.1. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 52

El artículo 52 de la CVDT es el resultado de largas discusiones entre los miembros de la CDI que se extendieron entre 1953 y 1966<sup>28</sup>.

La cuestión de la coerción en la celebración de los tratados internacionales fue introducida por Hersch Lauterpatcht en su primer informe (1953) presentado ante la CDI. El artículo 12 del informe de Lauterpatcht preveía:

Los tratados impuestos por o que sean el resultado de un uso de la fuerza o de la amenaza de la fuerza contra un Estado en violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas son (serán) inválidos si así es declarado por la Corte Internacional de Justicia a pedido de los Estados<sup>29</sup>.

Lauterpatcht señalaba que el objetivo de este artículo era reconocer la validez de un principio de derecho internacional que se encontraba presente en la comunidad internacional desde la adopción de los primeros acuerdos sobre la renuncia y la prohibición del uso de la fuerza, como el Pacto Briand-Kellog o el Pacto de la Sociedad de las Naciones<sup>30</sup>.

Por su parte, el informe de 1956 de Gerald Fitzmaurice no incluyó ninguna norma relativa a la validez de los tratados en el caso de un uso de la fuerza. Solo se limitó a incorporar un artículo (el 14) en el que regulaba los efectos de la coacción sobre los agentes individuales, los plenipotenciarios o los miembros de un órgano del Estado<sup>31</sup>.

En comentario a este artículo el relator se limitó a señalar que no desconocía que existía una tendencia en el derecho internacio-

<sup>28</sup> STONE, JULIUS, "De Victoribus Victis: The International Law Commission and Imposed Treaties of Peace", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 8, N° 2, 1968, pp. 356-373, p. 359.

<sup>29</sup> LAUTERPATCH, HERSCH, *op. cit.* (n. 11), p. 147, párrafo 1.

<sup>30</sup> LAUTERPATCH, HERSCH, *idem.*

<sup>31</sup> El texto del artículo 14 puede verse en: FITZMAURICE, GERALD, "Tercer Informe", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1958*, vol. II., Nueva York, Naciones Unidas, 1958, pp. 21-50, pp. 27 y 28.

nal de la época a considerar que un tratado era nulo no solo cuando mediaba violencia contra el representante del Estado sino también en los casos en que la violencia era dirigida directamente contra el Estado. Sin embargo consideraba que las dificultades prácticas de la implementación<sup>32</sup> de una norma de este tipo impedían que fuera incluida en una disposición convencional<sup>33</sup>.

Finalmente, las ideas propuestas por Lauterpatch en 1953 fueron retomadas por Humphrey Waldock en el informe que presentó a la Comisión en 1963. En este informe el relator especial incluyó el artículo 12 en el que lidiaba con la cuestión de la amenaza y el uso de la fuerza contra los Estados<sup>34</sup>.

Este artículo disponía:

Artículo 12. *Obtención del consentimiento para un tratado recurriendo ilícitamente al uso o la amenaza de la fuerza.*

1. Cuando un Estado sea coaccionado a concertar un tratado por un acto o amenaza de fuerza dirigido contra él en violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, ese Estado tendrá derecho:
  - a. A declarar que la coacción anula *ab initio* su consentimiento para obligarse por el tratado;
  - b. A denunciar el tratado, sin perjuicio de la reserva de sus derechos con respecto a cualesquiera pérdidas

<sup>32</sup> Entre las dificultades prácticas el relator señalaba: por un lado, la necesidad de distinguir entre la coerción por la fuerza y la coerción política o económica. Consideraba que solo la primera podría ser considerada a los efectos de la codificación ya los demás tipos de coerción se prestaban a abusos. Por otro lado, consideraba que si la comunidad internacional no había podido impedir la adopción de un tratado mediando el uso de la fuerza el único modo de obtener el repudio de un tratado así celebrado era recurriendo a más actos de violencia. De manera tal que si el objetivo fundamental de la comunidad internacional es mantener la paz y la seguridad internacionales estas debían prevalecer sobre la justicia abstracta. FITZMAURICE, GERALD, *ibíd.*, p. 41, párrafo 62.

<sup>33</sup> FITZMAURICE, GERALD, *idem*.

<sup>34</sup> STONE, JULIUS, *op .cit.* (n. 28), p. 366.

o daños que resulten del hecho de haber sido coaccionado a concertar el tratado; o

- c. A confirmar el tratado, sin perjuicio de la misma reserva; no obstante en ningún caso tal confirmación se considerará obligatoria a menos que se haga una vez que la coacción haya cesado.

2. No obstante, el párrafo 1 no se aplicará cuando, después de haber cesado la coacción, el Estado se haya conducido de modo que haga aplicables al caso las disposiciones del artículo 4 de esta parte<sup>35</sup>.

Waldock en el comentario al artículo señalaba que su inclusión se explicaba en el hecho del cambio de actitud de la comunidad internacional respecto del uso de la fuerza. Si con anterioridad un tratado internacional obtenido por medio de la fuerza era válido porque el uso de la fuerza era un mecanismo legítimo para solucionar controversias internacionales; en la actualidad, la ilegitimidad del uso de la fuerza como mecanismo de relacionamiento internacional debía provocar la invalidez de los tratados obtenidos por la fuerza<sup>36</sup>.

El relator especial también manifestó que las dificultades prácticas señaladas por el anterior relator no tenían el peso suficiente para excluir del articulado de la Convención una norma relativa a las consecuencias de la coerción en la celebración de tratados internacionales y que constituía una consecuencia de disposiciones fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas<sup>37</sup>.

Además, Waldock destacó que este artículo solo se aplicaría a los acuerdos que había impuesto un Estado agresor a un Estado víctima; es decir a aquellos acuerdos que habían sido celebrados mediando un uso ilícito de la fuerza. Pensar que el proyectado ar-

<sup>35</sup> WALDOCK, HUMPHREY, "Segundo Informe", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1963*, vol. II, Nueva York, Naciones Unidas, 1965, pp. 41-110, p. 58.

<sup>36</sup> WALDOCK, HUMPHREY, *ibid.*, pp. 58-59, párrafo 1.

<sup>37</sup> WALDOCK, HUMPHREY, *ibid.*, p. 59, párrafo 4.

título también se podía aplicar a los acuerdos de armisticio o los acuerdos de paz ponía en peligro su seguridad y así como también el fin de las hostilidades<sup>38</sup>.

El proyectado artículo difería de aquel propuesto por Lauterpatch en relación con el órgano competente para declarar la nulidad del tratado. Lauterpatch había previsto que la declaración de nulidad debía provenir de la Corte Internacional de Justicia a pedido de un Estado<sup>39</sup>. En cambio, la propuesta de Waldock suponía que la declaración de nulidad del tratado internacional solo podía ser llevada a cabo por el Estado víctima.

Los debates en la Comisión determinaron que el texto del artículo fuera lo más sencillo y categórico posible<sup>40</sup>. De este modo la propuesta de Waldock se redujo a los siguientes términos: *todo tratado cuya celebración se obtuviere por la amenaza o el uso de la fuerza con violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, será nulo*<sup>41</sup>. Finalmente en el proyecto de artículos que la CDI remitió a la Asamblea General el artículo propuesto (49) adoptó la forma actual<sup>42</sup>.

Para justificar la inclusión de este artículo la CDI recurrió a algunos de los argumentos que ya habían sido expuestos por los relatores especiales Lauterpatch y Waldock en sus informes. Así, señaló que el artículo propuesto encontraba sus fundamentos en las normas que habían evolucionado en la comunidad internacional al menos desde la adopción del Pacto de la Sociedad de las Naciones y que comenzaban a ver a la guerra como un hecho ilícito y por lo tanto provocaban la nulidad de los tratados internacionales que habían sido adoptados por medio la fuerza. De hecho, la

<sup>38</sup> WALDOCK, HUMPHREY, *ibid.*, p. 60, párrafo 7.

<sup>39</sup> Sobre los problemas que esta propuesta tenía ver: STONE, JULIUS, *op. cit.* (n. 28), pp. 363-365.

<sup>40</sup> CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1963*, vol. II, Nueva York, Naciones Unidas, 1965, p. 231.

<sup>41</sup> CDI, *ibid.*, p. 230.

<sup>42</sup> CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II (segunda parte), Nueva York, Naciones Unidas, 1967, p. 202.

<sup>43</sup> CDI, *ibid.*, p. 269, párrafo 1 del comentario al artículo 49.

CDI consideraba que la nulidad de los tratados logrados por medio de la coerción constituía (a mediados de la década de 1960) un principio de derecho internacional<sup>43</sup>.

La Comisión también señalaba que los riesgos que muchos juristas de la época veían en la adopción de una norma de este tipo eran infundados. El hecho de limitar el alcance de la expresión amenaza y el uso de la fuerza en el sentido de excluir las presiones económicas y políticas iba a provocar necesariamente la reducción de posibles abusos de la disposición<sup>44</sup>. Asimismo consideraba que la importancia cardinal que la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza tiene para el ordenamiento jurídico internacional justifica la incorporación de una norma de este tipo en la codificación sobre derecho de los tratados<sup>45</sup>. Además el carácter universal de la prohibición refleja el interés que tienen todos los Estados en su observancia y ello a su vez justifica la nulidad absoluta de los tratados obtenidos por medio de la coacción del Estado<sup>46</sup>, siempre teniendo en cuenta que esta disposición no podía aplicarse retroactivamente a tratados que hubieran sido concluidos antes del establecimiento del principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza<sup>47</sup>, es decir desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas<sup>48</sup>.

#### II.1.1.1.2. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

Tres son las condiciones necesarias para que la aplicación del artículo 52 sea posible. En primer lugar, debe existir la celebración de un tratado. En segundo lugar, es necesario que exista un uso de la fuerza que sea contrario a los principios de derecho internacional. Y en tercer lugar se requiere la existencia de una relación de causalidad entre el uso de la fuerza y la celebración del tratado.

<sup>44</sup> CDI, *op. cit.* (n. 42), p. 269-270, párrafos 2 y 3 del comentario al artículo 49.

<sup>45</sup> CDI, *ibid.*, p. 270, párrafo 5 y 6 del comentario al artículo 49.

<sup>46</sup> CDI, *ibid.*, p. 270, párrafo 6 del comentario al artículo 49.

<sup>47</sup> CDI, *ibid.*, p. 270, párrafo 7 del comentario al artículo 49.

<sup>48</sup> CDI, *ibid.*, p. 270-271, párrafo 8 del comentario al artículo 49.

### *II.1.1.1.2.a. Celebración de un tratado internacional*

El primer supuesto para la aplicación del artículo 52 de la CVDT es *la celebración de un tratado internacional*. La aplicación práctica de esta disposición puede generar algunos problemas ya que es necesario preguntarse a qué se refiere la norma con el término *celebración de un tratado internacional* dado que son múltiples los significados que pueden asignársele.

El artículo 2 de la CVDT, que contiene la definición de numerosos conceptos utilizados en el articulado del tratado, no define qué debe entenderse por *celebración de un tratado internacional*. La doctrina señala que con este término es posible referirse a diversas situaciones vinculadas con la elaboración de un tratado internacional. Es decir puede referirse a cualquier acto que se lleve a cabo en el periodo comprendido entre la adopción del texto de un tratado hasta su entrada en vigor<sup>49</sup>.

El artículo 52 de la CVDT se refiere a los tratados “cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza”. Como señala Schmalenbach<sup>50</sup>, el objetivo que persigue el Estado que utiliza la amenaza o la fuerza es lograr la celebración del tratado internacional. En consecuencia, por *celebración de un tratado* en el contexto del artículo 52 debe entenderse como que se refiere al momento de la expresión de la voluntad del Estado en obligarse por el tratado<sup>51</sup>. Es decir, al consentimiento necesario que permita generar relaciones legales entre las partes contratantes<sup>52</sup>.

Ello también significa que el artículo 52 tiene un alcance temporal limitado. No puede aplicarse a la etapa de las negociaciones ni tampoco a la ejecución subsiguiente del tratado<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> VIERDAG, E. W., “The Time of the ‘Conclusion’ of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions”, *British Yearbook of International Law*, vol. 59, n° 1, 1989, pp. 75-111, p. 109.

<sup>50</sup> SCHMALENBACH, KIRSTEN, *op. cit.* (n. 27), p. 878.

<sup>51</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 645.

<sup>52</sup> SCHMALENBACH, KIRSTEN, *op. cit.* (n. 27), p. 879.

<sup>53</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 645; SCHMALENBACH, KIRSTEN, *op. cit.* (n. 27), p. 879.

*II.1.1.1.2.b. Amenaza o uso de la fuerza contrario a los principios de derecho internacional*

El segundo supuesto para la aplicación del artículo 52 es que con el objetivo de lograr la celebración de un tratado internacional debe haber existido el ejercicio de coerción sobre uno de los Estados contratantes. En los términos del artículo 52: *la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas*. La terminología empleada por el artículo 52, si bien refiere a principios bien establecidos del derecho internacional contemporáneo, no deja de presentar problemas dado que los términos no se encuentran definidos en la CVDT. Entonces, ¿Qué clase de coerción prohíbe el artículo 52 de la Convención?

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la expresión *amenaza o uso de la fuerza* ya se encuentra presente en otros instrumentos internacionales que receptan el principio de abstención de la amenaza y el uso de la fuerza. De este modo, es posible afirmar que existe una relación estrecha entre la disposición del artículo 52 y el mencionado principio. La expresión concreta, por ende, se extrae del artículo 2 párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>54</sup>.

La estrecha relación entre la disposición de la CVDT y la Carta de las Naciones Unidas determina que la interpretación de la expresión en el contexto del derecho de los tratados dependa de lo que en el derecho internacional general se entienda por amenaza o uso de la fuerza. Es decir, depende del alcance que la práctica estatal le asigne a esta expresión<sup>55</sup>. Como resultado de ello, en la actualidad la expresión *amenaza o uso de la fuerza* solo se refiere a la fuerza armada conforme a la interpretación que la doctrina mayoritaria realiza del artículo 2 párrafo 4 de la Carta de

<sup>54</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 642, SCHMALENBACH, KIRSTEN, *op. cit.* (n. 27), p. 883.

<sup>55</sup> CDI, *op. cit.* (n. 42), p. 270, párrafo 3 del comentario al artículo 49.

las Naciones Unidas (y de su correlativa norma consuetudinaria)<sup>56</sup>.

Debe señalarse que esta cuestión fue especialmente debatida tanto en el seno de la CDI como durante el desarrollo de la Conferencia. En ambos espacios se plantearon dos corrientes interpretativas encontradas: una, que se puede denominar restrictiva, es la que limita el alcance de la coerción a la que hace referencia el artículo 52 a la coerción física –es decir, a la fuerza armada–; y otra, a la que se va a denominar amplia, es la que sostiene que debe darse una interpretación amplia a la coerción a la que se refiere el artículo 52 de la CVDT, en este sentido esta corriente entiende que tanto la coerción económica como la coerción política están contenidas en el artículo 52 de la CVDT.

Esta última postura fue sostenida particularmente por un grupo de Estados que presentaron una enmienda al artículo 52 por medio de la cual se pretendía agregar la expresión “incluyendo la presión económica y política” luego del término “fuerza”. Sin embargo, la oposición de las mayores potencias que participaban en la Conferencia que consideraban que si una enmienda de ese tipo se incorporaba al texto de la convención obstaría a que la convención entrara en vigor, provocó que los Estados promotores retiraran la enmienda y en cambio se adoptó un acuerdo sobre la aplicación del artículo 52 en relación con la coerción política o económica.

En la actualidad parte de la doctrina expresa que la coerción económica y la coerción política se encuentran alcanzadas por las disposiciones del artículo 52 de la CVDT<sup>57</sup>. Sin embargo, no se com-

<sup>56</sup> Sobre el alcance que la doctrina mayoritaria le asigna a esta expresión se pueden consultar entre otros: DÖÖR, OLIVER y RANDELZHOFFER, ALBRETCH, Article 2 (4), en SIMMA, BRUNO, KHAN, DANIEL- ERASMUS, NOLTE, GEORG ET AL. *The Charter of United Nations: A Commentary*, 3° ed, vol, I, 2012. pp. 200-234, pp. 208-210; DINSTEIN, YORAM, *op. cit.* (n. 8), p. 88; BROWNLIE, IAN, *op. cit.* (n. 7), p. 362.

<sup>57</sup> CORTEN, OLIVIER, “Art. 52 1969 Vienna Convention” en CORTEN, OLIVIER Y KLEIN, PIERRE, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, vol. II., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1201- 1219, p. 1205-1211.

parte esta posición dado que la redacción del artículo 52 explícitamente menciona la expresión “la amenaza o el uso de la fuerza”; y esta última, conforme a la doctrina mayoritaria, debe ser entendida en el sentido que únicamente incluye la fuerza armada, dado que la coerción económica y la coerción política fueron expresamente excluidas durante la redacción del artículo 2 apartado 4 de la Carta<sup>58</sup>. Como consecuencia de ello es posible señalar que ni la coerción económica ni la coerción política se encuentran alcanzadas por el artículo 52 de la CVDT<sup>59</sup>.

Otro problema que se puede plantear en relación con la interpretación de este artículo tiene que ver con el alcance que debe acordársele a la expresión *amenaza del uso de la fuerza*. No cualquier amenaza tiene la capacidad de provocar la nulidad de un tratado internacional. La amenaza debe encuadrarse dentro de lo que la doctrina internacionalista entiende que es una amenaza del uso de la fuerza. Esta clase de amenaza se configura cuando hay *una promesa explícita o implícita de un uso futuro e ilícito de la fuerza armada contra uno o más Estados, cuya realización depende de la voluntad de quien realiza la amenaza*<sup>60</sup>. Es decir, debe tratarse de

Este autor sostiene que esta conclusión es la que más se adecua a una interpretación armónica de esta disposición ya que conforme los demuestran los trabajos preparatorios no se alcanzó ninguna clase de acuerdo en este aspecto. Asimismo manifiesta que un régimen jurídico coherente debe sancionar de igual modo las violaciones a principios fundamentales del derecho internacional como el de prohibición de la amenaza o uso de la fuerza o el de no intervención (que es donde quedaría incluida la prohibición de la coerción económica y política). En consecuencia aquellos tratados que fueran celebrados bajo una coerción política o económica también deberían ser sancionados con la nulidad del instrumento.

<sup>58</sup> DÖOR, OLIVER Y RANDELZHOFFER, ALBRETCH, *op. cit.* (n. 56), pp. 208-210; DINSTEIN, YORAM, *op. cit.* (n. 8), p. 88; BROWNLIE, IAN, *op. cit.* (n. 7), p. 362.

<sup>59</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 644; SCHMALENBACH, KIRSTEN, *op. cit.* (n. 27), p. 884; AUST, ANTHONY, *op. cit.* (n. 19), p. 317.

<sup>60</sup> ROSCINI, MARCO, “Threats of Armed Force and Contemporary International Law”, *Netherlands International Law Review*, vol. LIV, 2007, pp. 229-277, p. 235.

una amenaza de un uso ilícito de la fuerza<sup>61</sup>.

El artículo 52 de la CVDT se refiere a que la amenaza o el uso de la fuerza debe haber sido *contrario a los principios de derecho internacional previstos en la Carta de las Naciones Unidas*; esto significa que no cualquier amenaza o uso de la fuerza tiene la capacidad de lograr que la nulidad de un tratado internacional. En todos los casos es necesario que se trate de un uso ilícito de la amenaza<sup>62</sup> o el uso de la fuerza<sup>63</sup>.

Ello significa que cualquier tratado que sea celebrado como resultado de una amenaza o un uso de la fuerza que esté de con-

<sup>61</sup> La Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad del Uso de las Armas Nucleares se pronunció en este sentido. Así señaló:

Determinar si la manifestación de una intención de usar la fuerza si ciertos eventos ocurren es o no una “amenaza” alcanzada por el artículo 2, párrafo 4, de la Carta depende de varios factores. Si el uso de la fuerza previsto es en sí mismo ilícito, la declarada preparación de usarla será una amenaza prohibida en los términos del artículo 2, párrafo 4. Como resultado será ilegal para un Estado amenazar usar la fuerza para lograr territorio de otro Estado, o provocar que siga o no ciertos caminos políticos o económicos. Las nociones de amenaza y uso de la fuerza bajo el artículo 2, párrafo 4 de la Carta van de la mano en el sentido de que si un uso de la fuerza en un caso determinado es ilegal –cualquiera sea la razón de la ilicitud– la amenaza del uso de la fuerza también será ilegal. (Traducción propia).

Whether a signalled intention to use force if certain events occur is or is not a ‘threat’ within Article 2, paragraph 4, of the Charter depends upon various factors. If the envisaged use of force is itself unlawful, the stated readiness to use it would be a threat prohibited under Article 2, paragraph 4. Thus it would be illegal for a State to threaten force to secure territory from another State, or to cause it to follow or not follow certain political or economic paths. The notion of ‘threat’ and ‘use’ of force under Article 2, paragraph 4, of the Charter stand together in the sense that if the use of force itself in a given case is illegal – for whatever reason – the threat to use such force will likewise be illegal.

CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1996, p. 226, p. 246, párrafo 47.

<sup>62</sup> Es decir la amenaza de un uso de la fuerza ilícito.

<sup>63</sup> AUST, ANTHONY, *op. cit.* (n. 19), p. 318; CORTEN, OLIVIER, *op. cit.* (n. 57), p. 1211.

formidad con el régimen previsto en la Carta de las Naciones Unidas o en el derecho consuetudinario es válido. En este sentido puede señalarse que dado que el derecho de legítima defensa como el cumplimiento de medidas coercitivas dispuestas por el Consejo de Seguridad son excepciones a la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, los tratados que sean consecuencia de estas acciones serán válidos. Esta cuestión se encuentra íntimamente vinculada con el artículo 75 de la CVDT que permite la imposición de tratados a los agresores.

#### *II.1.1.1.2.c. Relación de causalidad*

El último requisito para la aplicación del artículo 52 de la CVDT se refiere a la necesidad de la existencia de una relación de causalidad entre la amenaza y el uso de la fuerza y la celebración del tratado internacional. Este elemento se desprende de la redacción del artículo 52 de la CVDT.

En este aspecto la disposición establece que el tratado será nulo cuando su *celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza*. Ello significa que para que la nulidad del tratado pueda tener lugar se requiere demostrar que la celebración ha sido consecuencia (es el resultado) de la amenaza o el uso de la fuerza<sup>64</sup>.

Este requisito busca evitar abusos por parte de los Estados<sup>65</sup>. Ello es así dado que el fin del artículo 52 es proteger el principio del libre consentimiento y al mismo tiempo evitar que una de las partes contratantes obtenga ventajas de un uso ilícito de la fuerza<sup>66</sup> (es decir que este artículo refleja que “la victoria no da derechos”<sup>67</sup>).

<sup>64</sup> CORTEN, OLIVIER, *op. cit.* (n. 57), p. 1211.

<sup>65</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 645.

<sup>66</sup> SCHMALENBACH, KIRSTEN, *op. cit.* (n. 27), p. 881.

<sup>67</sup> “La victoria no da derechos” es la fórmula en la que se resume la doctrina Varela. Esta constituye una doctrina internacional propuesta por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, Mariano Varela, en el año 1869. A través de la formulación de Varela se buscaban establecer límites al régimen del uso de la fuerza vigente durante el derecho internacional clásico. En este sentido se buscaba limitar los derechos que podía obtener el vencedor de un conflicto armado internacional, especialmente en materia de adquisición territorial. Esta

El resultado de ello es la exigencia de una conexión íntima entre la amenaza o el uso de la fuerza y la celebración del tratado; es decir, que de no haber existido la amenaza o el uso de la fuerza el tratado internacional no se hubiese celebrado<sup>68</sup>.

#### II.1.1.1.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 52

Reunidos todos los presupuestos de aplicación del artículo 52 de la CVDT resta preguntarse cuáles son las consecuencias jurídicas de su aplicación. El texto de este artículo señala *es nulo todo tratado* cuya celebración se haya obtenido mediante la coerción. Es decir que este artículo dispone la nulidad *ab initio* de cualquier tratado que hubiere sido celebrado por la fuerza<sup>69</sup>. Esta nulidad es una nulidad de carácter absoluto que tiene como resultado que las disposiciones del tratado carezcan de fuerza jurídica<sup>70</sup>.

Que la nulidad sea absoluta además provoca que el tratado en su totalidad carezca de validez. Como consecuencia de ello y tal como lo prevé el artículo 44, párrafo 5 de la propia CVDT<sup>71</sup> no es posible separar las disposiciones del tratado.

doctrina, propulsada por la Cancillería argentina en las décadas subsiguientes fue receptada en diversos documentos internacionales entre los que se destacan el Pacto antibélico argentino de no agresión y conciliación (conocido como Pacto Saavedra Lamas, 1933), la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948), la Declaración sobre los principios de derecho internacional que deben regir las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución de la Asamblea General 2625 (XXV), 1970), entre otros.

<sup>68</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 645.

<sup>69</sup> VILLIGER, MARK E., *ibid.*, p. 646; CORTEN, OLIVIER, *op. cit.* (n. 57), p. 1214; SCHMALENBACH, KIRSTEN, *op. cit.* (n. 27), p. 889.

<sup>70</sup> Cfme. Artículo 69 de la CVDT. Esta disposición establece:

1. Es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la presente Convención. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica.

<sup>71</sup> Esta disposición señala:

En los casos previstos en los artículos 51, 52 y 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.

A su vez, el artículo 45 de la CVDT impide que el Estado víctima pueda convenir expresamente o dar su aquiescencia sobre la validez del tratado<sup>72</sup>. Esto significa que el tratado no puede ser confirmado ni consentido por el Estado parte que ha sufrido la coerción<sup>73</sup>.

Con respecto al marco temporal de aplicación del artículo 52 de la CVDT debe señalarse, que tal como lo dispone el artículo 4 de la Convención, no puede ser aplicado retroactivamente<sup>74</sup>. No obstante, la propia CDI en el comentario de este artículo señaló que era posible la aplicación de este artículo a tratados que se hubiesen celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la CVDT siempre que dichos instrumentos se hubieran celebrado después de que hubiese quedado el régimen moderno del uso de la fuerza<sup>75</sup>. Es decir que este artículo también se aplica a todos aquellos tratados que hayan sido concluidos desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> El artículo 45 establece:

Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 46 a 50 o en los artículos 60 y 62, si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado:

- a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso; o
- b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso.

<sup>73</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 647; CORTEN, OLIVIER, *op. cit.* (n. 57), p. 1215.

<sup>74</sup> El artículo 4 de la CVDT dispone:

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en al presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del Derecho Internacional independientemente de la Convención, esta solo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados.

<sup>75</sup> CDI, *op. cit.* (n. 42), pp. 270-271, párrafos 7 y 8 del comentario al artículo 49.

<sup>76</sup> AUST, ANTHONY, *op. cit.* (n. 19), p. 318; CORTEN, OLIVIER, *op. cit.* (n. 57), p. 1215-1216.

En consecuencia, es posible distinguir dos supuestos de aplicación temporal diferente de la norma. Por un lado, el caso de los tratados que han sido concluidos después de la celebración de la Convención de Viena en cuyo caso la nulidad será consecuencia de la aplicación del artículo 52. Por otro lado, el caso de aquellos tratados que han sido celebrados entre la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y la entrada en vigencia de la CVDT en 1980; en este caso la nulidad del tratado será el resultado de aplicación de la norma consuetudinaria en la materia.

#### II.1.1.1.4. CARÁCTER CONSUECUDINARIO

Uno de las cuestiones más importantes en relación con la interpretación de las disposiciones es determinar si el contenido refleja el derecho consuetudinario en la materia regulada o no; en cuyo caso se trata de un desarrollo progresivo del derecho internacional llevado adelante por la Comisión de Derecho Internacional.

En relación con el artículo 52 de la CVDT la doctrina mayoritaria considera que en la actualidad se trata de una disposición que refleja el derecho consuetudinario<sup>77</sup>. En el mismo sentido se pronunció la Corte Internacional de Justicia en el asunto sobre la Jurisdicción de las Pesquerías en el que señaló:

No cabe duda, como lo implica la Carta de las Naciones Unidas y se reconoce en el artículo 52 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que, bajo el derecho internacional contemporáneo, un acuerdo concluido bajo la amenaza del uso de la fuerza es nulo<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Por ejemplo, SCHMALENBACH, KRISTEN, *op. cit.* (n. 27), p. 893; CORTEN, OLIVIER, *op. cit.* (n. 57), p. 1203-1204; FORLATI, SERENA, "Coercion as a Ground Affecting the Validity of Peace Treaties", CANNIZZARO, ENZO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 320-332, p. 322; VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 649.

<sup>78</sup> CIJ, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, *I.C.J. Reports* 1973, p. 3, p. 14, párrafo 24. Traducción propia.

There can be little doubt, as is implied in the Charter of the United Nations and recognized in Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, that under contemporary international law an agreement concluded under the threat or use of force is void.

#### II.1.1.1.5. APRECIACIÓN

El artículo 52 de la CVDT refleja el principio *ex iniuria non oritur*, es decir que los actos ilícitos no pueden generar consecuencias jurídicas<sup>79</sup>. Así, puede afirmarse que el artículo 52 de la CVDT traduce en una disposición convencional el adagio “la victoria no da derechos”.

Esto significa que los Estados no pueden valerse de la violación de una norma jurídica internacional para lograr la adopción de acuerdos internacionales que les concedan ventajas, especialmente cuando esa norma es una norma esencial para el funcionamiento de la comunidad internacional. Es por ello que la sanción que prevé la CVDT para un tratado celebrado bajo la coacción es la nulidad absoluta de las disposiciones: el tratado no produce ningún efecto jurídico; es como si no hubiese existido.

No existen ejemplos en la práctica estatal de la aplicación de esta norma. Sin embargo, su presencia en la CVDT es relevante dado que explicita cuales son las consecuencias por la violación de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza reflejando la evolución que el ordenamiento jurídico en la materia había tenido desde comienzos de siglo XX.

Su inclusión en la CVDT, entonces, constituye una manera de reforzar la vigencia del principio de abstención de la amenaza y el uso de la fuerza señalando que los Estados infractores no podrán beneficiarse de sus conductas contrarias al ordenamiento jurídico internacional.

#### II.1.1.2. LOS TRATADOS IMPUESTOS AL AGRESOR: EL ARTÍCULO 75 DE LA CVDT

La parte VI de la Convención de Viena, titulada “Disposiciones diversas” contiene una serie de disposiciones relacionadas con diferentes temáticas que abarcan cuestiones que van desde la suce-

<sup>79</sup> KORMAN, SHARON, *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 12.

sión de Estados hasta la agresión. En este contexto se incorpora el artículo 75, titulado “Caso de un Estado agresor” que dispone:

Las disposiciones de la presente Convención se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que pueda originarse con relación a un tratado para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión de tal Estado.

A través de esta normativa la Convención busca regular el caso de aquellos tratados que sean celebrados con un Estado agresor. A diferencia de lo previsto en el artículo 52, esta disposición se refiere a aquellos casos en los que el Estado agresor ha resultado vencido y busca regular las relaciones entre el o los Estado/s vencedor/es y el Estado agresor.

En este aspecto la CVDT prevé un régimen jurídico específico para regular las obligaciones convencionales que surjan para el agresor. En principio este régimen se justifica dado que el Estado agresor ha cometido un ilícito internacional al violar la prohibición del uso de la fuerza, siendo esta violación uno de los hechos ilícitos más graves que puedan existir en el ámbito de la comunidad internacional.

Sin embargo, el régimen jurídico previsto por la CVDT no se encuentra exento de polémica dado que las soluciones planteadas contrarían principios fundamentales del derecho de los tratados: el principio de *pacta tertiis*<sup>80</sup> y el principio *ex iniuria non oritur*<sup>81</sup>. Por

<sup>80</sup> El principio de *pacta tertiis* constituye uno de los principios cardinales del derecho de los tratados. Este principio significa que las obligaciones convencionales solo pueden obligar a aquellos Estados que han expresado su voluntad de obligarse por el tratado internacional; o lo que es lo mismo que los tratados internacionales no pueden obligar a terceros Estados que no han manifestado su voluntad de participar en el tratado internacional.

Este principio ha sido recogido entre los artículos 34 y 38 de la CVDT dado que estos artículos prevén un régimen jurídico que regula las relaciones de las partes y los terceros Estados.

<sup>81</sup> El principio *ex iniuria non oritur* significa que no se pueden obtener ventajas de los actos ilícitos. Como se ha visto en el apartado anterior este principio ha sido recogido por el artículo 52 de la CVDT.

ende, el artículo 75 de la CVDT constituye una disposición de difícil interpretación<sup>82</sup>.

No obstante estos cuestionamientos, la CDI consideró necesario incluir una disposición expresa<sup>83</sup> con el alcance previsto en este artículo dado que consideraba que la imposición de ciertas obligaciones a los Estados agresores constituía una excepción a las reglas previstas en los artículos 34 a 38 y 52 de la CVDT<sup>84</sup>. El objetivo de una disposición semejante era evitar que un Estado agresor pudiera beneficiarse con la invocación de ciertas disposiciones de la CVDT a los fines de evadir obligaciones que le incumbían por la agresión que había cometido<sup>85</sup>.

#### II.1.1.2.1. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 75

Originariamente los primeros informes de los relatores especiales no contenían referencias específicas a la cuestión de los tratados celebrados con un Estado agresor. Sin embargo, durante los debates acerca de las disposiciones relativas a los tratados que podían prever derechos u obligaciones para terceros Estados contenidas en el tercer informe de Waldock (1964) algunos de los miembros de la CDI comenzaron a señalar la necesidad de incluir una previsión expresa en relación con los Estados agresores.

Las primeras menciones fueron introducidas por Manfred Lachs, quien señaló que existían algunos casos donde el consentimiento de ciertos Estados podía no ser requerido para quedar obliga-

<sup>82</sup> KRIEGER, HEIKE, "Article 75, Case of an aggressor State" en DÖÖR, OLIVER y SCHMALENBACH, KIRSTEN (ED.) *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*. Berlin, Springer, 2012, pp. 1279-1293, p. 1279; TOMUSCHAT, CHRISTIAN, "Art. 75 1969 Vienna Convention", CORTEN, OLIVIER y KLEIN, PIERRE, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1686-1698, p. 1686.

<sup>83</sup> TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *ibid.*, p. 1688.

<sup>84</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 913.

<sup>85</sup> BOTHE, MICHAEL, "Consequences of the Prohibition of the Use of Force. Comments on Arts. 49 and 70 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 27, 1967, pp. 507-519, p. 515.

do por los tratados. Como ejemplo señalaba el caso de los Estados agresores a los que se les podía imponer ciertas obligaciones a los fines de garantizar la paz y la seguridad internacionales; asimismo manifestaba que la realidad ya había dado muestras prácticas de este caso con los acuerdos de Postdam por medio de los cuales, al finalizar la Segunda Guerra Mundial se había impuesto a Alemania ciertas obligaciones sin que mediara su consentimiento<sup>86</sup>.

En el mismo sentido se pronunció Grigory Tunkin quien manifestó que algunos tratados podían ser obligatorios para terceros Estados. Y también puso como ejemplo los acuerdos que habían firmado los aliados con Alemania al término de la Segunda Guerra Mundial. Entendía que estos acuerdos eran obligatorios dado que se trataba de una sanción internacional por la responsabilidad en la que había incurrido Alemania al agredir a otros Estados<sup>87</sup>.

Estos debates llevaron a que en su informe a la Asamblea General sobre las labores que había desarrollado en su decimosexto período de sesiones la CDI señalara que a diferencia de lo que pensaban algunos miembros, la Comisión entendía que la cuestión de la imposición de disposiciones convencionales a Estados agresores escapaba del alcance del principio previsto en el artículo 59 (Tratados que imponen obligaciones a terceros Estados). Consideraba que no se trataba de una excepción al principio sino que constituía una cuestión de responsabilidad internacional, es decir de una sanción por una violación de una norma internacional. Al mismo tiempo, no se trataba de un caso que pudiera caer bajo el artículo 36 del proyecto (el actual artículo 52 de la CVDT) dado que el uso de la fuerza debía ser contrario a la Carta de las Naciones Unidas y por ende en el caso de un Estado agresor no existiría una violación a las previsiones del artículo 36 del proyecto<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> LACHS, MANFRED, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. I, Nueva York, Naciones Unidas, 1965, p. 71, párrafo 46.

<sup>87</sup> TUNKIN, GRIGORY, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. I, Nueva York, Naciones Unidas, 1965, p. 71, párrafo 53.

<sup>88</sup> CDI, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II, Nueva York, Naciones Unidas, 1964 pp. 181-182, párrafo 3 del comentario al artículo 59.

A raíz de estas circunstancias, y teniendo especialmente en cuenta las manifestaciones de los Estados en esta materia<sup>89</sup>, Humphrey Waldock en su sexto informe (1966) sugirió la incorporación de un párrafo adicional al artículo 59 que recogiera la cuestión del Estado agresor; siempre teniendo en cuenta que este tema caía bajo la órbita de la responsabilidad internacional<sup>90</sup>. Así propuso que se incluyera el siguiente texto:

Lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 58 no impedirá que una disposición de un tratado obligue a un Estado agresor que no sea parte en él, sin el consentimiento de tal Estado, si esa disposición le ha sido impuesta de conformidad con el derecho de la responsabilidad de los Estados y con los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Esta propuesta dio lugar a un intenso debate en el seno de la CDI, dado que sus miembros no concordaban<sup>91</sup> acerca de la conveniencia o no de incluir una referencia a los Estados agresores en el texto de la CVDT y en su caso qué alcance debería tener dicha disposición. Los miembros de la Comisión disentían respecto de si la imposición de obligaciones convencionales a Estados agresores constituía una norma de responsabilidad internacional o una norma del derecho de los tratados. Por otro lado, tampoco podían ponerse de acuerdo acerca de si la disposición debía redactarse como una excepción general a la CVDT en su conjunto o bien si debía ser una excepción específica al artículo 59 del proyecto de artículos.

Estos debates tuvieron como consecuencia que la CDI incluyera un artículo específico sobre la cuestión en el proyecto de artícu-

<sup>89</sup> Estados Unidos, Hungría, Ucrania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas habían introducido comentarios en este aspecto. Ver: CDI, *op. cit.* (n. 42), p. 74.

<sup>90</sup> WALDOCK, HUMPHREY, *op. cit.* (n. 35), pp. 74-75, párrafo 4 del comentario al artículo 59.

<sup>91</sup> Los desacuerdos eran sobre variados puntos: si la cuestión tenía su fundamento en la responsabilidad internacional, si debían incluirse solo los tratados de paz o también otros tratados en los que el agresor no era parte, etc.

los que presentó a la Asamblea General en 1966. Así la CDI redactó el artículo 70 en los siguientes términos<sup>92</sup>:

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que con relación a un tratado pueda para un Estado agresor originarse como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión de tal Estado

Esta redacción se asemeja bastante a la que finalmente fue adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Tratados bajo el artículo 75.

Durante la Conferencia se discutió<sup>93</sup> el alcance del artículo y se sugirió que fuera suprimido el término “agresión” para poder incluir cualquier caso que se diera bajo el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas y también dada las dificultades técnicas que existían en relación a la definición de la agresión. Sin embargo, estas propuestas fueron fuertemente rechazadas por los Estados de Europa Oriental (que eran los que habían apoyado mayormente la inclusión del artículo en el proyecto de artículos). Sin embargo, el artículo se terminó adoptando por 100 votos a favor, ninguno en contra y 4 abstenciones.

#### II.1.1.2.2. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Dado que el artículo 75 de la CVDT constituye una excepción a las reglas generales del derecho de los tratados consagrados en la propia convención se impone una interpretación restrictiva<sup>94</sup>. Esto significa que para su aplicación deben reunirse todos los requisitos necesarios para su aplicación: a) la existencia de una agresión de un Estado a otro Estado; b) la adopción de medidas conforme a la Carta de las Naciones Unidas respecto de esa agre-

<sup>92</sup> CDI, *op. cit.* (n. 42), p. 292.

<sup>93</sup> Estos debates pueden encontrarse: UNCLOT, *Official Record of the United Nations Conference on the Law of Treaties (First session)*, Vol. I, Nueva York, Naciones Unidas, 1969, pp. 454-457.

<sup>94</sup> KRIEGER, HEIKE, *op. cit.* (n. 82), p. 1292.

sión y; c) la celebración de un tratado como consecuencia de esas medidas<sup>95</sup>.

El primer supuesto de aplicación lo constituye la existencia de una agresión cometida por un Estado. El artículo 75 de la CVDT no ha definido que debe entenderse por agresión por lo que es necesario recurrir a las demás normas del ordenamiento jurídico internacional<sup>96</sup>. En este sentido la agresión ha sido definida en el artículo 1 de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General como: el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

No cualquier uso de la fuerza en contravención de la Carta de las Naciones Unidas constituye una agresión. Es necesario que se trate un uso de la fuerza que alcance la gravedad suficiente para ser considerada como tal<sup>97</sup>.

Asimismo, a pesar de que el artículo 75 no lo menciona expresamente<sup>98</sup>, se requiere que la determinación de la existencia de la agresión sea realizada institucionalmente a través de los órganos competentes de la comunidad internacional. Dado que el artículo 75 expresamente hace referencia a su vinculación con el sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas los órganos pertinentes para realizar esta determinación serán: en primer lugar, el Consejo de Seguridad en virtud de las atribuciones conferidas en el artículo 39 de la Carta; luego la Asamblea General, que podrá realizar una determinación en uso de las facultades que le confiere la resolución 377 A (V) ("Unión pro paz")<sup>99</sup>; y finalmente cualquier órgano regional que haya sido autorizado por el Consejo de Seguri-

<sup>95</sup> PEZZANO, LUCIANO, *Relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional*. Tesis doctoral, Inédita de la biblioteca del autor, 2018, p. 188.

<sup>96</sup> TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), p. 1692.

<sup>97</sup> PEZZANO, LUCIANO, *op. cit.* (n. 95), p. 188; KRIEGER, HEIKE, *op. cit.* (n. 82), p. 1287; TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), p. 1692.

<sup>98</sup> KRIEGER, HEIKE, *op. cit.* (n. 82), p. 1288; TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), p. 1692.

<sup>99</sup> La resolución 377 (V)A es...

dad para llevar adelante medidas coercitivas<sup>100</sup> y que en ejercicio de estas funciones realice esta determinación<sup>101</sup>. Como consecuencia de ello puede señalarse que los propios Estados no pueden estar a cargo de realizar una determinación de este tipo<sup>102</sup>.

El segundo supuesto de aplicación lo constituye la existencia de medidas conforme a la Carta de las Naciones Unidas. Las medidas a las que se refiere el artículo 75 de la CVDT son aquellas medidas que han sido adoptadas por el Consejo de Seguridad bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; las adoptadas por la Asamblea General en función de la resolución 377 A (V); y finalmente las adoptadas por cualquier órgano regional autorizado por el Consejo de Seguridad. En todos los casos se requiere que las medidas estén claramente dirigidas contra el Estado agresor<sup>103</sup> y dispongan la celebración de tratados internacionales que establezcan obligaciones para dicho Estado<sup>104</sup>.

A diferencia de lo que manifiesta Villiger<sup>105</sup>, se considera que las medidas adoptadas en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva recogido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas no quedan contempladas en el artículo 75 de la CVDT. Aceptar que el derecho de legítima defensa autoriza la posibilidad de imponer obligaciones al agresor supondría desvirtuar el alcance de este derecho<sup>106</sup> y abriría la puerta a la arbitrariedad de los Estados<sup>107</sup>. Asimismo supondría invadir las competencias del Consejo de Seguridad que es quién tiene, de acuerdo a la Carta, el mandato primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales<sup>108</sup>.

<sup>100</sup> Artículo 53 de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>101</sup> KRIEGER, HEIKE, *op. cit.* (n. 82), pp. 1288-1290; TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), pp. 1692- 1694.

<sup>102</sup> TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), p. 1692.

<sup>103</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 915.

<sup>104</sup> TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), p. 1694.

<sup>105</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n.10), p. 915.

<sup>106</sup> TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), p. 1694.

<sup>107</sup> KRIEGER, HEIKE, *op. cit.* (n. 82), p. 1291.

<sup>108</sup> PEZZANO, LUCIANO, *op. cit.* (n. 95) p. 189.

Finalmente, el tercer supuesto de aplicación consiste en la celebración de un tratado internacional como consecuencia de las medidas adoptadas de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. En este caso la doctrina distingue dos clases de tratados que pueden ser consecuencia de las medidas adoptadas: por un lado los tratados celebrados entre terceros Estados que le imponen obligaciones al agresor y por otro lado los tratados celebrados con el agresor (generalmente tratados de paz)<sup>109</sup> que pueden haberse logrado por medio de alguna clase de coerción.

#### II.1.1.2.3. CONSECUENCIAS

El artículo 75 de la CVDT alcanza a cualquier obligación que pueda originarse para un agresor con relación a un tratado que le haya sido impuesto o bien que haya sido celebrado por terceros Estados y que le impongan una obligación. La consecuencia de la aplicación del artículo 75 es que ninguna de estas obligaciones queda alcanzada por las disposiciones de la CVDT. En este sentido el artículo 75 de la CVDT constituye una excepción a reglas fundamentales del derecho de los tratados como son la *pacta tertiis* y (recogida en los artículos 34-38) y el artículo 52 de la CVDT<sup>110</sup>.

Lo que si debe tenerse en cuenta es que el artículo 75 de la CVDT no constituye una “carta blanca” para que la víctima de la agresión pueda imponer un régimen discriminatorio al agresor<sup>111</sup>. Este asunto ha sido confirmado por la propia CDI cuando sostuvo:

[...] era esencial no dar la impresión de que ha de considerarse que el Estado agresor se encuentra absolutamente *ex lex* con respecto al derecho de los tratados. De lo contrario, se podría impedir el proceso de restablecimiento de la normalidad en las relaciones de ese Estado con el resto de la comunidad internacional<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> KRIEGER, HEIKE, *op. cit.* (n. 82), pp. 1279-1280; TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), pp. 1690-1692.

<sup>110</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p. 649.

<sup>111</sup> KRIEGER, HEIKE, *op. cit.* (n. 82), p. 1293; TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), p. 1695.

<sup>112</sup> CDI, *op. cit.* (n. 42), p. 293, párrafo 2.

En este aspecto debe considerarse que, por ejemplo, los tratados que se negocien con el agresor no deben ir en contra de las normas del *ius cogens*<sup>113</sup>.

#### II.1.1.2.4. CARÁCTER CONSUECUDINARIO

La mayoría de la doctrina<sup>114</sup> entiende que el artículo 75 difícilmente pueda considerarse como una disposición que refleja el derecho consuetudinario. Se trata de una norma que constituye una excepción a dos normas bien establecidas en el derecho de los tratados (la *pacta tertiis* y el artículo 52 de la CVDT) y por ende requeriría de una práctica estatal importante para lograr adquirir el carácter consuetudinario<sup>115</sup>.

Asimismo debe recordarse que hasta la adopción de la Carta de las Naciones Unidas existía la posibilidad legal de que un Estado que utilizara la fuerza para obligar a un enemigo vencido a que aceptara un tratado cuyos términos podía haber fijado unilateralmente<sup>116</sup>. Esto significaba que aquellos tratados cuya celebración se había logrado por medio de la fuerza eran válidos y por ende no existía ninguna práctica estatal que se hubiera desarrollado en el mismo sentido que lo previsto en el artículo 75 de la CVDT.

#### II.1.1.2.5. APRECIACIÓN

El artículo 75 de la CVDT resulta una norma de desarrollo progresivo ya que no refleja la práctica estatal en la materia; de hecho no existe ningún caso donde se haya esgrimido la aplicación de esta disposición. Su incorporación a la Convención de Viena responde, en general a razones históricas, pero también a la necesidad de establecer un marco jurídico para los casos en que los tratados deban lidiar con un Estado agresor.

<sup>113</sup> TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), p. 1696.

<sup>114</sup> KRIEGER, HEIKE, *op. cit.* (n. 82) p. 1281; TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82) p. 1689; VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), 918.

<sup>115</sup> VILLIGER, MARK E., *op. cit.* (n. 10), p.918.

<sup>116</sup> KRIEGER, HEIKE, *op. cit.* (n. 82), p. 1281; TOMUSCHAT, CHRISTIAN, *op. cit.* (n. 82), p. 1689.

En este aspecto, lo importante es destacar que la disposición debe ser de interpretación restrictiva ya que no se busca dejar al agresor “fuera de la ley”. Ello significa que solo puede ser aplicado cuando existan medidas adoptadas por los órganos competentes de las Naciones Unidas y luego de que estos hayan realizado la determinación de la existencia de un acto de agresión. De lo contrario cualquier Estado infractor que estuviese sujetos a medidas del Capítulo VII de la Carta podría verse afectado por la aplicación de este artículo; y ello no surge de su redacción.

Se trata de una medida excepcional que busca justificar la celebración de tratados como consecuencia directa de medidas tomadas a raíz de la existencia de una agresión<sup>117</sup>.

### **III. LOS TRATADOS DE PAZ Y LA CONVENCION DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS.**

Las consecuencias del uso de la fuerza en materia del derecho de los tratados son especialmente visibles en el caso de los tratados de paz. ¿Cuál es la validez de estos acuerdos? ¿Cómo se aplican las reglas del derecho de los tratados?

Los tratados de paz son una especie particular de tratados internacionales. Se trata de acuerdos escritos, celebrados entre Estados que se encuentran regidos por el derecho internacional. Como tales se encuentran gobernados por las reglas generales del derecho de los tratados codificadas en la CVDT<sup>118</sup>.

Partiendo de esta base, es posible afirmar que los tratados de paz se encuentran regidos por las reglas generales del derecho de los tratados. Así las cuestiones relacionadas con la celebración, la entrada en vigor, la observancia y aplicación, la interpretación, la enmienda y la modificación, entre otros aspectos<sup>119</sup> se rigen por las disposiciones pertinentes de la CVDT.

<sup>117</sup> PEZZANO, LUCIANO, *op. cit.* (n. 95), p. 192.

<sup>118</sup> KLEFFNER, JANN K., *op. cit.* (n. 1), párrafo 18; DINSTEIN, YORAM, *op. cit.* (n. 8), p. 39.

<sup>119</sup> KLEFFNER, JANN K., *idem*.

Del mismo modo, los artículos 52 y 75 de la CVDT son de particular trascendencia cuando se analiza un tratado de paz. Su aplicación va a variar según se trate de un tratado de paz impuesto por un Estado agresor al Estado que ha sido víctima de dicha agresión y los tratados de paz que han sido celebrados con un Estado agresor que ha resultado derrotado.

En el primer caso, conforme al artículo 52 de la CVDT, un tratado de paz impuesto por un Estado agresor a otro Estado que ha sido víctima de una agresión no tendría validez<sup>120</sup>. Este acuerdo sería nulo de nulidad absoluta en tanto y en cuanto quedaría encuadrado en el supuesto del artículo 52; esto es un tratado que ha sido celebrado bajo la amenaza o el uso de la fuerza contrariando los principios incorporados a la Carta de las Naciones Unidas.

Los tratados impuestos a una víctima de una agresión al ser el resultado de una violación de una norma imperativa del derecho internacional carecen de fuerza legal. Sin embargo, la nulidad del tratado no provoca la reapertura de las hostilidades entre las partes<sup>121</sup>.

En el caso de los tratados celebrados con un Estado agresor que ha resultado derrotado sería de aplicación el artículo 75 de la CVDT. En este caso, para que el tratado sea válido es necesario que sea la consecuencia de una medida dispuesta por alguno de los órganos competentes de la comunidad internacional de conformidad con la Carta de las Naciones. Como resultado, el tratado sería válido; en consecuencia el Estado agresor no podría valerse de las disposiciones de la CVDT para denunciar el tratado por incumplimiento con las normas del artículo 52 de la CVDT.

### **III. 1. ANÁLISIS DE CASOS**

La estructura del derecho internacional contemporáneo determina que la celebración de tratados de paz sea escasa dado que el

<sup>120</sup> KLEFFNER, JANN K., *op. cit.* (n. 1), párrafo 19.

<sup>121</sup> KLEFFNER, JANN K., *op. cit.* (n. 1), párrafo 19; DINSTEIN, YORAM, *op. cit.* (n. 8), p. 41.

sistema se encuentra diseñado para evitar las conflagraciones internacionales. Asimismo, el desarrollo de conflictos armados interestatales cada vez es más limitado<sup>122</sup>. En aquellos casos donde el sistema de la comunidad internacional no alcanza a evitar la ocurrencia de los conflictos armados, si trata de utilizar mecanismos alternativos para detener el conflicto y lograr el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales.

En este aspecto el funcionamiento de las diferentes organizaciones internacionales es trascendente dado que cada vez más juegan un papel preponderante en la cesación de las hostilidades que puedan llegar a producirse en la comunidad internacional. En especial debe tenerse presente el rol que la Organización de las Naciones Unidas tiene en esta materia dado que su función principal lo constituye el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, razón por la que se le asigna al Consejo de Seguridad la competencia primordial en la materia.

En el presente apartado se analizan algunos de los tratados de paz<sup>123</sup> que han sido celebrados con posterioridad a la adopción de la CVDT. Con este fin se han seleccionado conflictos armados que han tenido lugar en diferentes partes del globo con el objetivo de contrastar la diversidad de cláusulas que pueden ser incluidas en estos documentos internacionales. De este modo no se consideran las soluciones que se adoptaron en algunos conflictos armados trascendentes como el caso de la invasión de Irak a Kuwait dado que

<sup>122</sup> En este aspecto puede mencionarse que la mayoría de los conflictos armados de las últimas décadas son de carácter interno.

En este sentido, Quincy Wright (p. 366) ya señalaba que desde la Segunda Guerra Mundial la utilidad de las guerras para la conducción de las relaciones exteriores se ha reducido drásticamente dado que existe un reconocimiento de que el peligro que las hostilidades escalen en una guerra nuclear y que la guerra convencional contra las guerrillas no es efectiva.

WRIGHT, QUINCY, "The Middle East Problem", *The International Lawyer*, vol. 4, n° 2, 1970, pp. 364- 373.

<sup>123</sup> El examen de estos acuerdos se realiza conforme el esquema planteado por Gerald Fitzmaurice en su artículo "The Juridical Clauses of the Peace Treaties", *Recueil des Cours*, v. 73, 1948, pp. 255-365.

este conflicto armado finalizó a través de un cese al fuego dispuesto por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>124</sup>. Tampoco se analizan los casos de acuerdos internacionales que ponen fin a conflictos armados no internacionales dado que se trata de instrumentos que no constituyen tratados internacionales. Así como tampoco se analizan los casos de los armisticios, dado que estos acuerdos internacionales no ponen fin al estado de guerra ni a las hostilidades; solo constituyen una mera suspensión de las hostilidades, aun cuando las circunstancias y las condiciones del armisticio hagan prácticamente imposible la reanudación de las hostilidades<sup>125</sup>.

### **III.1.1. TRATADO GENERAL DE PAZ ENTRE LAS REPÚBLICAS DE EL SALVADOR Y DE HONDURAS (1980)**

#### *III.1.1.1. ANTECEDENTES*

En julio de 1969 las Repúblicas de El Salvador y Honduras se enfrentaron en un conflicto armado que duró apenas cuatro días. Este enfrentamiento fue el resultado de una escalada del conflicto entre las partes que encontraba su origen en la migración salvadoreña que se había producido en la década de 1930 y que había provocado que un gran número de trabajadores de esa nacionalidad se asentara en Honduras procurando mejorar sus oportunidades de vida<sup>126</sup>.

Hacia fines de la década de 1960 Honduras comenzó un programa de reformas agrarias que dio lugar a la redistribución de tierras en zonas donde se habían asentado los trabajadores salvadoreños migrantes<sup>127</sup>. El Salvador declaró un estado de emergencia, organizó sus reservas militares y solicitó que la Organización de Estados Americanos investigará las opresiones y expulsiones

<sup>124</sup> Ver: Resolución 687 (1991).

<sup>125</sup> FITZMAURICE, GERALD, *op. cit.* (n. 123), p. 270.

<sup>126</sup> ALCANTARA SAEZ, MANUEL, "Diez años de conflicto armado entre El Salvador y Honduras", *Revista de Estudios Internacionales*, n° 1, julio/septiembre 1980, pp. 725-740, p. 725.

que alegaban que habían sufrido sus nacionales por parte de Honduras.

Honduras por su parte alegaba que nacionales suyos habían sufrido violaciones de derechos humanos por parte de El Salvador<sup>128</sup>. Como consecuencia requirió que la OEA organizara una investigación formal para determinar los hechos y verificar que los nacionales de El Salvador no habían sido perseguidos por Honduras<sup>129</sup>. Las hostilidades escalaron y El Salvador alegó que las recientes victorias de su selección nacional sobre la selección hondureña en los partidos de clasificación por la Copa del Mundo de Fútbol el 15 y el 27 de junio de 1969 incitaron a hondureños a atacar y asesinar salvadoreños<sup>130</sup>.

El resultado de esta escalada del conflicto fue que ambos Estados rompieron relaciones consulares y diplomáticas<sup>131</sup>. Las protestas y las escaramuzas en la frontera continuaron por dos semanas hasta que se desató el conflicto internacional el 14 de julio de 1969<sup>132</sup>.

El Salvador invadió Honduras y ocupó algunos pueblos fronterizos. Además bombardeó las bases aéreas hondureñas y las islas del Golfo de Fonseca. La respuesta de Honduras no se hizo esperar y lanzó ataques aéreos y terrestres<sup>133</sup>. El conflicto duró cuatro días hasta que la OEA intervino y logró negociar un cese al fuego seguido de un retiro completo de tropas<sup>134</sup>. Sin embargo, el

<sup>127</sup> BLEICHERT, MAURA, "The Effectiveness of Voluntary Jurisdiction in the ICJ: El Salvador v. Honduras, A Case Point", *Fordham International Law Journal*, vol. 16, n° 3, 1992, pp. 799-847, p. 812.

<sup>128</sup> BLEICHERT, MAURA, *op. cit.* (n. 127), p. 812-813.

<sup>129</sup> ARANCIBIA, ROBERTO, "Los procesos de paz en América Latina: El Salvador y Honduras, un estudio de caso", *Estudios Internacionales*, 185, 2016, pp. 133-151, p. 141.

<sup>130</sup> ALCANTARA SAEZ, MANUEL, *op. cit.* (n. 126), p. 733-734.

<sup>131</sup> BLEICHERT, MAURA, *op. cit.* (n. 127) p. 813.

<sup>132</sup> ALCANTARA SAEZ, MANUEL, *op. cit.* (n. 126), p.734.

<sup>133</sup> BLEICHERT, MAURA, *op. cit.* (n. 127), p. 813.

<sup>134</sup> ARANCIBIA, ROBERTO, *op. cit.* (n. 129), p. 142.

estado de guerra duró más de diez años hasta la firma del Tratado General de Paz el 30 de octubre de 1980.

El 6 octubre de 1976 El Salvador y Honduras adoptaron la Convención para la Adopción de un Procedimiento de Mediación entre las Repúblicas de El Salvador y Honduras<sup>135</sup>. En este acuerdo se nombró al ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, José Luis Bustamante y Rivero, como mediador. El proceso de mediación empezó el 18 de enero de 1978 y concluyó con la adopción del Tratado General de Paz<sup>136</sup>.

### III.1.1.2. PRINCIPALES ESTIPULACIONES

El preámbulo del Tratado General de Paz entre El Salvador y Honduras reconoce que la tradición americana es el fundamento de las relaciones entre los Estados. De este modo destacan que su objetivo es establecer una paz duradera porque constituye la base de la convivencia entre los Estados y señala que la cooperación entre los Estados es indispensable para el bienestar y el desarrollo de los pueblos.

La base del acuerdo se encuentra en la ya mencionada Convención suscrita en Washington D. C. el 6 de octubre de 1976 que permitió la realización de una mediación que contribuyó a la firma del acuerdo.

Lo interesante de este preámbulo es que refleja la tradición jurídica americana, dado que se recogen varios principios característicos del Sistema Interamericano. Entre estos se destacan la cooperación, la solidaridad y la solución pacífica de controversias; todos estos principios son normas características de la tradición jurídica americana. Como tales sirvieron de base para la que la propia formación del Sistema Interamericano estuviese orientada a la consecución del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

<sup>135</sup> ALCANTARA SAEZ, MANUEL, *op. cit.* (n. 126), p.740.

<sup>136</sup> BLEICHERT, MAURA, *op. cit.* (n. 127), p. 814.

Las *cláusulas territoriales* se encuentran recogidas en el Título IV titulada “cuestiones limítrofes”. En esta sección del tratado las partes abordan la cuestión de delimitación de las fronteras entre ambos Estados distinguiendo entre las zonas controvertidas y aquellas que no. En este último caso el propio tratado establece un sistema de solución de controversias específico.

Para las zonas no controvertidas, dispone la delimitación de la frontera conforme a lo previsto en el artículo 16. En este caso, el artículo 17 establece que son definitivas y que serán invariables a perpetuidad. A través de esta disposición se refleja el principio de estabilidad de las fronteras, ya que estas solo pueden ser modificadas por acuerdo de partes. La demarcación se llevará adelante conforme a lo establecido conforme a los artículos 24 y 25.

Seguidamente el tratado crea una comisión de límites –la Comisión Mixta de Límites– (artículos 18 a 23<sup>137</sup>) cuya función es demarcar las líneas fronterizas de las zonas no controvertidas conforme a lo dispuesto en el tratado de paz; delimitar la línea fronteriza de las zonas controvertidas; demarcar las líneas en estas últimas zonas y finalmente determinar la situación jurídica de la zona insular y de los espacios marítimos. A estos efectos la comisión contaba con un plazo de cinco años para ejercer sus funciones contado desde la entrada en vigencia del tratado.

En el caso de las zonas no controvertidas el tratado de paz establece que la comisión mixta debe usar como base el principio del *uti possidetis iuris*, ya que debe recurrir a los documentos existentes en la época colonial. Una vez estudiados estos documentos la comisión debe proponer el trazado de las fronteras a las partes.

<sup>137</sup> En esta reglamentación se dispone que la comisión además adopta su propio reglamento (artículo 20). Además se establece que el trabajo de la comisión una vez iniciado no puede ser interrumpido (artículo 22). Finalmente se dispone que a los miembros de la comisión se los asimile a diplomáticos por lo que gozan de los privilegios y las inmunidades a ellos acordados. Su seguridad se encuentra a cargo de ambos Estados así como los gastos que demande el funcionamiento de la comisión (artículo 23).

En caso de discrepancia la cuestión debe ser referida a los gobiernos para que solucionen la diferencia por medio de la negociación. Si los gobiernos se logran poner de acuerdo sobre la diferencia lo comunican a la comisión, que debe proceder a demarcar de la frontera en el terreno.

En caso de que se venciera el plazo de 5 años sin que hubiera un acuerdo definitivo sobre la delimitación las partes se comprometen a someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia a los fines de que esta sea la que defina la cuestión<sup>138</sup>. Una vez resuelta la cuestión por el tribunal internacional debe ser remitida a la comisión mixta para que proceda a la demarcación.

Finalmente, las partes se obligan a no recurrir a ningún mecanismo de solución de controversias diferente a los previstos en el tratado mientras esté vigente el plazo de 5 años previsto para que la comisión realice su labor.

El tratado tiene diversas *cláusulas políticas* agrupadas en los títulos I, III y VII. En el primer título se encuentran las cuestiones referidas al restablecimiento de la paz y los tratados.

En cuando a la paz los Estados declaran que han finalizado las diferencias que las habían enfrentado<sup>139</sup>. Con el objetivo de mantener, preservar y consolidar la paz renuncian a la amenaza y al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, como así también a cualquier otra clase de presión, acción u omisión incompatible con el derecho internacional<sup>140</sup>. Como resultado de ello las partes se obligan a solucionar por medios pacíficos sus controversias inter-

<sup>138</sup> Artículos 31 a 36. En cumplimiento de estas disposiciones, y no habiendo llegado a un arreglo directo de las diferencias en el plazo previsto por el tratado, las partes celebraron un compromiso por el cual sometieron las cuestiones limítrofes controvertidas a una sala de la Corte Internacional de Justicia, que emitió su fallo el 11 de septiembre de 1992.

<sup>139</sup> Artículo 1.

<sup>140</sup> Ídem.

nacionales<sup>141</sup> y a fomentar un programa educativo de respeto de ambos Estados<sup>142</sup>.

En este primer capítulo los Estados realizan dos acciones. En primer lugar ponen de manifiesto el fin del estado de guerra en el que se encontraban. En segundo lugar reafirman su compromiso con sus obligaciones internacionales vinculadas con la abstención de la amenaza o el uso de la fuerza y su correlativa obligación de someter las controversias internacionales a mecanismos de solución pacífica.

En materia de tratados internacionales las partes reafirman los principios generales del derecho de los tratados dado que los acuerdos siguen vigentes en los términos del tratado y con el alcance expresado por el consentimiento de cada Estado<sup>143</sup>.

El título III del tratado de paz prevé el restablecimiento de las relaciones diplomáticas y consulares entre las partes<sup>144</sup>. En esta sección, El Salvador y Honduras reafirman su compromiso de cumplir con las obligaciones en materia de relaciones diplomáticas y consulares ya que se indica la obligación de ambos Estados de garantizar la seguridad y proteger tanto a las legaciones diplomáticas como a los agentes diplomáticos acreditados<sup>145</sup>.

Finalmente el Título VII se dedica a reconocer las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. En este aspecto el tratado dispone que ambas partes se obligan a garantizar y proteger el ejercicio y pleno goce de los derechos y libertades esenciales de la persona humana en relación con los nacionales del otro Estado<sup>146</sup>. A estos efectos reafirman su compromiso de respetar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta de la Organi-

<sup>141</sup> Artículo 3.

<sup>142</sup> Artículo 4.

<sup>143</sup> Artículo 6.

<sup>144</sup> Artículo 10.

<sup>145</sup> Ver artículos 11 a 13.

<sup>146</sup> Artículo 43.

zación de Estados Americanos y la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>147</sup>.

Se reconoce el derecho de los nacionales del otro Estado de libre circulación. En este sentido se permite que puedan establecerse y residir en el otro Estado así como ejercer cualquier actividad lícita. Para poder gozar de estos derechos deben cumplir con los requisitos previstos por la legislación que deben ser iguales a los que se aplican a nacionales de otros Estados centroamericanos<sup>148</sup>.

El tratado también contiene *cláusulas de tipo económico, comercial o financiero* dado que dedica tres títulos a estas cuestiones<sup>149</sup>. Entre ellos, el título VI prevé que ambas partes renuncian a reclamar indemnizaciones o reparaciones por daños y perjuicios ocasionados con motivo de los acontecimientos ocurridos en julio de 1969 o en la época inmediatamente anterior o que hubieren surgido de hechos que tengan conexión con esos acontecimientos<sup>150</sup>.

El Tratado General de Paz entre El Salvador y Honduras no contiene cláusulas de carácter militar.

Respecto de las *cláusulas formales y finales* el Tratado dispone en el título VIII el compromiso de cumplimiento del tratado; mientras que en el título IX establece las disposiciones relativas a la ratificación y vigencia del documento. En el primer aspecto el artículo 46 prevé que los Estados se comprometen a cumplir con el tratado y en caso de diferencias se obligan a tratar de solucionarlas por medio de negociaciones directas.

En relación con el segundo aspecto se dispone que el tratado entre en vigencia luego del canje de los instrumentos de ratificación<sup>151</sup>. Asimismo se prevé que el tratado sea depositado en la Secretaría General de las Naciones Unidas<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> Artículo 44, párrafo I.

<sup>148</sup> Artículo 44, párrafo II.

<sup>149</sup> Títulos II, V y VI.

<sup>150</sup> Artículo 42.

<sup>151</sup> Artículo 47.

<sup>152</sup> Artículo 48.

### III. 1. 1. 3. APRECIACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

El Tratado General de Paz entre las Repúblicas de El Salvador y Honduras constituye un acuerdo internacional que reúne las características típicas de un tratado de paz. Se trata de un instrumento que puso fin a la Guerra del Fútbol entre El Salvador y Honduras tal como lo dispone el artículo 1 del tratado.

A diferencia de otros tratados de paz, el Tratado General de Paz entre El Salvador y Honduras no contiene cláusulas de carácter militar dado que el acuerdo se firmó mucho tiempo después de finalizadas las hostilidades entre las partes. Y fue el resultado de largas negociaciones entre las partes que llevaron, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos, a la firma de un convenio por medio del cual sometían la cuestión a una mediación. En este aspecto ni los artículos 52 ni el artículo 75 de la CVDT resultan aplicables al caso dado que no fue un acuerdo concluido por la fuerza.

Este tratado es trascendente dado que logra solucionar las diferencias entre las partes (sometiéndolas a la decisión de la Corte Internacional de Justicia). A estos efectos fija como principio fundamental para la solución de controversias el principio del *uti possidetis iuris*; un principio característico de la tradición jurídica americana<sup>153</sup>. En este aspecto las partes utilizan normas tradicionales americanas tendientes a evitar nuevos conflictos internacionales.

El Tratado General de Paz es un instrumento que se adecúa a las disposiciones del derecho de los tratados y cumple acabadamente con las funciones previstas para los tratados de paz dado que además de poner fin (formalmente) a las hostilidades crea un marco adecuado de entendimiento entre las partes. En este sentido reafirma las obligaciones de las partes en materia de abstención de

<sup>153</sup> Ver: CIJ, Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras; Nicaragua intervening), Judgmente, *I.C.J. Reports 1992*, p. 351, p. 386, párrafos 40-43.

la amenaza o el uso de la fuerza y solución pacífica de controversias. Asimismo, fija un marco de actuación en materia de derechos humanos, tiende a fortalecer las relaciones económicas y diplomáticas.

### **III.1.2. TRATADO DE PAZ ENTRE EL ESTADO DE ISRAEL Y EL REINO HACHEMITA DE JORDANIA (1994)**

#### *III.1.2.1. ANTECEDENTES*

La adopción del Tratado de Paz entre el Estado de Israel y el Reino Hachemita de Jordania se enmarca en el contexto más general de la Cuestión del Oriente Medio. Esta refiere al enfrentamiento que mantiene Israel y sus vecinos árabes y cuyos orígenes se pueden encontrar en la propia formación del Estado de Israel en 1948.

Las relaciones entre árabes e israelíes siempre fueron tensas; no obstante durante el año 1967 las hostilidades en la zona escalaron y desembocaron en un conflicto armado internacional que enfrentó a Israel, por un lado, y a la República Árabe Unida (Egipto), Jordania y Siria, por el otro lado. Se lo denominó como la Guerra de los Seis Días, dado que los enfrentamientos tuvieron lugar entre el 5 y el 10 de junio de 1967. Existe un gran debate académico acerca de cuáles fueron las causas directas que provocaron la conflagración.

Las tensiones comenzaron cuando en mayo de 1967 el presidente egipcio, Gamal Abdel Nasser, informó a la Organización de las Naciones Unidas que retiraba el consentimiento para que la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas<sup>154</sup> estuviera en su

<sup>154</sup> En 1956, la crisis del Canal de Suez y la parálisis del Consejo de Seguridad dieron lugar a la reunión de la Primera Sesión Extraordinaria de Emergencia de la Asamblea General bajo el amparo de la resolución 377 A (V) "Unión Pro Paz". En este contexto, la Asamblea General decidió crear una fuerza militar de emergencia para asegurar el alto al fuego entre las partes involucradas; de este modo nació la Fuerza de Emergencia de Naciones Unidas (FENU).

Esta misión para el mantenimiento de la paz fue desplegada entre noviembre de 1956 y mayo de 1967. Siendo su mandato asegurar y super-

territorio. Al mismo tiempo comenzó la movilización de tropas en la frontera con Israel y anunció que se reimplantaría un bloqueo y que los buques israelíes no podrían navegar por los Estrechos del Tiran<sup>155</sup>. Esta situación, que era considerada por Israel como un *casus belli*<sup>156</sup> provocó que Israel lanzara una serie de ataques preventivos según su concepción— contra las bases militares aéreas egipcias dando así comienzo a un nuevo conflicto armado entre árabes e israelíes<sup>157</sup>.

La situación fue referida al Consejo de Seguridad tanto por la República Árabe Unida. El Consejo de Seguridad en el transcurso de los días siguientes<sup>158</sup> adoptó diversas resoluciones que tendían a lograr un cese al fuego entre las partes<sup>159</sup>.

Sin embargo, dadas las diferencias que existían en el seno del Consejo de Seguridad, los miembros fueron incapaces de lograr

visar el cese de hostilidades en la zona del Canal de Suez. Ello incluía supervisar el retiro de las tropas de Francia, Israel y el Reino Unido del territorio egipcio y detrás de las líneas de armisticio (1949). Asimismo, también tuvo como finalidad servir como fuerza de interposición entre las tropas egipcias e israelíes una vez completado el retiro de tropas de territorio egipcio. Además de ello también proveyó de supervisión imparcial al alto al fuego.

Para más información ver los documentos de la primera sesión de emergencia de la Asamblea General: A/3354. Así como los informes del Secretario General de la Organización sobre la creación de la UNEF: A/3289 y A/3302.

<sup>155</sup> GAT, MOSHE, “Nasser and the Six Day War, 5 June 1967: A premeditated Strategy or An Inexorable Drift to War?”, *Israel Affairs*, vol. 11, n° 4, 2005, pp. 608-635, p. 608; MILLER, RORY, “Frank Akién, the UN and the Six Day War, June 1967”, *Irish Studies in International Affairs*, vol. 14, 2003, pp. 57-73, p. 58.

<sup>156</sup> GAT, MOSHE, *ibid.*, p. 611.

<sup>157</sup> El conflicto armado que tuvo lugar en 1967 recibió diferente denominaciones: guerra de los seis días, guerra de junio, guerra árabe-israelí de 1967, tercera guerra árabe-israelí. Denominaciones que serán utilizadas indistintamente en la presente investigación.

<sup>158</sup> Las reuniones de este órgano se desarrollaron en primer término entre los días 5 y 14 de junio. MILLER, RORY, *op. cit.* (n. 155) p. 57.

<sup>159</sup> Ver por ejemplo: Resoluciones del Consejo de Seguridad 233 (1967); 234 (1967); 236 (1967); 237 (1967).

acuerdos que permitieran alcanzar una solución a la cuestión árabe-israelí. Como resultado de ello, la cuestión fue abordada por una sesión extraordinaria de emergencia de la Asamblea General aunque tampoco pudo adoptar una decisión que pusiera fin a las diferencias entre árabes e israelíes. El asunto, entonces, fue abordado una vez más por el Consejo de Seguridad que logró a fines de noviembre de ese año la adopción de la resolución 242 por medio de la cual se sentaban las bases para la solución del conflicto entre las partes<sup>160</sup>.

A pesar de estos esfuerzos por lograr alcanzar una solución a la cuestión árabe-israelí, los enfrentamientos continuaron, especialmente porque las diferencias en la interpretación del alcance de la resolución 242 se volvieron irreconciliables<sup>161</sup>. El 6 de octubre de 1973 Egipto y Siria lanzaron una ofensiva militar contra las fuerzas israelíes asentadas en los Altos de Golán y el Sinaí<sup>162</sup> y dieron comienzo a un nuevo conflicto armado internacional en la zona. Como resultado, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dictó la resolución 338 a través de la cual se establecía un cese al fuego y se reforzaba las soluciones adoptadas en la resolución 242 como bases para la solución del conflicto-árabe israelí dado que determinaba que las partes debían comenzar sus negociaciones teniendo en cuenta dicha resolución<sup>163</sup>.

<sup>160</sup> MC HUGO, JOHN, "Resolution 242: A Legal Reappraisal of the Right-Wing Israeli Interpretation of the Withdrawal Phrase with Reference to the Conflict Between Israel and the Palestinian", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, n° 4, 2002, pp. 851-881, pp. 851-852.

<sup>161</sup> Se consolidó una posición panárabe en contra de Israel. Esta posición requería que Israel se retirara por completo de los territorios ocupados durante la Guerra de Junio de 1967. Cfme. LUCKACS, YEHUDA, *Israel, Jordan and the Peace Process*, Syracuse, Syracuse University Press, 1999, p. 97.

<sup>162</sup> QUANDT, WILLIAM B., *Peace Process: American Diplomacy and the Arab-Israeli Conflict since 1967*, 3° ed., Berkeley, California, Brooking Institution Press, 2010, p. 102-103.

<sup>163</sup> ROSTOW, EUGENE V., "The Drafting of Security Council Resolution 242: The Role of the Non-Regional Actors", *International Law and Politics*, vol. 25, 1992-1993, pp. 489-503, p. 489.

A finales de la década de 1970, Estados Unidos auspició una serie de conversaciones de paz que culminaron en la firma de un tratado de paz entre Egipto e Israel. Esto propició que las conversaciones de paz con los demás países árabes continuaran. A comienzos de la década de 1990 se llevaron adelante las conversaciones de paz de Madrid. En 1993 de nuevo en Estados Unidos se firmaron los Acuerdos de Oslo, por medio de los cuales la Organización para la Liberación Palestina y el Estado de Israel se reconocían mutuamente. En esta ocasión fue invitado el Reino de Jordania y comenzaron las negociaciones que llevaron a que el 26 de octubre de 1994 se firmara el tratado de paz con Israel.

### III.1.2.2. PRINCIPALES ESTIPULACIONES

El tratado de paz<sup>164</sup> fue celebrado por el Estado de Israel y el Reino de Jordania el 26 de octubre de 1994. Este documento entró en vigor el 10 de noviembre de 1994 con el intercambio de los instrumentos de ratificación entre las partes<sup>165</sup>.

El tratado contiene un preámbulo y 30 artículos que regulan materias diversas tendientes a establecer el régimen jurídico de las relaciones entre las partes.

El *preámbulo* de este tratado señala que el objetivo principal del documento es establecer los términos de la paz entre ambas partes. A estos efectos se señala que las bases del acuerdo entre ambos Estados lo constituyen la Declaración de Washington de 25 de julio de 1994, donde las partes establecieron el cese de la beligerancia entre ellas, así como también las resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad en la cuestión del Oriente Medio 242 y 338 que establecen las bases generales sobre las que debe negociarse la paz entre árabes e israelíes. Finalmente se menciona la Carta de las Naciones Unidas ya que de este instrumento dimanarían derechos y obligaciones para las partes de convivir en paz en-

<sup>164</sup> UNTC, 2042, I-35325, p. 351.

<sup>165</sup> UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. Información del Tratado. [último acceso: 23/6/2019] [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028009bc5b&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028009bc5b&clang=_en)

tre ellas y con terceros Estados. En este aspecto resaltan que la convivencia pacífica debe hacerse dentro de *fronteras seguras y reconocidas* tomando la terminología presente en las resoluciones 242 y 338 del Consejo de Seguridad.

En el preámbulo también se señala que el mantenimiento y el reforzamiento de la paz son fundamentales para la libertad, igualdad y el respeto de los derechos humanos. A estos efectos se indica que es deseable desarrollar relaciones de amistad y cooperaciones basadas en los principios de derecho internacional así como asegurar una seguridad duradera evitando la amenaza y el uso de la fuerza entre las partes.

En relación con las *cláusulas territoriales* el tratado contiene un artículo específico sobre esta materia. El artículo 3 establece la delimitación de las fronteras entre ambos Estados. Esta disposición aborda diferentes cuestiones ya que establece tanto la delimitación territorial como marítima y fluvial de ambos Estados.

A estos efectos se establece un principio general que se toma de las resoluciones del Consejo de Seguridad 242 y 338 que se refiere al establecimiento de una frontera internacional permanente, segura y reconocida entre los Estados. Esto significa las disposiciones de este acuerdo funcionan como un tratado de límites entre ambos Estados, una vez demarcadas estas fronteras se vuelven estables y solo podrán ser modificadas a través de otro acuerdo internacional entre el Estado de Israel y el Reino de Jordania. Además significa que el Reino de Jordania reconoce a Israel como un Estado y que en pie de igualdad negocian los límites entre los Estados. Como consecuencia de ello, reconocen que el territorio de ambos Estados es inviolable. Asimismo supone que ambos Estados realizaran todo lo posible para mantenerlas seguras.

Fijados los principios generales las partes deciden que la delimitación territorial se realiza conforme al principio del *uti possidetis iuris* ya que se respetan las fronteras establecidas en el Mandato de Palestina tal como lo establece el anexo I (a) del tratado.

El tratado de paz entre Israel y Jordania contiene numerosas *cláusulas políticas*. La primera de ellas supone el establecimiento

de la paz entre las partes, la cual será efectiva desde el intercambio de los instrumentos<sup>166</sup>.

En segundo lugar se dispone que en las relaciones mutuas de las partes se aplicarán las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas como así también los principios de derecho internacional. En particular se establecen los siguientes principios: a) Reconocimiento y respeto mutuo de la soberanía estatal, la integridad territorial y la independencia política; b) El reconocimiento y respeto del derecho del otro Estado de vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas; c) Desarrollo de relaciones de cooperación con el objetivo de asegurar una seguridad estable como consecuencia se abstendrán de utilizar la amenaza o el uso de la fuerza contra el otro y resolverán sus controversias por medios pacíficos; d) Reconocimiento y respeto de la soberanía estatal, la integridad territorial y la independencia política de todos los Estados de la región; e) Respeto y reconocimiento del desarrollo personal y la dignidad como pilares de las relaciones regionales y bilaterales<sup>167</sup>. En este artículo las partes vuelven a reconocer normas fundamentales de la comunidad internacional (v.g. abstención de la amenaza y el uso de la fuerza; solución pacífica de controversias) así como principios reconocidos en las resoluciones del Consejo de Seguridad que plantean las bases para la solución del conflicto árabe-israelí (v.g. reconocimiento mutuo de los Estados y su derecho a vivir en paz).

En tercer lugar Israel y Jordania consienten iniciar las relaciones diplomáticas y consulares<sup>168</sup>.

También se prevé que con posterioridad dichas relaciones incluirán también las relaciones económicas y culturales<sup>169</sup>. Con el objetivo de remover los prejuicios desarrollados durante los períodos de conflicto, el artículo 11 prevé que las partes buscarán pro-

<sup>166</sup> Artículo 1.

<sup>167</sup> Artículo 2.

<sup>168</sup> Artículo 3, párrafo 1.

<sup>169</sup> Artículo 3, párrafo 2.

mover el entendimiento mutuo y la tolerancia basado en valores históricos comunes; para ello se comprometen a abstenerse de realizar propaganda hostil o discriminatoria y consecuentemente adoptar las medidas pertinentes para evitar la diseminación de propaganda de ese tipo por particulares u organizaciones ubicadas en el territorio de cada parte. Asimismo, todas las publicaciones gubernamentales deberán abstenerse de realizar esa clase de expresiones.

En cuarto lugar, el tratado establece pautas para el tratamiento de la cuestión de los refugiados y las personas desplazadas. En primer lugar tanto Israel como Jordania se comprometen a tratar de aliviar el sufrimiento de estas personas a un nivel bilateral<sup>170</sup>. Sin embargo, señalan que el problema solo pueden resolverse a nivel multilateral por lo que se comprometen a tratar de resolverla en los foros apropiados y de conformidad con el derecho internacional<sup>171</sup>.

En quinto lugar se disponen la regulación respecto de los lugares de significancia histórica y religiosa así como las relaciones interconfesionales<sup>172</sup>. Las partes se comprometen a garantizar la libertad de acceso a los lugares de significancia histórica y religiosa. En este sentido Israel respeta el rol especial del Reino Hachemita de Jordania en los santuarios sagrados musulmanas en Jerusalén; de modo que cuando las negociaciones sobre el estatus permanente de la ciudad tengan lugar Israel se compromete a darle gran prioridad al rol histórico de Jordania en estos santuarios.

En sexto lugar se dispone que los Estrechos de Tirán y el Golfo de Aqaba son aguas internacionales abiertas a todas las naciones; estas gozarán del derecho de libre navegación y sobrevuelo, los que no podrán ser suspendidos. Del mismo modo se reconoce el derecho de cada parte de navegar y sobrevolar estos espacios<sup>173</sup>.

<sup>170</sup> Artículo 8, párrafo 1.

<sup>171</sup> Artículo 8, párrafo 2.

<sup>172</sup> Artículo 9.

<sup>173</sup> Artículo 14, párrafo 3.

El Tratado de Paz contiene el artículo 4 que puede ser clasificado como una *cláusula de carácter militar* ya que dispone cuestiones tendientes a regular la cuestión de la seguridad de los Estados. En este dispositivo los Estados se comprometen a cooperar en cuestiones relacionadas con la seguridad dado que esta constituye gran parte de su relación.

Las partes declaran que las obligaciones que asuman en materia de seguridad no impedirán el ejercicio del derecho de legítima defensa consagrado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Asimismo asumen el compromiso de abstenerse de la amenaza o el uso de armas de cualquier tipo o de otras acciones que puedan poner en peligro la seguridad del otro Estado. Además se abstendrán de organizar, incitar, instigar, asistir o participar en actos o amenazas de beligerancia, hostilidad, subversión o violencia contra la otra parte; asumen también el compromiso de evitar que esta clase de actos se originen en su territorio.

Para asegurar que los esfuerzos por construir la seguridad regional así como evitar y prevenir agresiones y violencia las partes se abstendrán en un futuro de unirse o de cualquier manera asistir, promover o cooperar con coaliciones o alianzas militares o de seguridad que persigan iniciar agresiones u otros actos militares hostiles contra la otra parte. También se abstendrán de autorizar el ingreso, el estacionamiento o la operación en su territorio de fuerzas militares, personal o materiales de un tercer Estado que pueda poner en peligro la seguridad de la otra parte.

Asimismo las partes se comprometen a cooperar para combatir el terrorismo.

En relación con las *cláusulas económicas, financieras y comerciales* el Tratado de Paz entre Israel y Jordania establece en el artículo 7 que las partes reafirman su compromiso de promover entre ellas la cooperación económica así como en el marco de una cooperación económica regional más amplia<sup>174</sup>.

<sup>174</sup> Artículo 7, párrafo 1.

El Tratado de Paz también establece que el compromiso de los Estados de cooperar en diversas materias y por ende dispone la obligación de las partes de negociar un acuerdo que regule dicha cooperación. Las materias en las que las partes han decidido cooperar son el turismo<sup>175</sup>, ambiente<sup>176</sup>, energía<sup>177</sup>, salud<sup>178</sup>, agricultura<sup>179</sup>.

A los fines de mejorar sus relaciones los Estados también disponen medidas para mejorar sus comunicaciones y los sistemas de transporte. En materia de comunicaciones prevén establecer comunicación inalámbrica y por cable, así como servicios de televisión por cable radio y satélite; a estos efectos se comprometen a negociar los acuerdos pertinentes. Por otro lado manifiestan la entrada en vigor de los acuerdos postales<sup>180</sup>.

El acuerdo entre Jordania e Israel contiene diversas *cláusulas finales y formales* orientadas a establecer pautas que faciliten la aplicación del acuerdo. Así se prevé que el acuerdo no afecta ni puede ser interpretado en el sentido de afectar los derechos y las obligaciones de las partes en relación con la Carta de las Naciones Unidas<sup>181</sup>. Del mismo modo las partes declaran que no existen otras obligaciones convencionales incompatibles con el Tratado de Paz<sup>182</sup> y se obligan a llevar adelante todas las obligaciones que surgen de otros tratados multilaterales de los cuales son partes<sup>183</sup>. Asimismo se comprometen a eliminar las referencias prerrogativas a la otra parte de todos los convenios multilaterales de los que son parte<sup>184</sup>.

<sup>175</sup> Artículo 17.

<sup>176</sup> Artículo 18.

<sup>177</sup> Artículo 19.

<sup>178</sup> Artículo 21.

<sup>179</sup> Artículo 22.

<sup>180</sup> Artículo 16.

<sup>181</sup> Artículo 25, párrafo 1.

<sup>182</sup> Artículo 25, párrafo 2.

<sup>183</sup> Artículo 25, párrafo 3.

<sup>184</sup> Artículo 25, párrafo 4.

Además asumen la obligación de no asumir compromisos contrarios a las estipulaciones del Tratado de Paz<sup>185</sup> y acuerdan que en caso de existir conflicto entre otro tratado y el Tratado de Paz prevalecerá este último sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>186</sup>.

Israel y Jordania también se comprometen a que, en un plazo de tres meses contados desde el intercambio de los instrumentos de ratificación del tratado, adoptarán la legislación necesaria para implementar el tratado así como también a eliminar aquella legislación interna y terminar aquellos compromisos internacionales que sean inconsistentes con el Tratado de Paz<sup>187</sup>.

El artículo 27 prevé que producida la ratificación (de conformidad con los respectivos procedimientos nacionales), el intercambio de los documentos de ratificación provocará la entrada en vigor del documento. Además establece que todos los anexos y apéndices constituyen parte integral del tratado.

Por su parte el artículo 29 establece que todas las diferencias que surjan con relación a la aplicación o interpretación del convenio deberán ser resueltas a través de negociaciones directas. En caso de que no pudiesen ser solucionadas deberán ser sometidas a un procedimiento conciliatorio o a un arbitraje.

Finalmente, el artículo 30 dispone que el tratado deberá ser registrado ante el Secretario General de las Naciones Unidas.

### *III.1.2.3. APRECIACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO*

El Tratado de Paz entre el Reino Hachemita de Jordania y el Estado de Israel constituye un acuerdo internacional que reúne las características de un tratado de paz dado que formaliza el cese del estado de guerra entre las partes (artículo 1) y además establece la estructura adecuada para fortalecer la paz entre la partes.

<sup>185</sup> Artículo 25, párrafo 5.

<sup>186</sup> Artículo 25, párrafo 6.

<sup>187</sup> Artículo 26.

Este acuerdo internacional recoge el principio del *uti possidetis iuris* para la resolución de controversias en materia territorial. De esta manera se refleja la trascendencia que el respeto de las fronteras derivadas de los procesos de descolonización tiene para resolver las controversias limítrofes en Estados que han surgido como consecuencia de un proceso de descolonización.

El Tratado de Paz entre Jordania e Israel contiene un cúmulo de disposiciones tendientes a crear la estructura jurídica necesaria para el desarrollo de las relaciones de amistad entre las partes. Siendo estas consideradas como esenciales para lograr la estabilidad de la región y para construir una paz duradera y estable.

En este aspecto el tratado diseña un régimen de seguridad dado que la cooperación en esta materia es esencial para el mantenimiento de la paz regional. De este modo se reafirman las obligaciones estatales en relación con la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza. Una particularidad de este tratado es que es el único de los acuerdos analizados que hace referencia expresa al derecho de legítima defensa. Asimismo también es el único documento que hace referencia a la prevención del terrorismo. Este tratado no queda alcanzado por las disposiciones del artículo 52 ni del artículo 75 de la Convención de Viena. Ello debido a que es un tratado que se firmó tiempo después de que hubieran finalizado las hostilidades entre las partes y además es el resultado de un proceso de cooperación que había empezado con anterioridad entre las partes.

### **III.1.3. LOS ACUERDOS DE DAYTON (1995)**

#### *III.1.3.1. ANTECEDENTES*

La guerra bosnia se desarrolló entre 1992 y 1995. Sus causas son complejas y se encuentran entrelazadas con la desintegración de la República Federal de Yugoslavia que había comenzado a finales del año 1990 cuando Eslovenia y Croacia declararon que la legislación federal yugoslava no se aplicaba más en sus territorios. La intransigencia serbia para aceptar la introducción de cambios en la legislación constitucional llevó a que el 25 de junio de 1991 tanto Eslovenia como Croacia se separarán de la República Fede-

ral de Yugoslavia<sup>188</sup>. A fines de 1991, Eslovenia y Croacia fueron reconocidos como Estados por la Comunidad Europea<sup>189</sup>.

Estos hechos, sumados a la diversidad étnica de Bosnia-Herzegovina, provocaron que la apertura de las hostilidades en este Estado fuera inminente<sup>190</sup>. El 20 de diciembre de 1991 Bosnia-Herzegovina solicitó a la Comunidad Europea el reconocimiento como un Estado independiente pero el pedido fue denegado dado a la incertidumbre que existía respecto del comportamiento que la población serbia adoptaría en Bosnia-Herzegovina. El 1 de marzo de 1992 se llevó adelante un referéndum con el objetivo de que la población se expresase sobre la cuestión; la mayoría de la población se manifestó a favor de la independencia. En consecuencia Bosnia-Herzegovina fue reconocida como un Estado independiente por la Comunidad Europea el 6 de abril de 1992 y al día siguiente por las Naciones Unidas<sup>191</sup>.

Sin embargo desde marzo un estado de violencia generalizado había comenzado en Bosnia-Herzegovina configurando un estado de guerra. Los enfrentamientos se daban entre los residentes serbio-bosnios (apoyados por las fuerzas de la República Federal de Yugoslavia) y las fuerzas armadas del nuevo Estado<sup>192</sup>. Esto provocó que para 1994 controlaran la mayor parte del territorio de Bosnia-Herzegovina. En el verano boreal de 1995 la situación comenzó a cambiar cuando tropas croatas comenzaron a apoyar a las fuerza bosnio-herzegovinas logrando recuperar parte del territorio<sup>193</sup>. Ello sumado a los ataques terrestres y aéreos a cargo de las fuerzas internacionales de la Organización del Tratado del Atlántico Norte y las Naciones Unidas dieron lugar a que en septiembre de 1995

<sup>188</sup> WEISBURD, MARK, "The Empitiness of the Concept of *Jus Cogens*, as Illustrated by the War in Bosni- Herzegovina", *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 1995, pp. 1-51, p. 2.

<sup>189</sup> WEISBURD, MARK, *ibid.*, p. 3.

<sup>190</sup> WEISBURD, MARK, *ibid.*, p. 4-5.

<sup>191</sup> WEISBURD, MARK, *ibid.*, p. 5.

<sup>192</sup> WEISBURD, MARK, *ibid.*, p. 5-6.

<sup>193</sup> WEISBURD, MARK, *ibid.*, p. 6.

las fuerzas serbio-bosnias retiraran la artillería pesada de la zona de Sarajevo y que en octubre se acordara el alto al fuego<sup>194</sup>.

Con el acuerdo de alto al fuego comenzaron las conversaciones de paz que desembocarían en la firma de los acuerdos de Dayton<sup>195</sup>.

Los Acuerdos de Dayton por ende constituyen la serie de tratados internacionales que se adoptaron<sup>196</sup> con el fin de lograr el fin de la Guerra de Bosnia. Comprenden el Acuerdo sobre el Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina, doce anexos y el Acuerdo de Inicialización que se encuentra referido a la forma de celebración y entrada en vigor de los demás acuerdos internacionales<sup>197</sup>.

### III.1.3.2. PRINCIPALES ESTIPULACIONES

El Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina consta de un preámbulo y 11 artículos.

El *preámbulo* del Acuerdo Marco señala que el objetivo del tratado es poner fin al conflicto armado y contribuir a la paz y a la estabilidad de la región. A estos efectos se prevé la necesidad de elaborar un arreglo amplio entre las partes (dentro de las que se incluye a la República de Sprska).

La base de este Acuerdo se encuentra en otros documentos internacionales previos: los Principios Básicos Acordados de 8 de

<sup>194</sup> WEISBURD, MARK, *op. cit.* (n. 188), p. 9.

<sup>195</sup> WEISBURD, MARK, *idem.*

<sup>196</sup> La adopción de los acuerdos de Dayton fue compleja dadas las propias características de la guerra. Existieron dos ceremonias diferentes, la primera el 21 de noviembre de 1995 en donde se adoptó el Acuerdo de Inicialización, que entró inmediatamente en vigor. Mientras que los demás acuerdos y anexos se adoptaron en una ceremonia en París el 14 de diciembre de 1995.

Anthony Aust, (*op. cit.* (n. 19), p. 101) señala que el consentimiento de los Estados se manifestó por medio de la inicialización de los acuerdos de Dayton y la firma del Acuerdo de Inicialización. Por lo que considera que la ceremonia de París tuvo un significado político y sirvió para lograr que los demás acuerdos entraran en vigor.

<sup>197</sup> GAETA, PAOLA, "The Dayton Agreements and International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 7, n° 2, 1996, pp. 147-163, p. 147.

septiembre de 1995; los Nuevos Principios Básicos Acordados de 26 de septiembre de 1995; y los acuerdos de cesación del fuego del 14 de septiembre y 5 de octubre de 1995.

Las *cláusulas territoriales* solo se encuentran contenidas un artículo, el III, donde las partes disponen que aceptan las disposiciones relativas a la demarcación de fronteras entre Bosnia y Herzegovina y la República Srpska, que se encuentran en el Anexo 2 del acuerdo. Este anexo prevé que la delimitación entre ambas entidades es la prevista en el en el mapa del apéndice<sup>198</sup>; la frontera así definida es definitiva<sup>199</sup>.

En la zona del Brcko se dispone la celebración de un arbitraje dado que se trata de una zona disputada<sup>200</sup>. Finalmente el Anexo 2 dispone que cuando la frontera siga el curso de un río se verá afectada por cambios naturales (acrecimiento o erosión) dado que los seguirá. En cambio cuando estos sean repentinos (avulsión o apertura de un nuevo lecho) las partes deberán ponerse de acuerdo sobre el trazado de la frontera. Los cambios artificiales, que deben ser autorizados, no afectan el trazado salvo acuerdo en contrario<sup>201</sup>.

El Acuerdo Marco de Paz prevé *cláusulas de carácter militar* dado que el artículo II recoge las disposiciones de los anexos 1-A y 1-B. En el primer anexo se establece el compromiso de la partes por restablecer las condiciones de vida normales en la región para lo cual autorizan el establecimiento de una fuerza militar de implementación del acuerdo de paz (IFOR)<sup>202</sup>. Con ello se persigue el cese definitivo de las hostilidades por lo que las partes además se comprometen a abstenerse a usar la amenaza o el uso de la

<sup>198</sup> Artículo I.

<sup>199</sup> Artículo IV.

<sup>200</sup> Artículo V.

<sup>201</sup> Artículo III.

<sup>202</sup> La IFOR se desplegó el 20 de diciembre de 1995 con un mandato de un año, hasta que fue reemplazada por la SFOR, en virtud de la resolución 1088 del Consejo de Seguridad, con las mismas funciones descritas en el Anexo 1-A del Acuerdo.

fuerza contra otra entidad y también a respetar la soberanía y la integridad territorial de Bosnia y Herzegovina<sup>203</sup>.

A fines de alcanzar estos objetivos el artículo II establece la cesación de las hostilidades. Las partes se comprometen a respetar el cese al fuego que se inició con el acuerdo de 5 de octubre de 1995 y se abstienen de realizar operaciones ofensivas. Salvo las fuerzas militares internacionales, las demás fuerzas armadas extranjeras deben retirarse del territorio de Bosnia y Herzegovina<sup>204</sup>.

Asimismo se prevé el redespiegue de las fuerzas armadas de las partes a ambos lados de la línea de separación fijada en el mismo anexo. En esta zona solo se permitirá la presencia de la fuerza internacional para la implementación del acuerdo de paz.

A la fuerza internacional para la implementación del acuerdo de paz se le acuerdan entre otras, facultades de supervisión y cumplimiento de lo dispuesto en el anexo; la supervisión la señalización de la línea de cese al fuego y la zona de separación; facultades de enlace entre las autoridades de las diferentes partes. Deberá ayudar a crear condiciones seguras para lograr que se realicen otras actividades relacionadas con el arreglo de paz; así como colaborar con las organizaciones internacionales.

En el anexo también se prevé el intercambio de prisioneros ya sean combatientes o civiles. A estos efectos las partes cooperarán con el Comité Internacional de Cruz Roja. Asimismo las partes se comprometen a cooperar con las entidades encargadas de la aplicación del acuerdo de paz y con todas las que hayan recibido autorización del Consejo de Seguridad incluyendo el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

El anexo I-B se titula Acuerdos de Estabilización Regional. A través de estos acuerdos se busca establecer medidas progresivas que promuevan la estabilidad regional y el control de armamentos

<sup>203</sup> Anexo 1-A, artículo I.

<sup>204</sup> Anexo 1-A, artículo III.

<sup>205</sup> Artículo I.

con el objetivo de instaurar una paz estable en la región. Para ello se busca establecer acuerdos para reducir el armamento presente en la región. En este mismo sentido se busca establecer el control de armamentos a nivel regional.

La mayoría de las disposiciones del Acuerdo Marco pueden ser clasificadas como *cláusulas políticas*. En este aspecto en primer lugar se establecen los principios que van a regir las relaciones entre las partes. Así se destacan los enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, el Acta de Helsinki, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, entre otros documentos. De este modo se destacan los principios de igualdad soberana, la solución pacífica de controversias y el de la abstención de amenaza y el uso de la fuerza<sup>205</sup>.

Otra cláusula política de importancia es el reconocimiento mutuo que la República Federativa de Yugoslavia y la República de Bosnia y Herzegovina como Estados independientes<sup>206</sup>.

Asimismo el artículo IX dispone que las partes cooperen con las entidades participantes en la aplicación del acuerdo de paz a los fines de hacer efectiva la obligación de cooperar en la investigación de los crímenes de guerra y otras violaciones del derecho internacional humanitario y el enjuiciamiento de los responsables. En este caso debe tenerse en cuenta que para ese entonces ya había sido creado el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>207</sup>.

Por su parte el artículo V señala que las partes hacen suyo el anexo 4 que contiene las disposiciones referidas a la Constitución de Bosnia y Herzegovina.

<sup>206</sup> Artículo X.

<sup>207</sup> El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia fue establecido por la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad con el objetivo de enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

Los artículos VI y VII son las disposiciones relativas a los derechos humanos. En primer lugar el Acuerdo Marco establece que las partes se comprometen a cumplir con lo estipulado en el anexo 5 destinadas a establecer el tribunal de arbitraje<sup>208</sup>. Así como lo establecido en el anexo 6 para la creación de una Comisión de Derechos Humanos<sup>209</sup>, en el anexo 7 para el establecimiento de una Comisión para las Personas Desplazadas y los Refugiados<sup>210</sup> y

<sup>208</sup> El anexo 5 dispone que tanto la República de Sprska y la República de Bosnia y Herzegovina se comprometen a cumplir con el sometimiento a un tribunal arbitral de todas las controversias que surgieren entre las partes.

<sup>209</sup> La Comisión de Derechos Humanos se encuentra prevista en el capítulo II del anexo 6 titulado Acuerdo de Derechos Humanos. Este organismo tendrá a su cargo recibir denuncias de violaciones a los derechos humanos contenidos en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos como sus Protocolos; así como denuncias de discriminación que surjan en el ejercicio de los derechos y libertades que se enuncian en los acuerdos enumerados en el apéndice al anexo VI.

La Comisión de Derechos Humanos estará compuesta por la oficina del Ombudsman y por la Cámara de Derechos Humanos.

El Ombudsman tiene a su cargo la investigación de las denuncias que se reciban en la Comisión en relación con las violaciones contenidas en el párrafo 1 del artículo II; por ende cuenta con la facultad para determinar qué denuncias justifican una investigación y en qué orden se investigan. Una vez finalizada la investigación publicará sus conclusiones y en el caso de que se determina la comisión de una violación, la parte responsable deberá indicar cómo cumplirá con las conclusiones del Ombudsman.

La Cámara de Derechos humanos será competente para entender en el caso de las violaciones contenidas en el párrafo 2 del artículo II. A estos efectos la Cámara decidirá que demandas aceptará y en qué orden. En un primer momento la Cámara buscará facilitar el arreglo amistoso de la cuestión. De lo contrario se sustanciará un proceso contencioso (cuyo reglamento habrá fijado la Cámara). Las decisiones de la Cámara deberán ser adoptadas por mayoría y encontrarse fundadas en derecho. Estas decisiones son vinculantes para las partes.

<sup>210</sup> La Comisión para las personas desplazadas y los refugiados que tendrá a su cargo decidir aquellas reclamaciones sobre bienes inmuebles en Bosnia y Herzegovina que no se hayan vendido voluntariamente o tras-

en el anexo 8 para la creación de una Comisión de Preservación de los Monumentos Nacionales<sup>211</sup>.

Mientras que en segundo lugar las partes se comprometen a respetar las disposiciones del capítulo 1 del anexo 6 y del capítulo 1 del anexo 7 dado que la protección de los derechos humanos son fundamentales para alcanzar una paz estable y duradera. En el capítulo 1 del anexo 6 se establece la obligación de las partes de reconocer y garantizar los derechos humanos recogidos en diversos instrumentos internacionales, particularmente en la Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y sus Protocolos así como los instrumentos enumerados en el anexo<sup>212</sup>. Asimismo se realiza una enumera-

pasado de otro modo desde el 1° de abril de 1992 y el reclamante no tenga posesión actual de dichos bienes; con el objetivo de que el bien sea devuelto o se pague una indemnización en lugar de la devolución. Una vez recibida la reclamación la Comisión deberá proceder a determinar el propietario legítimo de los bienes objeto de reclamación y el valor de esos bienes. A estos efectos no se reconocerá como válida ninguna transacción ilegal de bienes.

Determinado el propietario legítimo le será devuelto el bien o bien abonada la indemnización. En todos los casos la Comisión contará con las facultades para realizar las transacciones necesarias para lograr la asignación del bien.

Las decisiones adoptadas por la Comisión son definitivas y los títulos creados u otorgados por la comisión serán legítimos en toda Bosnia y Herzegovina.

<sup>211</sup> La Comisión de Preservación de los Monumentos Nacionales tendrá a su cargo decidir sobre las peticiones para la designación de bienes de importancia cultural, histórica, religiosa o étnica como Monumentos Nacionales. Esta petición podrá ser realizada por cualquier persona siempre que se reúnan los requisitos previstos en el artículo V, párrafo 1 del anexo 8. Esta petición será trasladada a las personas o entidades interesadas.

Durante el plazo de un año contado desde la presentación de la petición o con anterioridad a la adopción de la decisión no se pueden adoptar medidas que puedan causar daños a los bienes.

La decisión será fundada y se adoptará por mayoría. La decisión así adoptada será definitiva.

<sup>212</sup> Estos acuerdos son: la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, los 4 Convenios de Ginebra y sus protocolos adi-

ción de los derechos y libertades protegidos. Entre ellos se incluyen: el derecho a la vida; la prohibición de la tortura; la prohibición de la esclavitud; el derecho a la libertad; el derecho a un proceso justo; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de expresión; libertad de reunión; derecho a la educación; derecho a la propiedad. Finalmente se menciona a la no discriminación como la base del ejercicio de todos los derechos.

El capítulo 1 del anexo VII recoge los derechos de las personas refugiadas y desplazadas. Así en primer lugar se reconoce el derecho de las personas de retornar libremente a sus hogares; así como el derecho a que se les restituyan los bienes de los que hubieren sido privados durante las hostilidades de 1991 o que se les pague una indemnización en caso de que no puedan ser restituidos. Este regreso debe hacerse en condiciones de seguridad que serán garantizadas por las partes; estas acciones incluirán asegurar a las personas que retornen que no sean discriminadas ni perseguidas así como impedir que se realicen actividades que puedan obstaculizar el regreso de las partes. En este contexto adoptarán todas las medidas pertinentes para garantizar el regreso seguro de refugiados y desplazados.

Asimismo las partes se obligan a crear las condiciones políticas, económicas y sociales necesarias para que los refugiados y desplazados puedan retornar a sus hogares. Estas medidas no deben indicar preferencia por ningún grupo determinado. Las partes asimismo cooperarán con las organizaciones internacionales para

cionales de 1977; la Convención sobre la mujer casada; Convención sobre el estatuto del refugiado y su protocolo adicional de 1966; Convención para reducir los casos de apatridia; la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial; los pactos de Nueva York y sus protocolos adicionales de 1966 y 1989; la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención de Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares; la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias y la Convención Marco sobre la Protección de Minorías Nacionales.

que puedan realizar su labor de asistencia de personas refugiadas y desplazadas.

Se prevé que las partes facilitarán la prestación de asistencia para la repatriación de refugiados y desplazados para que puedan regresar a sus hogares de forma que puedan reorganizar sus vidas y sus medios de vida en sus comunidades locales. También se prevé que todo refugiado o desplazado que regrese y que haya sido acusado de un delito común o un delito no grave del derecho internacional humanitario gozará de una amnistía.

Finalmente el artículo VIII prevé que las partes se comprometen a cumplir con los compromisos asumidos en relación con las disposiciones relativas a la aplicación del acuerdo paz en el plano civil (anexo 10) así como las de la fuerza internacional de policía (anexo 11). El anexo 10 establece el nombramiento de un Alto Representante que deberá hacerse cargo de coordinar los esfuerzos necesarios para lograr la plena aplicación de los acuerdos de paz en su aspecto civil. Estos esfuerzos se orientan entre otras actividades a continuar con la asistencia humanitaria, la promoción de los derechos humanos, la rehabilitación de la infraestructura y la reconstrucción económica, la celebración de elecciones libres.

El anexo 11 establece la Fuerza Internacional de Policía que tiene por misión ayudar a que los organismos civiles encargados de hacer cumplir la ley en Bosnia y Herzegovina actúen de conformidad con las normas internacionales, respeten los derechos humanos y adopten las demás medidas necesarias para alcanzar un entorno seguro para las personas. Esta fuerza será independiente y sus actividades serán coordinadas por el Alto Representante.

En cuanto a las *cláusulas formales y finales* el Acuerdo Marco establece que el tratado entrará en vigor cuando haya sido firmado, esto es el 21 de noviembre de 1995.

### III. 1.3.3. APRECIACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Los acuerdos de Dayton constituyen un entramado complejo de acuerdos internacionales diseñados para restablecer la paz en la zona de conflicto y una vez restablecida lograr que esta sea esta-

ble y duradera. El tratado de paz propiamente dicho es el Acuerdo sobre el Marco General de Paz, ya que es el documento que contiene las cláusulas relativas al fin del conflicto armado (artículo II). El resto de disposiciones de este documento se relacionan con el diseño de la estructura para garantizar la paz.

En materia territorial las partes no utilizan el principio del *uti possidetis iuris* sino que establecen una comisión que es la que tiene la que determinar la delimitación entre los Estados. A estos efectos debe elaborar la documentación pertinente que es la que prevalece en caso de diferencias con la realidad en el terreno.

Dadas las características del conflicto armado los acuerdos de Dayton contienen numerosas normas destinadas a lograr la conformación de la estructura institucional pertinente para la conformación de un gobierno en Bosnia y Herzegovina que tenga la capacidad de controlar el territorio, proveer la seguridad adecuada para los habitantes y garantizar los derechos humanos de las personas que habitan en su territorio.

Estos acuerdos además prevén la presencia de contingentes militares internacionales para garantizar el efectivo cese de las hostilidades entre las partes y de este modo lograr la estabilización de la región. Con ello se busca poder crear las condiciones necesarias para mejorar la calidad de vida de los habitantes garantizando un ambiente seguro.

En este último aspecto los acuerdos de Dayton marcan la importancia de la cooperación internacional en las operaciones de mantenimiento, restablecimiento y reconstrucción de la paz. No solo se destaca la presencia y el trabajo de organizaciones humanitarias (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados o el Comité Internacional de la Cruz Roja) sino también la de los representantes de organizaciones como la ONU o la Organización para la Cooperación y Seguridad en Europa.

Estos acuerdos también demuestran la importancia del rol de las organizaciones internacionales universales y regionales en los procesos de paz. Así como también el rol de terceros Estados en la solución de las controversias internacionales.

Justamente el auspicio internacional de los acuerdos de Dayton es lo que impide la aplicación de los artículos 52 y 75 de la CVDT.

### **III.1.4. ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DEL ESTADO DE ERITREA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA FEDERAL DEMOCRÁTICA DE ETIOPÍA (2000)**

#### *III.1.4.1. ANTECEDENTES*

La historia de Eritrea y Etiopía es compleja y se encuentra marcada por enfrentamientos que pueden rastrearse hasta comienzos de la década de 1960<sup>213</sup> <sup>214</sup>. En abril de 1993, se llevó adelante un referéndum monitoreado por la Organización de Naciones Unidas en el que la mayoría de los eritreos votó por la independencia de Eritrea; lo que fue aceptado por el gobierno etiope<sup>215</sup>.

Desde la formación del Estado eritreo y hasta 1998, Eritrea y Etiopía desarrollaron relaciones cordiales. Sin embargo, en 1998 comenzaron a escalar las tensiones entre ambos Estados; así las disputas fueron manifestándose en diversas áreas: el acceso de Etiopía a los puertos eritreos de Massawa y Asab, relaciones entre la moneda eritrea y la moneda etiope y principalmente desacuerdos en relación con frontera<sup>216</sup>. Ambos Estados no habían podido resolver formalmente la disputa sobre la demarcación de la frontera ya que la aplicación del principio del *uti possidetis iuris* dependía

<sup>213</sup> LYONS, SCOTT W., "Introductory Note to Joint Declaration of Peace and Friendship between Eritrea and Ethiopia"; *International Legal Materials*, vol. 58, n° 1, 2019, pp. 237-239, p. 237.

<sup>214</sup> Eritrea fue creada como una colonia italiana en 1890. Cuando las fuerzas británicas expulsaron a los italianos de Etiopía y Eritrea, Eritrea pasó a estar bajo la administración del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte hasta que en 1952 fue incorporada a Etiopía conforme a la resolución 390 A (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>215</sup> LYONS, TERRENCE, "The Ethiopia-Eritrea Conflict and the Search for Peace in the Horn of Africa", *Review of African Political Economy*, vol. 36, n° 120, 2009, pp. 167-180, p. 168.

<sup>216</sup> LYONS, TERRENCE, *idem*.

de la interpretación de los tratados coloniales a los que ambos Estados le asignaban un alcance diferente<sup>217</sup>.

Esto provocó que en mayo de 1998, tropas eritreas atacaran el pueblo de Badme que se encontraba en la zona fronteriza en disputa. Rápidamente declaró la guerra finalizada ya que había conseguido su objetivo de recapturar el territorio en disputa. Sin embargo, Etiopía respondió a este ataque y rápidamente estas escaramuzas se convirtieron en un conflicto armado internacional. Tras infructuosas negociaciones y un período de estancamiento, en mayo de 2000, Etiopía lanzó un ataque a gran escala que obligó a las fuerzas eritreas a replegarse a posiciones anteriores a mayo de 1998.

En junio de 2000 las partes firmaron un acuerdo de alto al fuego que permitió luego la firma del Acuerdo entre Eritrea y Etiopía. Un grupo de Estados sirvió fueron testigos de estos acuerdos, incluyendo la Organización para la unidad Africana, la Unión Europea, Argelia y los Estados Unidos<sup>218</sup>.

### III.1.4.2. PRINCIPALES ESTIPULACIONES

El tratado de paz entre Eritrea y Etiopía consta de un preámbulo y 6 artículos.

El *preámbulo* hace referencia a los documentos que permitieron su firma. Entre estos se destacan el Acuerdo Marco y las Modalidades para su Implementación de la Organización para la Unidad Africana y el Acuerdo para el Cese de las Hostilidades de 18 de junio de 2000. Asimismo señala el compromiso y el apoyo de la organización internacional regional y de las Naciones Unidas para lograr la rehabilitación y la construcción de la paz en ambos Estados así como colaborar con el regreso de las personas desplazadas.

En materia de *cláusulas territoriales* el tratado dedica el artículo 4. Esta disposición fija los principios generales para la solución

<sup>217</sup> LYONS, SCOTT W., *ibíd.*, p. 237.

<sup>218</sup> LYONS, TERRENCE, *ibíd.*, p. 168.

de las diferencias territoriales y crea una comisión, la comisión de delimitación, para que lleve adelante la tarea de delimitar y demarcar las fronteras en el terreno.

El principio del *uti possidetis iuris* es el principio de derecho internacional que rige la materia territorial. En este sentido los Estados parte reafirman la vigencia del principio proclamado por la resolución 16 (1) de la Organización para la Unidad Africana en 1964<sup>219</sup> y consecuentemente sostienen que debe ser utilizado para la delimitación fronteriza utilizando los tratados coloniales de 1900, 1902 y 1908 así como el derecho internacional aplicable<sup>220</sup>.

A estos efectos el acuerdo entre Etiopía y Eritrea establece una comisión de límites<sup>221</sup> compuesta por 5 miembros; cada parte debía elegir a 2 comisionados<sup>222</sup>, y el quinto debía ser elegido de común acuerdo por los comisionados<sup>223</sup>. La comisión debía adoptar sus propias reglas de procedimiento<sup>224</sup>.

Las partes dentro de los 45 días de la entrada en vigencia del acuerdo debían remitir sus demandas y la prueba pertinente, que sería trasladada a la otra parte, y a la comisión una vez constituida<sup>225</sup>. Además serviría de base para que el Secretario (el Cartógrafo de las Naciones Unidas<sup>226</sup>) identifique aquellas cuestiones sobre las que no existen disputas entre las partes lo que fue transmitido tanto a la comisión como a las partes el 12 de marzo de 2001.

<sup>219</sup> Artículo 4, párrafo 1.

<sup>220</sup> Artículo 4, párrafo 2.

<sup>221</sup> Los gastos de la comisión corren por cuenta de ambos Estados en partes iguales. Aunque también puede aceptar contribuciones del Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas establecido en el párrafo 8 de la Resolución 1177 del Consejo de Seguridad de 26 de junio de 1998. (artículo 4, párrafo 17).

<sup>222</sup> Artículo 4, párrafo 4.

<sup>223</sup> El 26 de enero de 2001, dentro de los plazos previstos por el Acuerdo, las partes designaron a los comisionados, quienes eligieron a Elihu Lauterpacht como presidente, aceptando el cargo el 26 de febrero de 2001.

<sup>224</sup> Artículo 4, párrafo 5.

<sup>225</sup> Artículo 4, párrafo 8.

<sup>226</sup> Artículo 4, párrafo 7.

La comisión contaba con un plazo de 6 meses desde la primera reunión para adoptar una decisión final, que podía ser extendido a discreción de la comisión<sup>227</sup>, lo que finalmente sucedió, al considerar la comisión que el plazo otorgado no era viable<sup>228</sup>. La decisión debía ser adoptada por la mayoría de la comisión y no podía ser decidida *ex aequo et bono*<sup>229</sup>. Esta decisión sobre las fronteras era definitiva y obligatoria para las partes<sup>230</sup>; por ello debía ser comunicada tanto al Secretario General de la Organización para la Unidad Africana como al de Naciones Unidas para su publicación. Asimismo la comisión debía disponer su demarcación expedita<sup>231</sup> lo que no sucedió de esa forma debido a desacuerdos entre las partes<sup>232</sup>. Sin embargo las partes se obligaron a respetar la frontera demarcada y en consecuencia respetar la integridad territorial y la soberanía de la otra parte<sup>233</sup>.

Los primeros artículos del acuerdo entre Eritrea y Etiopía regulan las *cláusulas políticas* de este instrumento. El artículo 1 prevé que las partes deben terminar de manera definitiva las hostilidades entre ellas; y como consecuencia deben abstenerse de utilizar la amenaza y el uso de la fuerza en sus relaciones mutuas. Además se dispone que ambos Estados deben respetar e implementar completamente el Acuerdo de Cesación de Hostilidades.

El párrafo 3 del artículo 2 establece que las partes se obligan a realizar un tratamiento humano a los nacionales o a las personas de origen nacional del otro Estado.

<sup>227</sup> Artículo 4, párrafo 12.

<sup>228</sup> ERITREA-ETHIOPIA BOUNDARY COMMISSION: *Decision regarding delimitation of the border*, 13 de abril de 2002, párrafo 1.11.

<sup>229</sup> Artículo 4, párrafo 2.

<sup>230</sup> Artículo 4, párrafo 15.

<sup>231</sup> Artículo 4, párrafo 13.

<sup>232</sup> GRAY, CHRISTINE: "The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries: A Partial Award?", *European Journal of International Law*, Vol. 17, N°4 (2006), pp. 699-721, p. 707 y ss.

<sup>233</sup> Artículo 4, párrafo 15.

Finalmente, el artículo 3 prevé el establecimiento de un cuerpo imparcial de investigación (creado por la Secretaría General de la Organización para la Unidad Africana en consulta con el Secretario General de las Naciones Unidas) con el objetivo de que se determine el origen de los incidentes del 6 de mayo de 1998 o cualquier otro incidente previo que pueda haber contribuido al malentendido de las partes respecto de la frontera, incluyendo los incidentes de julio y agosto de 1997. A los efectos de esta investigación las partes deben cooperar con el cuerpo independiente.

El tratado de paz entre Etiopía y Eritrea contiene una *cláusula de carácter militar*. En este aspecto se prevé que las partes en cooperación con el Comité Internacional de la Cruz Roja deben proceder a la liberación y a la repatriación de los prisioneros de guerra de inmediato<sup>234</sup> así como de las personas detenidas como consecuencia del conflicto armado<sup>235</sup>.

Las *cláusulas económicas, comerciales y financieras* se encuentran contenidas en el artículo 5. Este artículo prevé la conformación de una comisión de reclamaciones con el objetivo de que decida por medio de un arbitraje imparcial todas las reclamaciones por pérdidas, daño o lesión que estén relacionadas con el conflicto o que sean el resultado de violaciones al derecho internacional humanitario u otras violaciones al derecho internacional. Quedan excluidas las reclamaciones relacionadas con el costo de las operaciones militares o con el uso de la fuerza –salvo que haya resultado en una violación del derecho internacional humanitario–<sup>236</sup>.

Tienen legitimación activa para presentar las reclamaciones los Estados en su nombre o en nombre de sus nacionales (sean personas físicas o jurídicas)<sup>237</sup>, así como también en nombre de personas de origen etíope o eritreo que no sean nacionales de los Estados cuando sea pertinente<sup>238</sup>. La legitimación pasiva recae sobre

<sup>234</sup> Artículo 2, párrafo 1.

<sup>235</sup> Artículo 2, párrafo 2.

<sup>236</sup> Artículo 5, párrafo 1.

<sup>237</sup> Artículo 5, párrafo 1.

<sup>238</sup> Artículo 5, párrafo 9.

los Estados (aun cuando los hechos ilícitos hubieren sido cometidos por entidades controladas por alguna de las partes)<sup>239</sup>.

Las decisiones que adopte la comisión son definitivas y vinculantes y las partes se comprometen a cumplirlas así como a satisfacer las indemnizaciones que les hubieran sido impuestas en un tiempo prudencial<sup>240</sup>. La comisión debe decidir conforme al derecho internacional; no puede hacerlo *ex aequo et bono*<sup>241</sup>.

Con relación a las *cláusulas formales y finales* el artículo 6 dispone que el acuerdo entre en vigor en la fecha de la firma del acuerdo, esto es el 12 de diciembre de 2000. Asimismo prevé que el acuerdo sea registrado ante la Secretaría General de la Naciones Unidas.

Es importante destacar que este acuerdo se complementa con la Declaración Conjunta de Paz y Amistad entre Eritrea y Etiopia de 9 de julio de 2018 por medio de la cual Etiopia acepta el acuerdo y se compromete a su implementación<sup>242</sup>. De esta manera se pone fin definitivo el conflicto.

Esta declaración consta de un preámbulo y 5 cláusulas.

En el preámbulo las partes destacan los vínculos que unen los pueblos de ambos Estados y el compromiso que tienen para poner fin al conflicto a los fines de promover un futuro mejor para ambas naciones.

A estos efectos las partes declaran que el fin del estado de guerra entre Eritrea y Etiopia. Dando lugar a una nueva era de paz y amistad<sup>243</sup>. Para ello las partes se comprometen a forjar la cooperación política, económica, social y cultural para lograr el desarrollo de sus pueblos<sup>244</sup>.

<sup>239</sup> Artículo 5, párrafo 1.

<sup>240</sup> Artículo 5, párrafo 17.

<sup>241</sup> Artículo 5, párrafo 13.

<sup>242</sup> LYONS, SCOTT W., *op. cit.* (n. 213), p. 237.

<sup>243</sup> Cláusula 1.

<sup>244</sup> Cláusula 2.

Se comprometen a reiniciar las comunicaciones, el comercio y el transporte entre ambos Estados así como las relaciones diplomáticas<sup>245</sup>.

Por otro lado se declara que se implementará la decisión de la comisión de fronteras<sup>246</sup> y que ambos Estados se comprometen a asegurar la paz regional, el desarrollo y la cooperación<sup>247</sup>.

### III.1.4.3. APRECIACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

El Acuerdo de Argel del 12 de diciembre de 2000 constituye un típico tratado de paz dado que su objetivo primordial fue poner fin a las hostilidades entre las partes (artículo 1) así como sentar las bases para alcanzar una paz estable y duradera. A pesar de ello, ni la Comisión de Reclamaciones ni la Comisión de Límites lo caracterizó como tal.

El Acuerdo de Paz entre Eritrea y Etiopía pone de manifiesto la importancia que el principio del *uti possidetis iuris* tiene para la solución de controversias territoriales particularmente en aquellos Estados que son producto del proceso de descolonización. En este sentido las partes señalan que todas las decisiones que se tomen en relación con la determinación de la frontera deben basarse en los tratados coloniales pertinentes y no podrá tomarse una decisión *ex aequo et bono*.

Es interesante señalar que este acuerdo no queda alcanzado por las disposiciones de la CVDT ya que ni Etiopía ni Eritrea son partes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Ello significa que ni el artículo 52 ni el artículo 75 de la CVDT serían de aplicación al caso en concreto.

Tampoco resultaría de aplicación la norma consuetudinaria recogida en el artículo 52 de la CVDT dado que conforme a los

<sup>245</sup> Cláusula 3.

<sup>246</sup> Cláusula 4.

<sup>247</sup> Cláusula 5.

resultados del Laudo Parcial del *Ius ad Bellum*<sup>248</sup> de la Comisión de Reclamación el único Estado que se encontraría en condiciones de solicitar la nulidad del tratado es Etiopía ya que Eritrea es el Estado considerado responsable de la violación del uso de la fuerza en contradicción con la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, teniendo en cuenta que Etiopía logró el retiro de las tropas eritreas de su territorio mal podría plantear que fue coaccionado en la firma del documento internacional.

Este tratado también se caracteriza por la participación de las organizaciones internacionales (ONU y OUA) en el proceso de paz. La firma de este acuerdo pone de relieve el papel que las organizaciones internacionales cumplen en la actualidad en los procesos de paz ya que se convierten en los foros que facilitan el intercambio entre las partes enfrentadas en el conflicto armado.

Uno de los resultados más interesantes que se pueden señalar de este acuerdo lo constituye la formación de dos comisiones imparciales e independientes para que resuelvan las diferencias entre las partes<sup>249,250</sup>. Esto significa asignar un rol preponderante a los mecanismos pacíficos de solución de controversias en el derecho internacional. Si bien es cierto que debe reconocerse que el proceso de paz entre Eritrea y Etiopía demuestra que la efectividad de las decisiones de estos organismos depende de la voluntad de las partes y por ende la efectividad de los procesos de paz y de los tratados de paz también depende de la voluntad de las partes.

#### IV. CONCLUSIONES

A primera vista podría pensarse que los tratados de paz constituyen anomalías en el ordenamiento jurídico internacional con-

<sup>248</sup> ERITREA-ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION, *Partial Award, Jus Ad Bellum (Ethiopia's Claims 1-8)*, 19 de diciembre de 2005, p. 7.

<sup>249</sup> Las decisiones, laudos y laudos parciales adoptados por la Comisión de Reclamaciones pueden consultarse en: <https://pca-cpa.org/en/cases/71/>

<sup>250</sup> La decisión de la Comisión de Límites puede consultarse en: <https://pca-cpa.org/en/cases/99/>.

temporáneo ya que son acuerdos que son adoptados como resultado de un conflicto armado internacional. En este aspecto, puede señalarse que la celebración de un tratado de paz implica en mayor o menor medida el uso de la coerción sobre el Estado que ha resultado vencido.

Esta problemática planteó la necesidad al momento de codificar el derecho de los tratados de diseñar disposiciones que buscaran dar una solución a la cuestión. De esta manera nacieron las dos normas fundamentales en esta materia que son el artículo 52 y el artículo de la CVDT.

El primero de estos artículos recoge la prohibición, de carácter consuetudinario, de celebrar un tratado por medio de la amenaza o el uso de la fuerza contrario a los principios de derecho internacional recogidos en la Carta de las Naciones Unidas. Asimismo establece que en caso de violarse esta prohibición se aplicará una sanción: la nulidad del documento así obtenido. En este aspecto el artículo 52 de la CVDT refleja que “la victoria no da derechos”, es decir que de un hecho ilícito no pueden surgir consecuencias lícitas.

El segundo de estos artículos recoge lo que se denomina un desarrollo progresivo. Es decir una norma diseñada por la Comisión de Derecho Internacional para resolver una cuestión que no tenía una solución prevista en el derecho consuetudinario. A través de esta norma se busca crear un régimen aplicable a aquellos tratados que se imponen a un Estado que ha cometido una agresión. Con este régimen se persigue que el agresor no pueda dejar de cumplir con las obligaciones que dimanaban del tratado que le ha sido impuesto y al mismo tiempo resguardar los derechos del agresor dado que solo es posible imponerle un tratado si es el resultado de medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII de la Carta.

La práctica estatal posterior a la entrada en vigencia de la CVDT no ha dado ejemplos de aplicación de estos artículos. De hecho, los tratados analizados en el presente trabajo en ningún momento han

sido cuestionados ni sobre la base del artículo 52 de la CVDT ni sobre la base del artículo 75 de la CVDT.

Lo que si demuestra el proceso de negociación de estos acuerdos internacionales es que la participación de las organizaciones internacionales en los procesos de paz es cada día más importante. Esta participación coadyuva a que los tratados no sean vistos como acuerdos contrarios al ordenamiento jurídico internacional; como resultado no son cuestionados a la luz de las disposiciones de la CVDT.

Esto podría llevar a pensar que la regulación de la CVDT en materia de tratados y uso de la fuerza es superflua. Sin embargo, no es posible hacer una afirmación de ese tipo dado que estas normas constituyen un resguardo necesario para hacer frente a aquellas situaciones que no han podido ser evitadas por la comunidad internacional a través de su sistema de seguridad colectiva.

Son disposiciones que tal vez tengan poca aplicación práctica, pero se encuentran diseñadas una, con el objetivo de resguardar el libre consentimiento de las partes y la otra como una sanción, pero ambas en última instancia persiguen mantener la paz y la seguridad internacionales.

Otra cuestión que merece ser destacada es que el análisis de los tratados seleccionados muestra que el principio del *uti possidetis iuris* es la regla general seleccionada por los Estados para resolver cuestiones territoriales, particularmente cuando se trata de Estados surgidos de los procesos de descolonización. El único acuerdo que no menciona este principio es el acuerdo europeo; a diferencia de lo que sucede con los restantes acuerdos donde esta regla es la base fundamental de solución de controversias, al punto tal que las partes prohíben las decisiones *ex aequo et bono*. La inclusión de este principio en acuerdos de paz es trascendente porque permite poner de manifiesto que su función principal es coadyuvar al mantenimiento de la paz internacional mediante la fijación de las fronteras internacionales estables y seguras.

Todos los acuerdos de paz analizados reafirman la obligación de los Estados de abstenerse de la amenaza o el uso de la fuerza y

de someter sus controversias a mecanismos de solución pacífica. En este aspecto los acuerdos refieren las diferencias que tienen los Estados o bien a tribunales judiciales o arbitrales internacionales o bien a comisiones creadas al efecto. De este modo se busca, aunque no siempre lo logren, disminuir la conflictividad entre las partes y de este modo garantizar la efectividad del proceso de paz.



---

# **JURISPRUDENCIA**

---



## **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL 2019**

Seleccionada por *ADRIANA CASTELANELLI* \*

La labor de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) registra una sola sentencia de fondo durante el año comentado, sin perjuicio de recordar, por su importancia y tal como lo que pusiéramos de manifiesto en el Anuario anterior<sup>1</sup> la destacada Opinión Consultiva emitida el 25 de febrero de 2019, sobre las “Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965”, en que La Corte decidió por 13 votos a 1 que la separación de Chagos no fue válida y constituyó un hecho ilícito que involucra responsabilidad internacional, considerando asimismo que el Reino Unido tiene la obligación de poner fin a la administración de Chagos y de permitir que se complete la descolonización de Mauricio, a la par que exhortó a todos los Estados a cooperar con las Naciones Unidas en este proceso.

A continuación, la sentencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el caso sobre la detención del navío *Norstar* por parte de las autoridades españolas, en Palma de Mallorca, después de que el 11 de agosto de 1998 las autoridades italianas hubieran ordenado dicha detención. La República de Panamá alegó que la orden fue producto de supuestas violaciones y que las autoridades italianas debieron conocer su falsedad. Desde ese entonces, según Panamá, se causaron múltiples daños, incluyendo el lucro cesante, puesto que la nave se perdió completamente.

\* Abogada. Docente de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Miembro Titular y Prosecretaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

<sup>1</sup> *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXVII, 2018, págs. 514/518.

En cuanto a las excepciones preliminares en este Caso del M/V “Norstar”, Italia interpuso la falta de competencia del Tribunal por ausencia de diferendo, falta de consentimiento y ausencia por parte de Panamá de buscar resolver el diferendo por vías de negociación. Sobre esto el Tribunal dijo que Italia no podía alegar su falta de respuesta a las múltiples notas de protesta enviadas por la República de Panamá, para justificar la falta de diferendo. Además, el tribunal consideró que los artículos 87 y 300 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar eran pertinentes, por lo cual se debía descartar la posibilidad de ausencia de diferendo en cuanto a la aplicación y la interpretación de dicho instrumento.

Sobre lo relacionado con la falta de negociaciones, el Tribunal volvió a referirse al hecho de que la república italiana fue quien omitió responder a las notas de protesta enviadas por Panamá. En consecuencia, este tribunal no aceptó las excepciones preliminares y determinó que era competente para conocer del fondo del asunto, del que damos cuenta en breve resumen.

Finalmente, dos casos en los que el Estado argentino tuvo fallos adversos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En el Caso Gorigoitia c. Argentina, la Corte encontró a la República Argentina responsable por la violación al derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior en perjuicio de Oscar Raúl Gorigoitia y por el incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno debido a la regulación del recurso de casación en la Provincia de Mendoza en la época en que ocurrieron los hechos del caso. En la Sentencia del Caso Perrone y Preckel c. Argentina, la Corte Interamericana encontró al Estado responsable por la violación de la garantía del plazo razonable, elemento esencial del derecho al acceso a la justicia.

## CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

### A. Jadhav (India c. Pakistán)

Como hiciéramos referencia en anterior oportunidad<sup>2</sup> el 8 de mayo de 2017, la India había presentado una solicitud de incoar un procedimiento contra Pakistán, “debido a graves violaciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963” en relación con la detención y el procesamiento de un nacional indio, el Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav, condenado a muerte por un tribunal militar en Pakistán.

En esa ocasión, India afirmó que no había sido informada de la detención del Sr. Jadhav hasta bastante tiempo después de que fuese arrestado y que el Pakistán no había comunicado al acusado sus derechos. La India también sostuvo que, en transgresión de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, las autoridades pakistaníes le habían denegado el derecho a comunicarse con el Sr. Jadhav por conducto de sus autoridades consulares, a pesar de las reiteradas solicitudes en ese sentido, subrayando además que tuvo conocimiento por medio de la prensa de la sentencia de muerte dictada contra el Sr. Jadhav.

En su solicitud, la India pidió que: “a) Se suspendiera de inmediato la condena a muerte del acusado; b) Se le otorgara la *restitutio in integrum* mediante una declaración en que se constataste que la condena impuesta por el tribunal militar haciendo caso omiso por completo de los derechos consagrados en el artículo 36 de la Convención de Viena, en particular en su párrafo 1 b), y los derechos humanos elementales de todo acusado, a los que también se debía dar efecto según lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, era contraria al derecho internacional y a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; c) Se ordenase a Pakistán que no ejecutase la pena impuesta por el tribunal militar y que adoptase las medi-

<sup>2</sup> *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXVI, 2017, págs. 492/495.

das que puedan estar previstas en la legislación pakistaní para anular la decisión de ese tribunal; d) Se declarase ilícita esa decisión, en caso de que Pakistán no pudiera anularla, por ser contraria al derecho internacional y a los derechos emanados de los tratados y se ordenase a Pakistán que se abstuviese de incumplir la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y el derecho internacional ejecutando de alguna manera la condena y que libere sin demora al ciudadano indio condenado.”

Como fundamento de la competencia de la Corte, el demandante hizo valer el párrafo 1 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte, en relación con el artículo I del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias, de 24 de abril de 1963.

Ese mismo 8 de mayo de 2017, la India presentó también una solicitud de medidas provisionales solicitando a la Corte que, “a la espera del fallo definitivo en el asunto, ordene que: a) El Gobierno de la República Islámica del Pakistán adopte todas las medidas necesarias para que el Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav no sea ejecutado; b) El Gobierno de la República Islámica del Pakistán informe a la Corte de las medidas que adopte en aplicación de lo dispuesto en el apartado a); y que c) El Gobierno de la República Islámica del Pakistán vele por qué no se adopte ninguna medida que pueda menoscabar los derechos de la República de la India o del Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav con respecto a cualquier decisión que la Corte pueda adoptar sobre el fondo de la cuestión”.

Al finalizar las audiencias celebradas el 15 de mayo de 2017, la India confirmó las medidas provisionales que había solicitado a la Corte; en tanto que Pakistán pidió a la Corte que desestimara la solicitud de medidas provisionales presentada por la India.

El 18 de mayo de 2017, la Corte dictó su providencia, en cuya parte dispositiva establece: “Por los motivos expuestos, La CORTE, I. Por unanimidad, indica las siguientes medidas provisionales: El Pakistán adoptará todas las medidas a su alcance para que el Sr. Jadhav no sea ejecutado mientras no se dicte el fallo definitivo en

esta causa e informará a la Corte de todas las medidas que se hayan adoptado en cumplimiento de la presente providencia. II. Por unanimidad, decide que, en tanto la Corte dicta su fallo definitivo, seguirá examinando las cuestiones que son objeto de la presente providencia.” Integración de la Corte: Presidente Abraham; Magistrados Owada, Cañado Trindade, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian; Secretario Couvreur.

Luego de la sustanciación del proceso de fondo en sus fases escrita y oral, al término de las audiencias, los agentes de las partes formularon a la Corte las siguientes conclusiones:

Por la India: “1) El Gobierno de la India pide respetuosamente al Tribunal que falle y declare que el Pakistán ha actuado en flagrante violación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, en el sentido de que i) No informó sin demora a la India de la detención del Sr. Jadhav; ii) No informó al Sr. Jadhav de sus derechos en virtud del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; iii) Denegó a los funcionarios consulares de la India la posibilidad de comunicarse con el Sr. Jadhav, en contravención de su derecho a visitarlo mientras se hallaba encarcelado, detenido o en prisión preventiva, a reunirse e intercambiar correspondencia con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Y solicita, como consecuencia de lo que antecede, que 2) Declare que a) La condena impuesta por el tribunal militar haciendo caso omiso por completo de los derechos consagrados en el artículo 36 de la Convención de Viena, en particular en su párrafo 1 b), y los derechos humanos elementales del Sr. Jadhav, a los que también se debe dar efecto según lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, es contraria al derecho internacional y a lo dispuesto en la Convención de Viena; b) La India tiene derecho a la *restitutio in integrum*; 3. Anule la decisión del Tribunal Militar y ordene al Pakistán que no ejecute la pena o la sentencia condenatoria dictadas por el Tribunal Militar, y 4. Ordene al demandado que libere al ciudadano indio sin demora y que facilite su regreso a la India en condiciones de seguridad;

A título subsidiario, y si la Corte llegara a la conclusión de que no procede poner en libertad al Sr. Jadhav, 5. que i) Anule la decisión del Tribunal Militar y ordene al Pakistán que no ejecute la pena o la sentencia condenatoria dictadas por el Tribunal Militar, y o, a título subsidiario, ii) Ordene al acusado que adopte las medidas previstas en la legislación pakistaní para revocar la decisión de este tribunal, y, en ambos casos, iii) Prescriba, tras declarar inadmisibles las confesiones del interesado obtenidas sin que éste pueda comunicarse con sus autoridades consulares, que se celebre un juicio ante los tribunales civiles de derecho común, en estricto cumplimiento de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del derecho de las autoridades consulares a comunicarse con el interesado y a disponer su representación legal.”

Por el Pakistán: “La República Islámica del Pakistán pide respetuosamente a la Corte que, por las razones expuestas en sus alegatos escritos y en las declaraciones orales formuladas durante estas audiencias, declare inadmisibile la solicitud de la India. Además, o a título subsidiario, la República Islámica del Pakistán pide respetuosamente a la Corte que rechace la solicitud de la India en su totalidad.”

El 17 de julio de 2019, la Corte dictó su sentencia, en cuya parte dispositiva establece:

“Por las razones expuestas, La Corte, 1) Por unanimidad, Declara que es competente, sobre la base del artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 sobre la Solución Obligatoria de Controversias, para conocer de la solicitud presentada por la República de la India el 8 de mayo de 2017; 2) Por quince votos contra uno, No da lugar a las objeciones de la República Islámica del Pakistán a la inadmisibilidad de la solicitud de la República de la India y afirma que la solicitud es admisible; A favor: Yusuf, Presidente; Xue, Vicepresidenta; Tomka, Abraham, Bennouna, Cañado Trindade, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian, Salam, Iwasawa, Magistrados. En contra: Jillani, Magistrado ad hoc; 3) Por quince votos contra uno, Declara

que la República Islámica del Pakistán ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, al no haber informado sin demora al Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav de sus derechos en virtud de dicha disposición; A favor: Yusuf, Presidente; Xue, Vicepresidenta; Tomka, Abraham, Bennouna, Cañado Trindade, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian, Salam, Iwasawa, Magistrados. En contra: Jillani, Magistrado ad hoc; 4) Por quince votos contra uno, Declara que la República Islámica del Pakistán ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares al no notificar sin demora a la oficina consular competente de la República de la India en la República Islámica del Pakistán la detención del Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav, privando así a la República de la India del derecho a prestarle la asistencia prevista en la Convención de Viena; A favor: Yusuf, Presidente; Xue, Vicepresidenta; Tomka, Abraham, Bennouna, Cañado Trindade, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian, Salam, Iwasawa, Magistrados En contra: Jillani Magistrado ad hoc;

Continúa el fallo expresando: 5) Por quince votos contra uno, Declara que la República Islámica del Pakistán ha denegado a la República de la India el derecho a comunicarse con el Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav, a visitarlo mientras estaba detenido y a proporcionarle representación letrada, por lo que ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los apartados a) y c) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; A favor: Yusuf, Presidente; Xue, Vicepresidenta; Tomka, Abraham, Bennouna, Cañado Trindade, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian, Salam, Iwasawa, Magistrados En contra: Jillani, Magistrado ad hoc; 6) Por quince votos contra uno, Declara que la República Islámica del Pakistán está obligada a informar sin más demora al Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav de sus derechos y a permitir que los funcionarios consulares indios se comuniquen con él de conformidad con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares;

A favor: Yusuf, Presidente; Xue, Vicepresidenta; Tomka, Abraham, Bennouna, Cañado Trindade, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian, Salam, Iwasawa, Magistrados En contra: Jillani, Magistrado ad hoc; 7) Por quince votos contra uno, Declara que, a fin de proporcionar una reparación adecuada en este caso, la República Islámica del Pakistán tiene la obligación de garantizar, por la vía de su elección, un examen y revisión efectivos de la condena y la pena dictada contra el Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav, a fin de dar todo el peso debido a la vulneración de los derechos enunciados en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, teniendo en cuenta los párrafos 139, 145 y 146 de la presente sentencia; A favor: Yusuf, Presidente; Xue, Vicepresidenta; Tomka, Abraham, Bennouna, Cañado Trindade, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian, Salam, Iwasawa, Magistrados En contra: Jillani, Magistrado ad hoc; 8) Por quince votos contra uno, Declara que mantener la suspensión de la ejecución es una condición indispensable para el examen y la revisión de la sentencia condenatoria y la pena dictadas contra el Sr. Kulbhushan Sudhir Jadhav; A favor: Yusuf, Presidente; Xue, Vicepresidenta; Tomka, Abraham, Bennouna, Cañado Trindade, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Crawford, Gevorgian, Salam, Iwasawa, Magistrados En contra: Jillani, Magistrado ad hoc.” El Magistrado Cañado Trindade emitió una opinión separada. Los Magistrados Sebutinde, Robinson e Iwasawa adjuntaron declaraciones a la sentencia. El Sr. Jillani, Magistrado ad hoc, emitió una opinión disidente.

## **TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR**

### **A. Caso M/V NORSTAR (Panamá c. Italia)**

El 17 de diciembre de 2015, Panamá interpuso una demanda ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar solicitándole que declarase la violación por parte de Italia de los artículos 33,

73.3, 73.4, 87, 111, 226 y 300 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar (CONVEMAR), así como la condena a una reparación por daños en una cuantía de 10 millones de dólares y la condena en costas.

El 10 de abril de 2019, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) emitió fallo en el caso M / V “Norstar” (Panamá c. Italia). En su Sentencia, considera que Italia violó el párrafo 1 del artículo 87 de la Convención, que el párrafo 2 del artículo 87 de la Convención no es aplicable en el caso, y que Italia no violó el artículo 300 de la Convención. El Tribunal otorgó a Panamá una compensación por la pérdida del buque “Norstar” por un monto de doscientos ochenta y cinco mil dólares (U\$S 285.000.-) con más sus intereses.

Los antecedentes de la disputa refieren a la retención del buque “Norstar”, de bandera panameña. Desde 1994 hasta 1998, la citada embarcación participó en el suministro de combustible (*bunkering/soutage*) para grandes embarcaciones de recreo (yates) en el mar Mediterráneo. De acuerdo a lo expresado por Panamá, el lugar donde se realizaban las actividades de suministro era en el Mar Mediterráneo, en aguas internacionales más allá del mar territorial de Italia, Francia y España; mientras que Italia consideraba que dicha labor se realizaba “cerca de las costas” de Francia, Italia y España. El 11 de agosto de 1998, la Fiscalía del Tribunal de Savona, Italia, emitió un decreto de inmovilización contra el buque mercante “Norstar” y su carga de combustible, en el contexto de un proceso penal iniciado contra ocho personas por presunto contrabando y evasión fiscal. A pedido de Italia, el buque fue incautado por las autoridades españolas en cumplimiento de una solicitud de asistencia judicial, cuando estaba anclado en la bahía de Palma de Mallorca, España, en septiembre de 1998.

Luego del proceso judicial en Italia, en el 2003 se revocó la orden de inmovilización del buque Norstar y su devolución a los propietarios. A pesar de que se les habrían cursado numerosas notificaciones, nunca tomaron posesión de la embarcación porque, de acuerdo a lo manifestado por Panamá, nunca fueron informados ni se recibió copia de dichas notificaciones. En el 2006, la Au-

toridad Portuaria de las Islas Baleares solicitó autorización para la destrucción del navío, lo que no le fue concedido por el tribunal italiano, quien ordenó la ejecución de la sentencia. Transcurridos otros diez años, se anunció el 25 de marzo de 2015 la subasta pública del buque en el Boletín Oficial del Estado español, adquiriéndolo una compañía de gestión de residuos, que lo retiró del puerto en agosto de 2015.

Los procedimientos ante el TIDM fueron iniciados por una demanda presentada por Panamá el 17 de diciembre de 2015. El 11 de marzo de 2016, Italia planteó excepciones preliminares, las que fueron rechazadas por el Tribunal, que decidió que tenía jurisdicción para resolver sobre la cuestión de fondo, declarando admisible la solicitud de Panamá, el 4 de noviembre de 2016. Después del cierre de los procedimientos escritos, la audiencia pública sobre la cuestión de fondo se celebró del 10 al 15 de septiembre de 2018.

El Tribunal dicta sentencia el 10 de abril de 2019. Con respecto al alcance de su jurisdicción (párrs. 100-146), el TIDM hace alusión a que, en su Sentencia sobre excepciones preliminares, encontró que los artículos 87 y 300 de la Convención eran relevantes para el presente caso (párr. 101). Señala luego que, en el tratamiento de la cuestión de fondo, Italia ha interpretado que el párrafo 122 de la Sentencia de Excepciones Preliminares excluye del alcance de su jurisdicción el arresto y la detención reales del buque mercante “Norstar” (párr. 117). Sin embargo, para el Tribunal, está claro que, en su Sentencia sobre las Excepciones Preliminares, consideró que la disputa entre las Partes incluye no solo el decreto de inmovilización y la solicitud de ejecución, sino también el arresto y detención del buque (párr. 122).

La jurisdicción del tribunal sobre la disputa, por lo tanto, cubre el arresto y la retención del “Norstar” (párr. 122). El Tribunal observa además que las Partes no están de acuerdo sobre si varias reclamaciones hechas por Panamá en virtud del artículo 300 están relacionadas con el artículo 87 de la Convención. (párr. 126). El Tribunal, sin embargo, decide tratar la cuestión en cuanto a si tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de Panamá en relación con la buena fe y el abuso de los derechos, en virtud del artículo

300, junto con el examen de la cuestión de si Italia ha incumplido sus obligaciones en virtud de ese artículo (párr. 129).

En relación al artículo 87 de la CONVEMAR (Libertad de alta mar; párrs. 147-231), al abordar la cuestión de si el decreto de retención, la solicitud de ejecución y el arresto y detención del buque mercante “Norstar” constituyen una violación del artículo 87 (párr. 147), el Tribunal primero examina si la orden de retención y su ejecución se refieren a actividades realizadas por el “Norstar” en alta mar, o si los presuntos delitos fueron cometidos en jurisdicción de Italia, o ambos (párr. 153). Sobre la base de un examen de la orden de embargo y otros documentos pertinentes (párrs. 166-185), el Tribunal considera que las actividades de abastecimiento de combustible del buque mercante “Norstar” en alta mar constituyen, de hecho, no solo una parte integral, sino también un elemento central de las actividades a las que se dirige el decreto de retención y su ejecución (párr. 186). En consecuencia, el TIDM concluye que el artículo 87 puede ser aplicable en el presente caso (párr. 187).

El Tribunal pasa luego a examinar la cuestión de si el artículo 87 ... es aplicable y, de ser así, si Italia lo violó (párr. 188). El Tribunal observa que el artículo 87 proclama que la alta mar está abierta a todos los Estados (párr. 214) y que salvo en casos excepcionales, ningún Estado puede ejercer jurisdicción sobre un barco extranjero en alta mar (párr. 216). En este contexto, observa que la libertad de navegación sería ilusoria si un buque ... pudiera estar sujeto a la jurisdicción de otros Estados en el alta mar” (párr. 216).

Recordando su jurisprudencia en el caso M / V “Virginia G”, el Tribunal luego expresa la opinión de que el abastecimiento de combustible en alta mar es parte de la libertad de navegación que se ejercerá en las condiciones establecidas por la Convención y otras normas del derecho internacional (párr. 219). Por lo tanto, encuentra que el abastecimiento de embarcaciones de recreo llevado a cabo por el “Norstar” en alta mar se enmarca en la libertad de navegación en virtud del artículo 87 “(párr. 219).

Luego, el Tribunal analiza la cuestión acerca de qué actos po-

drían constituir una violación de la libertad de navegación en virtud del artículo 87 (párr. 222). Como ningún Estado puede ejercer jurisdicción sobre buques extranjeros en alta mar, en opinión del Tribunal, cualquier acto de interferencia con la navegación de buques extranjeros o cualquier ejercicio de jurisdicción sobre tales buques en alta mar, constituyen una violación de la libertad de navegación; a menos que esté justificado por la Convención u otros tratados internacionales (párr. 222). Según el TIDM, incluso los actos que no implican interferencia física o aplicación de la ley en la alta mar puede constituir una violación de la libertad de navegación (párr. 223). Asimismo, cualquier acto que someta las actividades de un buque extranjero en alta mar a la jurisdicción de Estados que no sean el Estado del pabellón constituye una violación de la libertad de navegación, salvo en casos excepcionales expresamente previstos en la Convención o en otros tratados internacionales (párr. 224).

El Tribunal sostiene que el principio de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón prohíbe no solo el ejercicio de la jurisdicción de ejecución en alta mar por parte de los Estados que no sean el Estado del pabellón, sino también la extensión de su jurisdicción prescriptiva a actividades lícitas realizadas por buques extranjeros en alta mar (párr. 225). En su opinión, si un Estado aplica sus leyes penales y aduaneras en alta mar y tipifica como delito las actividades llevadas a cabo por buques extranjeros en el mismo, constituiría una violación del artículo 87 de la Convención, a menos que esté justificado por la Convención u otros tratados internacionales, y esto sería así, incluso si el Estado se abstuviera de hacer cumplir esas leyes en alta mar (párr. 225).

El Tribunal agrega que, incluso cuando la ejecución se lleva a cabo en aguas interiores, el artículo 87 aún puede ser aplicable -y violado- si un Estado extiende sus leyes penales y aduaneras extraterritorialmente a actividades de buques extranjeros en alta mar y los criminaliza (párr. 226).

A la luz de lo anterior, el Tribunal concluye que Italia, a través del decreto de inmovilización por parte del Fiscal del Tribunal de Savona contra el buque "Norstar" y la solicitud para su ejecución,

violó el artículo 87, párrafo 1, de la Convención. Con respecto a la afirmación de Panamá de que Italia violó el artículo 87, párrafo 2 de la Convención, el Tribunal considera que esta disposición no es aplicable en el presente caso (párr. 231).

En cuanto al artículo 300 de la Convención (buena fe y abuso de derechos; párrs. 232-308), al abordar las reclamaciones de Panamá sobre el mencionado artículo de la CONVEMAR, el Tribunal recuerda su jurisprudencia en el caso M / V “Louisa”, según el cual, el artículo 300 de la Convención no puede invocarse por sí solo (párr. 241). Por lo tanto, un Estado Parte que alegue una violación del artículo 300 debe, entre otras cosas, establecer un vínculo entre su reclamación en virtud del artículo 300 y las obligaciones asumidas en virtud de esta Convención, o los derechos, jurisdicción y libertades reconocidos en esta Convención (párr. 241).

Panamá hizo una serie de reclamos alegando incumplimiento de la obligación de buena fe de Italia en virtud del artículo 300. Varios de ellos son rechazados por el Tribunal porque Panamá no mostró evidencia de mala fe -respecto a la conducta de Italia al momento del arresto- (párr. 251); la decisión de Italia de arrestar al buque mercante “Norstar” en un puerto español (párr. 258); y la duración de la detención y el mantenimiento del buque (párr. 289).

Los otros reclamos de Panamá quedan fuera del alcance de la jurisdicción del Tribunal, ya que Panamá no pudo establecer un vínculo entre el reclamo respectivo en virtud del artículo 300 y el artículo 87 (la ejecución de Italia del decreto de inmovilización (párr. 265); supuesta falta de comunicación (párr. 271); presunta retención de información (párr. 275); presuntas razones contradictorias para justificar el Decreto, (párr. 281)). Además, el Tribunal no considera que Italia haya ejercido sus derechos en virtud de la Convención de una manera que constituiría un abuso de derechos (párrs. 304-307). Por estas razones, el Tribunal concluye que Italia no violó el artículo 300 de la Convención (párr. 308).

En cuanto a la Reparación (párrs. 309-462), el Tribunal declara que Italia, como Estado responsable de un hecho

internacionalmente ilícito, tiene la obligación de compensar los daños causados por su incumplimiento del artículo 87, párrafo 1, de la Convención (párr. 321). En su opinión, Panamá tiene derecho a una indemnización por los daños sufridos, así como por daños u otras pérdidas sufridas por el buque mercante *Norstar*, incluidas todas las personas involucradas o interesadas en su explotación (párr. 323).

El Tribunal nuevamente refiere a su jurisprudencia en el caso *M / V* Virginia G “, en el que hizo hincapié en el requisito de un vínculo causal entre el hecho ilícito cometido y el daño sufrido (párr. 333). Señala que solo el daño directamente causado por el hecho ilícito de Italia es objeto de indemnización (párr. 334). A este respecto, el Tribunal considera que el vínculo causal entre el hecho ilícito de Italia y el daño sufrido por Panamá se interrumpió el 26 de marzo de 2003, cuando el propietario del buque recibió una comunicación oficial del Tribunal de Savona, indicando que el buque había sido liberado incondicionalmente de la interdicción y que cualquier daño que pudiera haber sufrido después del 26 de marzo de 2003, no fue causado directamente por la orden y su detención (párr. 370).

Sobre el tema de la compensación, el Tribunal considera que la pérdida del “*Norstar*” fue causada directamente por el hecho ilícito de Italia (párr. 406). Con respecto al valor de la embarcación al momento de su inmovilización, el Tribunal examina las pruebas documentales y testimoniales, en particular las dos estimaciones que las Partes le pusieron a su disposición (párrafos 411-416), y concluye que la cantidad de dólares doscientos ochenta y cinco mil (US\$ 285,000), el equivalente al monto de la estimación proporcionada por el experto convocado por Italia, representa el valor para el buque mercante “*Norstar*” (párr. 417). El Tribunal también considera que la concesión de intereses bajo esa categoría de daños está justificada por las circunstancias de este caso (párr. 459).

El Tribunal no otorga indemnización con respecto a los otros reclamos de Panamá (pérdida de ganancias (párr. 433); pago continuo de salarios (párr. 438); pago adeudado por honorarios e impuestos (párr. 443); pérdida y daños al fletador del buque “*Norstar*”

(párrs. 448, 449) y daños materiales y no materiales a personas físicas (párr. 452)).

Finalmente, en la parte dispositiva (párr. 459), el Tribunal resuelve:

(1) Por 15 votos contra 7, considera que Italia violó el párrafo 1 del artículo 87 de la Convención. A FAVOR: Presidente PAIK; Jueces NDIAYE, JESUS, LUCKY, KATEKA, GAO, BOUGUETAIA, KELLY, KULYK, GÓMEZ-ROBLEDO, HEIDAR, CABELLO, CHADHA, KITTICHAISAREE; Juez ad hoc EIRIKSSON; EN CONTRA: Jueces COT, PAWLAK, YANAI, HOFFMANN, KOLODKIN, LIJNZAAD; Juez ad hoc TREVES.

(2) Por unanimidad, considera que el párrafo 2 del artículo 87 de la Convención no es aplicable en el presente caso.

(3) Por 20 votos contra 2, considera que Italia no violó el artículo 300 de la Convención. A FAVOR: Presidente PAIK; Jueces JESUS, COT, PAWLAK, YANAI, KATEKA, HOFFMANN, GAO, BOUGUETAIA, KELLY, KULYK, GÓMEZ-ROBLEDO, HEIDAR, CABELLO, CHADHA, KITTICHAISAREE, KOLODKIN, LIJNZAAD; Jueces ad hoc TREVES, EIRIKSSON; EN CONTRA: Jueces NDIAYE, SUERTE.

(4) Por 15 votos contra 7, decide otorgar a Panamá una compensación por la pérdida del M / V “Norstar” en el monto de US \$ 285,000 con una tasa de interés del 2.7182 por ciento, compuesto anualmente y pagadero desde el 25 de septiembre de 1998 hasta la fecha del presente Juicio. A FAVOR: Presidente PAIK; Jueces NDIAYE, JESUS, LUCKY, KATEKA, GAO, BOUGUETAIA, KELLY, KULYK, GÓMEZ-ROBLEDO, HEIDAR, CABELLO, CHADHA, KITTICHAISAREE; Juez ad hoc EIRIKSSON; EN CONTRA: Jueces COT, PAWLAK, YANAI, HOFFMANN, KOLODKIN, LIJNZAAD; Juez ad hoc TREVES.

(5) Por 19 votos contra 3, decide no otorgar una compensación a Panamá con respecto a sus otros reclamos, como indicado en los párrafos 433, 438, 443, 448, 449 y 452. A FAVOR: Presidente PAIK; Jueces JESUS, COT, PAWLAK, YANAI, KATEKA, HOFFMANN, GAO, KELLY, KULYK, GÓMEZROBLEDO, HEIDAR, CABELLO, CHADHA, KITTICHAISAREE, KOLODKIN, LIJNZAAD; Jueces ad hoc TREVES,

EIRIKSSON; EN CONTRA: Jueces NDIAYE, SUERTE, BOUGUETAIA.

(6) Por unanimidad, decide que cada Parte cargará con sus propias costas.

Los Jueces Jesús, Kelly, Gómez-Robledo, Kittichaisaree y Juez ad hoc Treves anexan declaraciones al fallo, los jueces Ndiaye y Lucky agregan por separado opiniones a la Sentencia, y los jueces Cot, Pawlak, Yanai, Hoffmann, Kolodkin, Lijnzaad y el Juez ad hoc Treves agregan una opinión disidente conjunta a la Sentencia.

Si bien la principal aportación de esta sentencia es la reafirmación por el Tribunal del principio de Libertad de la alta mar y de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, la interpretación de estos principios, previstos en los artículos 87.1 y 92.1 de la CONVEMAR, resulta al mismo tiempo bastante controvertida, por cuanto el Tribunal, ha interpretado muy ampliamente, de manera casi absoluta, sendos principios, aunque se menester reconocer que esta interpretación amplísima se alinea con la práctica mayoritaria de los Estados.

Por eso se colige que los siete jueces deciden agregar su opinión disidente, expresándose estos últimos contrarios a considerar que Italia haya violado el art. 87.1 de la CONVEMAR, al manifestar que “nada en el texto de la Convención, en los trabajos preparatorios, en otros tratados internacionales, en el Derecho internacional consuetudinario o en la práctica de los Estados sugiere que el artículo 87 y su corolario el artículo 92 interpretados conjuntamente excluyan el derecho de los Estados distintos al del pabellón a ejercer sus competencias normativas en materia penal respecto a actividades en alta mar” (Opinión Disidente, parágr. 19). “...incluso si Italia ejerció su competencia normativa en materia penal respecto de esta conducta en alta mar, ésta fue ejercida respecto de una parte integral de un supuesto delito (evasión fiscal), que comenzó en su territorio (compra de combustible para propósitos falsamente declarados en puertos italianos), fue completada en su territorio (reintroducción de combustible no declarado en las aguas interiores italianas) y tuvo efectos en el territorio italiano (daños financieros por la ausencia de pago de impuestos). De cual-

quier manera en que el supuesto delito fue iniciado y completado en territorio italiano, no hay duda de que su localización fue Italia y no la alta mar” (para. 32).

## **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

### **A. Gorigoitia vs. Argentina. Sentencia de 2 de septiembre de 2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).**

I. Hechos. El 31 de agosto de 1996 el señor Gorigoitia fue detenido junto a otros agentes policiales por el delito de homicidio ocurrido en el contexto de una persecución judicial. En el momento de los hechos el señor Gorigoitia era Sargento Ayudante de la Policía de Mendoza. El 12 de septiembre de 1997 la Cámara Primera del Crimen de Mendoza (en adelante, “la Cámara Primera”) condenó al señor Gorigoitia por el delito de homicidio simple y le impuso una pena de 14 años de prisión. En virtud de la condena sufrió una inhabilitación absoluta por igual término, y fue exonerado de la Policía de Mendoza e inhabilitado. La Cámara Primera indicó que el señor Gorigoitia actuó con “dolo eventual” al momento en que disparó su arma durante la persecución.

El 29 de septiembre de 1997 la defensa del señor Gorigoitia interpuso un recurso de casación solicitando la nulidad de la sentencia condenatoria. En dicho recurso planteó la falta de motivación de la sentencia, así como su arbitrariedad. El 19 de diciembre de 1997 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (en adelante “la Sala Segunda”) resolvió rechazar el recurso de casación por falta de motivación y ausencia de determinación concreta del agravio. El 24 de febrero de 1998 la defensa del señor Gorigoitia interpuso un recurso extraordinario federal (en adelante también “recurso extraordinario”) contra la resolución de la Sala Segunda, el cual fue rechazado. Finalmente, el 23 de abril de 1998 se interpuso un recurso de queja ante la

Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual fue declarado inadmisibile.

De la pena de 14 años que le fue impuesta, el señor Gorigoitia cumplió 9 años y 4 meses preso. Fue puesto en libertad condicional en diciembre de 2005.

## II. Excepción preliminar y cuestión previa.

El Estado alegó una excepción preliminar relacionada con la supuesta incompetencia de la Corte Interamericana para practicar un “control de convencionalidad” relativo a la Ley Provincial No. 6730 y sus reformas. En concreto, el Estado argumentó que la norma cuestionada no se encontraba vigente en la época de los hechos, por lo que la Corte sería incompetente para valorar su convencionalidad. La Corte concluyó que la excepción preliminar era improcedente. Adicionalmente, el Tribunal declaró improcedente la solicitud de los representantes de incluir como víctimas directas a personas que no habían sido identificadas como tales por la Comisión en el Informe de Fondo.

III. Fondo. La responsabilidad del Estado fue analizada en el siguiente orden: 1) La alegada violación a los artículos 8.2.h) y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2) El alegado incumplimiento deber de adoptar disposiciones de derecho interno y la cláusula federal en términos de los artículos 2 y 28 de la Convención Americana.

1) Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior y a la protección judicial. La Corte recordó que el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior requiere la existencia de un medio de impugnación mediante el cual se puedan analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. En ese sentido, el Tribunal advirtió que la Sala Segunda rechazó el recurso de casación presentado por el señor Gorigoitia “in limine” por requerir una revalorización del criterio de la Cámara Primera en materia de hechos y de valoración probatoria. En consecuencia, la Corte consideró que la negativa por parte de la Sala Segunda de revisar el fondo de la cuestión planteada por la defensa del señor Gorigoitia constituyó un hecho ilícito internacio-

nal en tanto resultó en un incumplimiento del deber de revisión integral del fallo que establece el artículo 8.2.h) de la Convención Americana, por lo que el Estado es internacionalmente responsable por la violación de dicho artículo. La Corte no se pronunció respecto de las alegadas violaciones a 25.1 de la Convención Americana, puesto que no se presentaron argumentos de derecho que permitieran establecer específicamente la falta de idoneidad y efectividad del recurso extraordinario, ni del recurso de queja intentado por la defensa del señor Gorigoitia.

2) Deber de adoptar medidas de derecho interno y la cláusula federal. La Corte recordó que el deber de adoptar disposiciones de derecho interno implica la adopción de medidas en dos vertientes: la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen la violación a las garantías previstas en la Convención, y la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Respecto de la adopción de dichas medidas, recordó que todas las autoridades tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad. En el caso, el Tribunal concluyó que de la literalidad de las normas pertinentes del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, aplicable en la época de los hechos, en materia de casación, no era posible la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias por un tribunal superior tal y como lo establece el artículo 8.2.h) de la Convención, lo cual constituyó un incumplimiento de las obligaciones previstas por el artículo 2 de la Convención. En relación con el alegato respecto de la violación a la Cláusula Federal, la Corte advirtió que el Estado no opuso su estructura federal como excusa para incumplir con sus obligaciones internacionales, por lo que no es responsable por la violación al artículo 28 de la Convención.

IV. Reparaciones. La Corte determinó las siguientes medidas de reparación integral. A. Restitución: 1) adoptar las medidas necesarias para garantizar al señor Gorigoitia el derecho de recurrir el fallo condenatorio emitido por la Cámara Primera, y 2) adoptar las medidas necesarias para que los efectos jurídicos del referido fallo condenatorio queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo. B. Satisfacción: publicar de manera íntegra la

Sentencia, así como el resumen oficial de la misma. C. Garantías de no repetición: adecuar el ordenamiento jurídico interno de conformidad con el artículo 8.2.h) de la Convención Americana. D. Indemnización compensatoria: pagar las sumas monetarias fijadas en la Sentencia por los conceptos relativos al daño inmaterial, así como el reintegro de gastos y costas y de los gastos del Fondo de Asistencia de Víctimas.

### **B. Caso Perrone y Preckel vs. Argentina. Sentencia de 8 de octubre de 2019. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).**

El 8 de octubre de 2019 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia mediante la cual declaró que el Estado de Argentina (en adelante “el Estado” o “Argentina”) es responsable de la violación de la garantía del plazo razonable, prevista en el artículo 8.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Elba Clotilde Perrone (en adelante “la señora Perrone”) y Juan José Preckel (en adelante “el señor Preckel”).

Por otra parte, el Tribunal concluyó que el Estado no es responsable por la violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones previstas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, respecto de la señora Elba Clotilde Perrone y el señor Juan José Preckel, por la indebida motivación de las decisiones judiciales que desestimaron sus pretensiones ni por la falta de acceso a un recurso judicial efectivo.

I. Hechos. Los antecedentes contextuales del caso, anteriores a la ratificación de la Convención Americana y al reconocimiento por parte de Argentina de la competencia de la Corte, se remontan al 6 de julio de 1976, bajo la dictadura militar argentina, cuando la señora Perrone y el señor Preckel, quienes trabajaban como funcionarios de la Dirección General Impositiva (en adelante “DGI”, hoy Administración Federal de Ingresos Públicos -AFIP), fueron detenidos por agentes estatales. A partir de esa fecha la señora Perrone permaneció en distintas dependencias policiales y militares, hasta el 16 de octubre de 1982, cuando pasó al régimen de

libertad vigilada. Por su parte, el señor Preckel estuvo inicialmente detenido y luego viajó a Alemania en 1979 en calidad de exiliado, hasta su retorno a Argentina en diciembre de 1984.

La señora Perrone se reincorporó a la DGI a partir del 20 de octubre de 1982. El 27 de abril de 1983 presentó un escrito a fin de reclamar el pago de los haberes salariales y beneficios sociales dejados de percibir como consecuencia de su privación arbitraria de la libertad durante la dictadura militar. El 19 de marzo de 1987 el Director General de la DGI emitió la Resolución No. 75/87, mediante la cual finalmente se desestimaron sus reclamos. El 2 de julio de 1985 el señor Preckel presentó un reclamo administrativo ante la DGI, mediante el cual solicitó el reconocimiento de sus derechos laborales y previsionales durante el período comprendido entre el 6 de julio de 1976 al 4 de febrero de 1985 (día en que se reincorporó a sus actividades en su centro de trabajo). El 17 de diciembre de 1987 el Ministerio de Economía rechazó la petición realizada por el señor Preckel.

El 24 de junio de 1988 la señora Perrone y el señor Preckel presentaron por separado sus demandas ante el juez federal en contra del Estado Nacional – DGI. El 6 y 12 de febrero de 1992, el Juez Federal del Poder Judicial de la Nación denegó las reclamaciones del señor Preckel y la señora Perrone, respectivamente.

El 6 de mayo de 1992 la señora Perrone interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por el juez federal. El 21 de septiembre de 1993 la Sala IV de la Cámara de Apelaciones revocó el fallo de primera instancia dando lugar a la demanda inicial en lo sustancial. La DGI entabló recurso de queja directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El 21 de mayo de 1996, el tribunal declaró admisible la queja de la DGI, procedió al análisis de fondo y revocó la sentencia de segunda instancia de la Cámara de Apelaciones.

El señor Preckel interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de 6 de febrero de 1992. El 24 de noviembre de 1992 la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el fallo de primera instancia. Contra esta

decisión el señor Preckel interpuso distintos recursos que fueron rechazados.

II. Excepciones preliminares. El Estado presentó dos excepciones preliminares referentes a la falta de competencia *ratione temporis* en relación con la petición de *restitutio in integrum* presentada por el representante de la señora Perrone y el señor Preckel y a la excepción por indebido agotamiento de recursos de la jurisdicción interna.

Respecto de la primera excepción preliminar propuesta por el Estado, la Corte determinó que carecía de competencia para analizar los hechos relativos a las detenciones de la señora Perrone y el señor Preckel y el exilio del señor Preckel, por ser anteriores a la ratificación de la Convención y el reconocimiento de la competencia de la Corte por parte de Argentina. Bajo estos términos la Corte admitió la excepción interpuesta por el Estado en relación con la falta de competencia *ratione temporis* sobre los hechos relacionados con la detención arbitraria de la señora Perrone y la detención y posterior exilio del señor Preckel, así como a su eventual reparación mediante la *restitutio in integrum* solicitada por su representante.

En relación con la segunda excepción preliminar presentada por el Estado, la Corte estimó que las vías administrativa y contencioso administrativa agotadas por las presuntas víctimas para reclamar a la DGI el pago de los haberes salariales no percibidos no eran manifiestamente improcedentes, como lo corroboran los trece años y catorce días que duró el trámite de la reclamación de la señora Perrone y los diez años y once meses en el caso del señor Preckel. Al igual que las decisiones favorables que fueron adoptadas tanto en sede administrativa como en sede judicial en el caso de la señora Perrone, particularmente por la Dirección de Asuntos Técnicos y Jurídicos de la DGI y el fallo de segunda instancia emitido por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones de septiembre de 1993, aunque finalmente fueran desestimadas en sede judicial. Por tal razón desestimó la excepción preliminar de indebido agotamiento de los recursos internos.

III. Fondo. En vista de la limitación temporal para evaluar hechos anteriores a la ratificación de la Convención y al reconocimiento de la competencia de la Corte por parte de Argentina (1984), la Corte sólo examinó los procesos administrativos y judiciales iniciados por la señora Perrone y el señor Preckel para reclamar los haberes dejados de percibir por su detención arbitraria y exilio (en el caso del señor Preckel).

A. Deber de motivar y derecho a la protección judicial La Corte estableció que tanto en el caso del señor Preckel como en el caso de la señora Perrone las decisiones judiciales que quedaron en firme desestimaron las solicitudes presentadas por las presuntas víctimas con base en la aplicación de la normativa interna que señalaba que no había lugar a percibir salarios por servicios no prestados. Sin entrar a determinar cuál era la tesis correcta a la luz del derecho interno, la Corte estableció que las decisiones judiciales que decidieron de forma definitiva las demandas presentadas por el señor Preckel y la señora Perrone motivaron de forma suficiente por qué no eran aplicables las excepciones que alegaban al principio establecido normativa y jurisprudencialmente de que no procede el pago de sueldo por funciones no prestadas. Además de explicar que en estos casos se debatía la responsabilidad de la DGI como empleador y no la responsabilidad del Estado por los actos ilegítimos del gobierno de facto de los cuales habían sido víctimas los demandantes.

Por lo tanto la Corte consideró que tanto la Cámara de Apelaciones como la Corte Suprema de Justicia examinaron los hechos, alegatos y argumentos presentados por las partes sometidos a su conocimiento. En consecuencia, las sentencias que quedaron en firme no incurrieron en la alegada falta de motivación. En el mismo sentido concluyó que las presuntas víctimas tuvieron acceso a un recurso judicial efectivo pues las autoridades competentes examinaron las razones invocadas por los demandantes y se pronunciaron respecto de ellas.

En consecuencia, el Tribunal concluyó que el Estado no es responsable por la violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones previstas en el artículo

1.1 del mismo instrumento, respecto de la señora Elba Clotilde Perrone y el señor Juan José Preckel.

B. Garantía del plazo razonable. Para estudiar la alegada violación de la garantía del plazo razonable, la Corte estimó pertinente examinar la duración del procedimiento administrativo y del proceso judicial de forma conjunta, pues el trámite de la reclamación administrativa era un presupuesto necesario para acudir a la vía jurisdiccional. En vista de lo anterior la duración total de los procedimientos administrativo y judicial fue de trece años y catorce días en el caso de la señora Perrone (de los cuales más de once años transcurrieron a partir del reconocimiento por parte de Argentina de la competencia de la Corte) y aproximadamente diez años y once meses en el caso del señor Preckel. La Corte determinó que dado la falta de antecedentes y las eventuales implicaciones colectivas de la reclamación administrativa fue necesaria la consulta a diversas entidades internas, situación que pudo tornar compleja la resolución del asunto en un primer momento ante las autoridades administrativas. Igualmente constató que las presuntas víctimas dieron seguimiento e impulso a sus procesos, por lo que no se desprende que su actividad haya constituido alguna forma de obstrucción o dilación indebida. La Corte verificó el prolongado período transcurrido desde la presentación inicial de las reclamaciones ante la DGI hasta su decisión definitiva en sede administrativa. La señora Perrone recibió la primera respuesta más de un año después de haber presentado su solicitud inicial, y a continuación las autoridades competentes tardaron más de un año en emitir cada uno de los tres siguientes dictámenes. Además, ante la tardanza en resolver por parte de las autoridades administrativas el 2 de diciembre de 1985 la señora Perrone solicitó la pronta resolución de su solicitud. Por último, el recurso jerárquico que interpuso contra la resolución definitiva del Director General de la DGI nunca fue resuelto. En cuanto al señor Preckel su procedimiento administrativo tardó 2 años y 5 meses, y en ese lapso las autoridades administrativas sólo expidieron una decisión, en cumplimiento de una orden judicial, lo cual denota una demora injustificada de la administración.

La etapa judicial tardó 7 años y 11 meses en ambos casos, con 4 decisiones respecto del señor Preckel y con 3 decisiones respecto de la señora Perrone. La primera instancia transcurrió desde junio de 1988 a febrero de 1992 en ambos casos, es decir aproximadamente tres años y ocho meses, pese a que se trataba de un asunto que versaba exclusivamente sobre la interpretación de la normatividad laboral interna. Si bien el trámite de la segunda instancia fue breve en ambos casos, el trámite de los recursos posteriores tardó más de dos años en el caso de la señora Perrone y más de tres años en el caso del señor Preckel, a pesar de que no se presentaran complejidades fácticas o sustanciales particulares que justificaran el plazo en la resolución de los recursos planteados. De lo anterior, se desprende que particularmente el proceso judicial se extendió de manera injustificada, frente a controversias en la cual sólo había un demandante en cada uno de los procesos, carecían de complejidad probatoria y solamente se debatían cuestiones de carácter interpretativo. En vista de lo anterior, tomando en cuenta las características particulares del caso, la Corte concluyó que la duración del procedimiento administrativo y del proceso judicial en su conjunto, excedió el plazo razonable de manera injustificada, en contravención del artículo 8.1 de la Convención Americana.

IV. Reparaciones. La Corte ordenó al Estado, como medidas de reparación: i) publicar la Sentencia de la Corte Interamericana y su resumen, y ii) pagar la cantidad fijadas en la Sentencia por concepto de daño inmaterial y costas.

## **LISTADO DE JURISPRUDENCIA ARGENTINA SELECCIONADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2019<sup>1</sup>**

Por *JULIO CÉSAR CÓRDOBA*<sup>2</sup>

### **1. CSJN, S., F. A. c. L., C. L. s. exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera**

Adopción internacional. Adopción plena otorgada en México. Reconocimiento de sentencia. CIDIP II sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos extranjeros. CPCCN: 517. Orden público internacional. Convención sobre los Derechos del Niño. Código Civil y Comercial: 2637. Denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por adopciones irregulares. Medidas preliminares solicitadas por la Defensora de Menores. Rechazo. Celeridad procesal. Resolución directa del fondo de la cuestión.

### **2. CSJN, 24/09/19, Deutsche Rückversicherung AG c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidac. y otros s. proceso de ejecución**

Arbitraje internacional. Arbitraje con sede en Nueva York. Ejecución de laudo extranjero. Convención de Nueva York 1958. Normas más favorables. CPCCN: 517. Orden público internacional. Revisión del fondo. Revisión del derecho aplicable. Improcedencia. Ley de consolidación.

<sup>1</sup> A requerimiento de la Asociación he seleccionado para este listado solamente algunos de los fallos dictados en el año 2019. Todas las sentencias, al igual que otras pronunciadas en el mismo periodo, pueden consultarse en el sitio DIPr Argentina (<http://www.diprargentina.com/>).

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Internacional Privado y Comunitario, Universidad Nacional de Chilecito.

**3. Cámara de Apelaciones de Familia, Mendoza, 03/10/19, K., K. J. c. P., C. S. s. restitución internacional**

Restitución internacional de menores. Madre argentina. Padre estadounidense. Menor nacida en Argentina. Traslado a EUA. Denuncia de violencia. Regreso a Argentina de la madre y la menor. Convención La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Código Civil y Comercial: 2614, 2642. Residencia habitual de la menor en Argentina. Rechazo de la restitución.

**4. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Santa Rosa, La Pampa, 31/10/19, A., D. M. c. F. S., I. J. s. sumarísimo**

Jurisdicción internacional. Restitución internacional de menores. Caso conectado con Estados Unidos de América. Viaje de toda la familia a Argentina. Regreso del padre con las menores a EUA. CIDIP IV Restitución internacional de menores (inaplicabilidad). Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Convención sobre los Derechos del Niño. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW). Convención de Belem do Pará. Reglas de Brasilia. Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños. Código civil y comercial: 2642, 2602. Foro de necesidad. Guías de buenas prácticas. Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. Adhesión de La Pampa.

**5. CNCiv. y Com. Fed., sala II, 04/07/19, Apple Inc. c. Unitech SA s. cese de oposición al registro de marca.**

Arraigo. Supresión. Código Civil y Comercial: 2610. Igualdad de trato procesal. Garantía del acceso a la jurisdicción. Naturaleza cautelar. Interpretación restrictiva. CPCCN: 348. Aplicación. Interpretación sui generis. Exigencia de arraigar.

**6. CNCom., sala A, 12/09/19, Posco Daewoo Corporation c. Ambassador Fueguina SA s. ejecutivo**

Arraigo. Garantía del acceso a la jurisdicción. Naturaleza constitucional. Protocolo de Las Leñas. Convención sobre Procedimiento Civil La Haya 1954. Código Civil y Comercial: 2601, 2610. Tendencia a su supresión. Igualdad de trato procesal. CPCCN: 348. Derogación. Aplicación a personas físicas y jurídicas. Sucursal inscripta en Argentina. Constituye domicilio a efectos del arraigo.

**7. CNCiv. y Com. Fed., sala I, 13/06/19, Petroliam Nasional Berhad c. Papel Prensa SAICF Y DE M s. cese de oposición al registro de marca.**

Arraigo. Interpretación restrictiva. Tendencia a su supresión. Código Civil y Comercial: 2610. Garantía del acceso a la jurisdicción. Igualdad de trato procesal. CPCCN: 348. Derogación. Convención sobre Procedimiento Civil La Haya 1954. Protocolo de Las Leñas.

**8. CNCiv. y Com. Fed., sala I, 23/05/19, Assine S.A. c. Estado Nacional Ministerio de Defensa s. proceso de conocimiento.**

Contrato de fletamento a tiempo. Arraigo. Improcedencia. Convenio bilateral con Uruguay sobre igualdad de trato procesal y exhortos. Sociedad constituida en el extranjero (Uruguay). Protocolo de Las Leñas. Convención sobre Procedimiento Civil La Haya 1954. Código Civil y Comercial: 2610. Garantía del acceso a la jurisdicción. Igualdad de trato procesal. Relación entre convenciones. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

**9. CNCom., sala F, 19/02/19, Vineys, Francisco y otro c. Guzmán, Andrés Rene s. exequatur**

Reconocimiento de sentencias. Juicio tramitado en EUA. Promissory notes. CPCCN: 517. Arraigo. Interpretación restrictiva.

Garantía del acceso a la jurisdicción. Tendencia a su supresión. Convención sobre Procedimiento Civil La Haya 1954. País no ratificante. CPCCN: 348. Tasa de justicia. Determinación. Litigio de monto indeterminado.

**10. CNCiv., sala I, 14/03/19, Escobar de Meaurio, Mavis Rosa s. sucesión ab intestato.**

Sucesión internacional. Jurisdicción internacional. Último domicilio del causante en Paraguay. Bienes inmuebles en Argentina. Código Civil: 10. Código Civil y Comercial de la Nación: 2643. Competencia de los jueces argentinos.

**11. CNCiv., sala G, 24/04/19, Cousillas Anido, Francisco s. sucesión testamentaria**

Sucesiones internacionales. Último domicilio del causante en Argentina. Bien inmueble en España. Legado. Jurisdicción internacional. Código Civil y Comercial de la Nación: 2643, 2644. Incompetencia de los tribunales argentinos.

**12. CNCiv., sala J, 27/03/19, Di Gregorio, Juan Raúl s. sucesión ab-intestato**

Sucesiones internacionales. Último domicilio del causante en Argentina. Bien inmueble en España. Proceso sucesorio tramitado en Argentina. Código Civil y Comercial: 2643. Inscripción de la declaratoria respecto del inmueble en España. Rechazo. Expedición de copias.

**13. CNCiv., sala J, 08/10/19, B. A., A. M. c. M. T., X. M. y otro s. impugnación de filiación.**

Jurisdicción internacional. Impugnación de filiación. Convención sobre los Derechos del Niño. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980.

CIDIP IV Restitución internacional de menores. Interés superior del niño. Principio de inmediatez. Código Civil y Comercial: 2602, 2631. Domicilio de quien reclama el emplazamiento filial (Bolivia) o del pretendido progenitor (Bolivia). Foro de necesidad. Incompetencia de los tribunales argentinos.

**14. CNCom., sala F, 16/04/19, Tecmaco Integral S.A. c. JCB Landpower Limited y otros s. medida precautoria.**

Medidas cautelares. Medida de no innovar. Continuidad del contrato. Contrato de distribución. Autonomía de la voluntad conflictual. Pacto de jurisdicción Inglaterra y Gales. Código Civil y Comercial: 2603, inc. b. Medida cautelar territorial. Urgencia. Finalización del contrato. Cuestión abstracta. Medida autosatisfactiva. Rechazo de la demanda.

**15. CNCiv. y Com. Fed., sala I, 30/10/19, Brophy Mark y otros c. buque RCGS Resolute s. embargo de buque/interdicción de navegar**

Medidas cautelares. Embargo de buque de bandera portuguesa. Interdicción de salida. Ley de navegación: 539, 541. Verosimilitud del derecho. Falta de prueba. Documentos sin traducir. Crucero con pasajeros a bordo. Buque pronto a zarpar. Rechazo de la medida.

**16. CNCiv. y Com. Fed., sala II, 20/05/19, Sosa, Lucas Ramón y otros c. Varena Maritime Services S.A. s. embargo de buque interdicción de navegar**

Cooperación judicial internacional. Medidas cautelares. Embargo de buque de bandera paraguaya. Interdicción de navegar. Anotación en Paraguay y Brasil. Exhorto. Protocolo de Ouro Preto. Ley de navegación: 482.

**17. CNCiv. y Com. Fed., sala III, 30/05/19, Aidelman, Aylen Marina c. El Al Israel Limited s. incumplimiento de contrato.**

Jurisdicción internacional. Transporte aéreo internacional. Transporte de personas. Francia – Israel. Convenio de Montreal de 1999. Código Civil y Comercial: 2594, 2602, 2608. Contratación por internet. Foro de necesidad. Excepción de incompetencia de los tribunales argentinos.

**18. CNCom., sala A, 30/12/19, Faes, Nicolás c. Buenas Vibras S.R.L.**

Contrato de viaje. India. Documentación necesaria para el ingreso a terceros países. Falta de visa. Convención Internacional sobre contratos de Viaje Bruselas 1970. Denuncia. Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediación y representación La Haya 1978. Código Civil y Comercial: 2655. Derecho aplicable. Domicilio del consumidor. Organizadora de viaje. Agencia de viaje. Incumplimiento contractual. Deber de información. Responsabilidad. Condiciones generales de contratación. Ley de defensa del consumidor.

**19. CNCiv. y Com. Fed., sala III, 12/03/19, Azcona, Fernando y otros c. Aerolíneas Argentinas S.A. y otros s. incumplimiento de contrato**

Contrato de viaje. Brasil. Cambio de horario del vuelo. Cancelación del viaje. Organizadora de viaje. Intermediaria. Convención internacional sobre contrato de viaje Bruselas 1970. Responsabilidad. Agencia de viaje. Deber de información. Incumplimiento contractual. Frustración del contrato. Daño moral. Ley de defensa del consumidor.

**20. CNCiv. y Com. Fed., sala III, 19/02/19, Ure, Florencia Raquel c. Aerovías de México S.A. s. pérdida/cobro de sumas de dinero**

Transporte aéreo internacional. Transporte de personas. EUA – México – Argentina. Faltante en equipaje despachado. Prueba. Convenio de Montreal de 1999.

**21. CNCiv. y Com. Fed., sala II, 23/09/19, Avella, Bettina Karen y otro c. Viajes ATI SA Empresa de Viajes y Turismo y otro s. incumplimiento de contrato**

Transporte aéreo internacional. Transporte de personas. Argentina – Venezuela – Argentina. Retraso del vuelo. Pérdida de conexión. Responsabilidad. Daño moral. Convenio de Montreal de 1999. Limitación de responsabilidad. Daños punitivos. Improcedencia. Contrato de viaje. Organizadora de viaje. Intermediaria. Responsabilidad. Agencia de viaje. Convención internacional sobre contrato de viaje Bruselas 1970. Ley de defensa del consumidor. Exoneración de responsabilidad por incumplimiento de terceros.

**22. CNCiv. y Com. Fed., sala II, 12/09/19, Fernández, Noelia Vanesa y otro c. Conviasa SA y otro s. incumplimiento de contrato**

Transporte aéreo internacional. Transporte de personas. Argentina – Venezuela – Argentina. Retraso del vuelo. Pérdida de conexión. Responsabilidad. Daño moral. Convenio de Montreal de 1999. Limitación de responsabilidad. Contrato de viaje. Organizadora de viaje. Intermediaria. Convención internacional sobre contrato de viaje Bruselas 1970. Responsabilidad. Agencia de viaje. Ley de defensa del consumidor. Exoneración de responsabilidad por incumplimiento de terceros.

**23. CNCiv. y Com. Fed., sala II, 26/12/19, Giani Diego Ángel c. Iberia Líneas Aéreas de España S.A. s. incumplimiento de contrato**

Transporte aéreo internacional. Transporte de personas. República Checa – España – Argentina. Pérdida de conexión. Responsabilidad. Presentación tardía en el aeropuerto. Falta de la documentación necesaria. No show. Overbooking. Falta de prueba. Convención de Varsovia de 1929. Convenio de Montreal de 1999. Limitación de responsabilidad. Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo. Rechazo de la demanda.

**24. CNCom., sala C, 08/10/19, Roca Sanitario S.A. c. Blattar S.R.L.**

Compraventa internacional de mercaderías. Incoterms. Cláusula EXW. Vendedor España. Comprador Argentina. Falta de pago.

**25. CNCom., sala B, 22/04/19, Transporte Rodríguez S.A. contra JBS Argentina S.A. sobre ordinario.**

Transporte terrestre internacional. Transporte de mercaderías. Argentina – Chile. Cobro de fletes. Responsabilidad. Daños a la mercadería. Protesta. Prueba pericial arbitral. Necesariedad.

**26. CNTrab., sala X, 04/09/19, Battaglia, Hernán Pablo y otro c. Coppel S.A. s. despido.**

Contrato de trabajo. Relación de trabajo. Lugar de celebración: México. Lugar de cumplimiento: México. Sociedad matriz constituida en el extranjero (México). Sociedad constituida en Argentina controlada por la sociedad extranjera. Demanda laboral. Derecho aplicable. Argentina. Ley de Contrato de Trabajo: 3. Código Civil: 1209, 1210. Principios del derecho laboral. Primacía de la realidad. Irrenunciabilidad. Orden público internacional.

**27. CNTrab., sala VII, 24/04/19, De Pablos Suoza, Tomás Manuel c. Hope Funds S.A. y otros s. despido.**

Contrato de trabajo. Lugar de celebración: Indonesia. Lugar de cumplimiento: Indonesia. Rechazo de la demanda. Derecho aplicable. Ley de Contrato de Trabajo: 3. Código Civil: 1210.

**28. CNCiv., sala E, 17/05/19, Bethesda Hospital Inc. c. Assist Card Argentina SA de servicios y otros s. daños y perjuicios**

Cooperación judicial internacional. Traslado de demanda. Notificación. Demandado con domicilio en Argentina. Convención de La Haya de 1965 sobre Notificación de Actos Judiciales en el Extranjero. Convención de La Haya de 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros. Nulidad de la notificación. Rechazo.

**29. CNCom., 14/03/19, Luis y Miguel Zanniello SA s. concurso preventivo s. inc. de verificación de crédito por Co.Mi.Tral Ltda.**

Transporte terrestre internacional. Brasil – Argentina. Convenio sobre Transporte Internacional Terrestre. Agente de carga internacional. Concepto. Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediación y representación La Haya 1978. Carta de porte. Condiciones generales del contrato de transporte. Autonomía de la voluntad material. Derecho aplicable. Código Civil: 1210. Prestación más característica. Lugar de entrega. Código Civil y Comercial: 2651, 2652. Ley aplicable al proceso. Lex fori. Ley de concursos: 1, 2, 4.

---

**IN MEMORIAM**

---



## HOMENAJE A FEDERICO LERNER

AMALIA URIONDO

De las actividades que me merecen mayor respeto es la de editor, máxime cuando esa persona tiene lo que en el lenguaje coloquial llamamos alma de librero. Sin duda Federico gozaba de ese atributo. Ello se debe a que él demostró amor por la literatura, por su vehículo el libro y, en definitiva, rindió pleitesía a la musa sabiduría, esto es, a la experiencia acumulada por la humanidad para ayudar a hacer más llevadera y fructífera la vida de los seres humanos.

La “Nota sobre (hacia) Bernard Shaw” por Jorge Luis Borges encierra una admirable noción del libro, de la que copio estas palabras:

“[...] un libro es más que una estructura verbal, o que una serie de estructuras verbales; es el diálogo que entabla con su lector y la entonación que impone a su voz y las cambiantes y durables imágenes que deja en su memoria. Ese diálogo es infinito; [...] La literatura no es agotable, por la suficiente y simple razón de que un solo libro no lo es. El libro no es un ente incomunicado: es una relación, es un eje de innumerables relaciones. Una literatura difiere de otra, ulterior o anterior, menos por el texto que por la manera de ser leída: si me fuera otorgado leer cualquier página actual —ésta, por ejemplo— como la leerán el año 2000 yo sabría cómo será la literatura del año 2000”<sup>1</sup>.

Los papeles tan diversos del editor, el difusor del ejemplar, se pueden unir casi en una simultaneidad dentro del mismo sujeto,

<sup>1</sup> BORGES, JORGE LUIS, “Notas sobre (hacia) Bernard Shaw” en *Otras inquisiciones*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1960, pp. 217-218.

como lo demuestran las largas listas de publicaciones de ediciones Lerner que se exhiben en cada número, los anuncios sobre obras ya editadas y anticipos de las próximas. Como sostenía con provocación el bibliógrafo Roger Stoddard, “hagan lo que hagan, los autores no escriben libros...”, sino textos, en este marco aquellos son el resultado de una labor enorme y silenciosa de una serie de agentes y procesos que los van a llevar a las manos de sus lectores.

Dos pilares sostienen la integridad de los editores: su respeto y reconocimiento al don de la creatividad ajena; y la convicción de que la expansión de la cultura es la tabla de salvación, la rueda que mueve el mundo.

En tal sentido, Federico a lo largo y ancho de su vida demostró y sostuvo con hechos esos valores. “Por el fruto conoceréis el árbol” y la vendimia de la labor que él desarrolló, es prolífica y versátil. Le debemos respeto y afecto, pues por su inmensa generosidad pudimos hacer conocer nuestros saberes y propuestas.

El resultado de una dilatada, paciente y artesanal tarea de la sólida empresa editorial son los sucesivos Anuarios de la Asociación Argentina de Derecho Internacional que representan un aporte formativo, tanto para especialistas, como para una comunidad más amplia.

La editorial homónima publicó títulos importantes, éxito de ventas; y también editó volúmenes que el director sabía por su enorme experiencia que no se venderían nunca. Todo aquello le granjeó la amistad y respeto de colegas, escritores que no dudaban en solicitar su consejo.

En este universo de la cultura impresa, Federico nunca retrocedía ante la posibilidad de tomarse un café, escuchar historias y sostener una buena conversación. Tampoco parecía incomodarse por las visitas de los autores ni les negaba un favor a los más ansiosos que reclamaban celeridad en la publicación de su estudio.

Estamos en deuda con él. Pero para aquellos que tuvimos la suerte de tratarlo, sabemos que no esperaba reconocimiento alguno, aunque tampoco se le pasaba por la mente instar su cancelación. Tal era su humildad. Siempre fue un caballero con un corazón

muy grande en el que cabíamos todos los que solicitamos su concurso.

Amigo, testimoniamos tu inconmensurable contribución y entrega al loable quehacer publicista. Has puesto tu coma en la obra de creación así como dejado un recuerdo imperecedero en el ámbito académico y profesional de Córdoba. Por ello, en nombre de la Asociación Argentina de Derecho Internacional te rendimos el justo homenaje que mereces citando unos versos de Miguel de Unamuno:

Leer, leer, leer; vivir la vida  
que otros soñaron;  
leer, leer, leer; el alma olvida  
las cosas que pasaron;  
se queda en las que quedan, las ficciones,  
las flores de la pluma,  
las solas, las humanas creaciones,  
el poso de la espuma.  
Leer, leer, leer, ¿seré lectura  
mañana también yo?...<sup>2</sup>

Con el viaje de Federico Lerner, la calle Simón Bolívar ya no será la misma.

<sup>2</sup> DE UNAMUNO, MIGUEL, "Poema 1181", 12 de julio, 1929, en *Obras Completas, V - Cancionero. Poesías sueltas. Traducciones*, Ediciones de la Fundación Castro, Madrid, 2002, p. 587.



---

# **INSTITUCIONAL**

---



# **XXXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**

**Asamblea General Ordinaria de la  
Asociación Argentina de Derecho Internacional – AADI – 2019**

**Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba**

**Ciudad de Córdoba, provincia de Córdoba,  
República Argentina  
4, 5, 6 y 7 de septiembre de 2019**

## **MEMORIA DEL PERÍODO ESTATUTARIO 2018-2019**

### **Señores miembros de la A.A.D.I:**

A efectos de dar cumplimiento a lo normado en los artículos 25 del Estatuto, 16 del Reglamento de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y concordantes de ambos, se pone a vuestra consideración la Memoria de la labor realizada por la Asociación Argentina de Derecho Internacional durante el período estatutario 2018-2019. En este período se ha destacado el desarrollo de las actividades científicas y académicas que son nuestro objetivo y razón de ser desde el punto de vista institucional y la promoción de las mismas a través de incentivos y estímulos a los jóvenes profesionales y docentes del derecho internacional. Con un constante y efectivo trabajo de Presidencia, Vicepresidencia, Secretaría, Tesorería y Consejeros, hemos logrado, en este ejercicio, mantener la regularidad institucional y económica de nuestra Asociación. Lo realizado surge de lo expresado en esta Memoria y Balance que ponemos a vuestra consideración.

## **I. MARCO GENERAL**

La tarea desarrollada ha dado cumplimiento a las normas estatutarias y reglamentarias, atendiendo especialmente a la consecución de los fines de la Asociación establecidos en el artículo 3 del Estatuto.

## **II. FUNCIONAMIENTO INSTITUCIONAL.**

### **1. Autoridades. Composición del Consejo Directivo y Revisores de Cuentas.**

Al inicio del presente ejercicio (1 de agosto de 2018), se encontraban en funciones las nuevas autoridades surgidas del acto eleccionario del día 8 de septiembre de 2017, en ocasión de la realización del *XXIX° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL*, que tuviera lugar en la Sede de la Facultad de Derecho de la de la Universidad Nacional de Cuyo (UNCu), sita en Predio Universitario Parque General San Martín, Florencio Varela 1903 de la ciudad de Mendoza, Provincia de Mendoza. El escrutinio de los votos de elección de integrantes del Consejo Directivo y Revisores de Cuentas de la Asociación para el período 2017-2019, dio el siguiente resultado: Presidente: Luis Cruz PEREYRA; Vicepresidente: Marta Yolanda TEJERIZO; Secretario: Demetrio Oscar GONZÁLEZ PEREIRA; Prosecretaria; Adriana CASTELANELLI; Tesorero: Roberto VICARIO; Protesorero: Guillermo ARGERICH; Consejeros Titulares: Armando ABRUZA, Alejandro MENICOCCI, Analía CONSOLO, Ariel MANSI, Jorge PALADINO y Anunciada LATTUCA. Consejeros Suplentes: Eloísa RAYA DE VERA y Alberto MONSANTO; Revisor de Cuentas Titular: Enrique MUSSEL; Revisor de Cuentas Suplente: Néstor PULICHINO. Comités de Secciones. Derecho Internacional Público: Director: Graciela Rosa SALAS; Secretario: Leopoldo Mario Rodolfo Godio; Derecho Internacional Privado: Directora: Carolina IUD, Secretaria: Lorena Greselin. Sección Relaciones Internacionales: Director: Carlos BIANGARDI DELGADO, Secretario: Juan Carlos Pérsico; Sección Derecho de la Integración: Directora: Silvina BARON KNOLL; Secretaria: Georgina Alejandra Guardatti; Sección Documentación, Metodología y

Enseñanza del Derecho Internacional: Directora: María Gloria BOTTILIERI, Secretaria: Zulema Rodrigo; Sección Derechos Humanos: Directora: Andrea STRAZIUSO, Secretario: Sebastián Rey.

Las nuevas autoridades fueron proclamadas por los miembros titulares presentes en la Asamblea, habilitados para votar.

En la reunión de Consejo Directivo realizada el 16 de diciembre de 2017, en la sede de la Asociación, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, ante la vacante producida por el fallecimiento del Dr. Jorge Oscar Paladino, se designó a la consejera suplente Eloísa RAYA de VERA como Consejera Titular. Asimismo, se aceptó la renuncia de Sebastián Rey al cargo de Secretario de la Sección Derechos Humanos.

## **2. Incorporación de nuevos miembros**

En el *XXX° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL*, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), sita en Córdoba 2020 de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, se aprobó la incorporación de: Dieciséis (16) Miembros Asociados: BARROS, Lilia Mónica; CARDOZO, Norma de las Nieves; CASTILLO, Nadia Elizabeth, COCOMAZZI, Romina Ayelén; COLQUICOCHA MARTINEZ, Miguel Ladislao; FERREYRA, María Eugenia; GARCIA, Gustavo Eduardo; OVIEDO GUZMAN, María Silvia; PROTTI, Lucia, RODRIGUEZ, Facundo Daniel; SZMOISZ, Carolina Erika; VENTURINI, Alejandra Beatriz; ZACUR, Ana Belén. Seis (6) Miembros Titulares: BARRAZA, Alejandro Gustavo; CASOLA, Laura Angélica; ESPARZA, María Andrea; GATTI, Lidia Virginia; JALIL, Marta Evelina y MUÑOZ JEREZ, María Herminia. Cinco (5) Cambios de Categoría de Asociados a Titulares: AZAR, María Cecilia, ESPASA; María Luciana; MELANO, Sebastián; ROSA VILARDO, María Laura y VILLALBA, Guillermo Manuel. UN (1) miembro Correspondiente por la República de Chile, Profesora CATALAN RAMIREZ, Nadya Aurora.

## **3. Reuniones del Consejo Directivo**

Consensuado por los Sres. Miembros del CD, se establecieron

las siguientes fechas y sedes de reuniones: 25 de agosto de 2018, en la Sede de la Asociación Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe; el 31 de octubre de 2018 en la Sede de la Asociación Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe; 15 de diciembre de 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 16 de marzo de 2019 en la sede de la Asociación, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe y el 29 de junio de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, ciudad de Mendoza Provincia de Mendoza, siendo la próxima reunión el 4 de septiembre de 2019, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba, previa al inicio del XXXI° Congreso Argentino de Derecho Internacional, en el lugar de su sede.

#### **4. Actualización del padrón**

Durante el período de esta Memoria se continuó trabajando en la actualización y depuración del Padrón de Miembros de la Asociación, en el marco de lo establecido en el Capítulo II y III artículos 20, 32 y 33 del Estatuto, habiéndose contado para ello con la actividad del Señor Presidente, Tesorero y Secretario, además de la constante colaboración de los demás Consejeros, siendo la situación al 31 de julio de 2019 el siguiente: El Registro de Miembros Histórico, asciende a los 1022 Miembros. Todos los Miembros se encuentran inscriptos en el Libro de Registro de Asociados de la AADI. De ese total, 422 se encuentran con distintas obligaciones incumplidas, 34 han renunciado, 118 han fallecido y 220 son Correspondientes. En definitiva, se encuentran en condiciones de regularidad 228 Miembros incluidos los ingresados en el año 2018.

#### **5. Regularización institucional**

El Señor Presidente, Luis Cruz Pereyra, la Vicepresidente Marta Tejerizo, el Secretario, Oscar González Pereira y el Tesorero Roberto Vicario, conjuntamente con los Sres. Consejeros Alejandro Aldo Menicocci y Andrea Straziuso, para regularizar la situación registral

de la Asociación Argentina de Derecho Internacional- AADI, ante Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe, atento a cambios producidos en su procedimiento que han demorado la inscripción de los ejercicios 2014/2015 y 2015/2016 y que, como se informará en la Asamblea, hacen necesaria algunas modificaciones estatutarias a efectos de llevar, en legal y debida forma, los libros sociales obligatorios y la correcta realización de los actos asamblearios. En tal sentido se encuentran regularizadas las inscripciones a la fecha, quedando pendiente la del ejercicio 2017/2018 y la inscripción y registro de la reforma estatutaria aprobada por Asamblea Extraordinaria de fecha 7 de septiembre de 2018 en el marco del XXX Congreso Argentino de Derecho Internacional realizado en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe. Por lo tanto, a la fecha de la presente, se encuentra vigente el texto del Estatuto Social aprobado y registrado en la Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe y que data su última modificación del año 2009.-

## **6. Cuota social**

En la reunión de Consejo Directivo realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 15 de diciembre de 2018, se aprobó por mayoría de los Consejeros presentes el importe de la cuota social para el año 2019 fijándose en \$ 1.200,00 (pesos un mil doscientos) para los miembros asociados y \$ 1.800,00 (pesos un mil ochocientos) para los miembros titulares.

## **7. Aprobación de reforma a normas Estatutarias**

Con fecha 3 de noviembre de 2018 se realizó en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, la Asamblea General Extraordinaria convocada en los términos de los Artículos 24, 26, 27 y 42 del Estatuto Social, a fin de proceder al análisis y aprobación de la Reforma Estatutaria de la Entidad, a efectos de adecuar su funcionamiento a las observaciones formuladas por la Inspección General de Personas Jurídicas de Santa Fe, a la denominación del Órgano Directivo y a la necesidad de debida publicación de Asambleas. Asimismo, se aconsejó la modificación de cierre de ejercicio económico del 31 de

julio de cada año al 30 de junio a fin de favorecer los tiempos legales con la celebración de los Congresos y Asambleas de la Entidad. Por otra parte, se aconsejó la reducción de los miembros del Consejo Directivo en especial de Consejeros a fin de agilizar su funcionamiento, entre otros detalles menores de actualización. Ante la propuesta realizada por el Consejo Directivo y con quórum suficiente para sesionar se aprobó la reforma de los artículos 2, 7, 10, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39 y 42.

Cumplidos los procedimientos administrativos, la inscripción de la reforma estatutaria se presentó para su consideración ante la Inspección General de Personas Jurídicas de Santa Fe, la cual se encuentra, a la fecha del cierre de la presente Memoria, en trámite.

### **III.- ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**

#### **1. Consejo de Redacción del Anuario**

Durante el presente período, el Consejo de Redacción ha continuado conformado de acuerdo a lo resuelto en la reunión de Consejo Directivo llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), el día 4 de junio de 2016.

De tal manera el Consejo de Redacción está integrado de la siguiente manera:

*Director Luis Cruz Pereyra, Secretario Julio César Córdoba, Derecho Internacional Público: Gustavo Barbarán y Armando Abruza; Derecho Internacional Privado: Amalia Uriondo de Martinoli y Horacio Piombo; Relaciones Internacionales: Ariel Mansi y Guillermo Rossi; Derecho de la Integración: Arturo Pagliari y Alberto Monsanto; Documentación, Metodología y Enseñanza: Guillermo Argerich; Derechos Humanos: Víctor Bazán.*

#### **2. Propuestas de intercambio de Anuarios entre Asociaciones Académicas y Científicas.**

El Sr. Director del Anuario, Dr. Luis Cruz Pereyra ha informado sobre las solicitudes efectuadas por Asociaciones Científicas o Académicas de distintos países para el canje de publicaciones pero que el tema de costos de envíos es una seria dificultad para lograr ese cometido. Asimismo, el Consejo Directivo ha resuelto que el tema sea analizado en forma particular en cada caso y se respeten los criterios ya establecidos en cuanto a aceptaciones y cumplimiento del Reglamento de publicación.

### **3. Edición y distribución T° XXV.**

Se editó el *T° XXV del Anuario (2016)* el cual fue presentado y distribuido en el XXIX° Congreso Argentino de Derecho Internacional, llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (UNCuyo), ciudad de Mendoza, realizado los días 06, 07, 08 y 09 de septiembre de 2017. Se continuó realizando una labor conjunta de distribución posterior para su mayor difusión, durante el periodo que se informa. Asimismo, se han tomado decisiones tendientes a mejorar aún más la calidad de la publicación.

**4. Edición, presentación y distribución del T° XXVI (2017) del Anuario Argentino de Derecho Internacional**, el cual fue presentado y distribuido en el XXX° Congreso Argentino de Derecho Internacional, llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, República Argentina, los días 31 de Octubre, 1, 2 y 3 de Noviembre de 2018.

Se ha continuado con la labor de distribución y envío del Anuario a Instituciones locales y extranjeras.

A los fines de evitar gastos de envío, se ha realizado la entrega de ejemplares a las Bibliotecas de la Cortes Suprema de Justicia de la Nación, tribunales nacionales y provinciales, Universidades y Colegios profesionales, a través de los Sres. Miembros del Consejo Directivo y del Consejo de Redacción.

5. Está en preparación el Tomo XXVII - 2018 del Anuario Argentino de Derecho Internacional el cual será presentado y distribuido en el próximo XXXI° Congreso Argentino de Derecho Internacional, A *50 Años de la fundación de la AADI*, a realizarse en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, los días 04, 05, 06 y 07 de Septiembre de 2019.

#### **IV. ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y CIENTÍFICAS**

##### **1. CONGRESOS**

###### **a) XXX° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL. AADI**

En la Asamblea Plenaria llevada a cabo el día 9 de septiembre de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, en la ciudad de Mendoza, el Sr. Presidente de la Asociación informó a la Asamblea y aprobó por unanimidad la postulación de la Sede y fecha de realización del XXX° Congreso Argentino de Derecho Internacional y de la Asamblea General Ordinaria 2018 de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario a fin de conmemorar los cincuenta años del primer encuentro de profesores de derecho internacional que dio lugar a la fundación de la AADI, el cual se realizó en la ciudad de Rosario en las fechas coincidentes con ese evento, proponiendo los días 31 de octubre y 1, 2 y 3 de noviembre de 2018.

A continuación se detalla la lista de los temas tratados, aprobados por el Consejo Directivo de la Asociación para dicho Congreso.

###### ***Sección de Derecho Internacional Público***

Tema: *“Desarrollos normativos recientes en materia antártica en el marco de las reuniones consultivas: evaluación y perspectivas”*.

Relator: Máximo Gowland

**Sección de Derecho Internacional Privado**

Tema: *“Arbitraje Comercial Internacional”*

Relator: Roque Caivano

**Sección de Relaciones Internacionales**

Tema: *“Desafíos para estructurar una política exterior en el siglo XXI”*

Relator: Horacio Daniel Piombo

**Sección de Derecho de la Integración**

Tema: *“Requerimientos de la Integración Regional en el nuevo escenario global. A propósito de los mega acuerdos regionales. Especial referencia a la inserción internacional del MERCOSUR”.*

Relator: Félix Peña

**Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional**

Tema: *“El arte como vehículo en la formación de los profesionales del derecho”*

Relatora: Paula María All

**Sección de Derechos Humanos**

Tema: *“Balance y perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 40 años de su vigencia”*

Relator: Marcelo Trucco

**b) XXXI° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL-AADI**

En la Asamblea Plenaria llevada a cabo el día 6 de setiembre de 2018 en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el Sr. Presidente de la Asociación Luis Cruz Pereyra, informó a la Asamblea que con relación a la designación de la Sede y fecha de realización del XXXI° Congreso Argentino de Derecho Internacional y de la Asamblea General Ordinaria 2019, la postulación de sede que se encontraba en tratamiento es la

correspondiente a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, con fecha a definir en la primer quincena del mes de septiembre de 2019. Puesto a consideración fue aprobada por unanimidad, encomendándose al Consejo Directivo la fijación de la fecha de realización del evento y Asamblea Anual.

Mediante Acta de fecha 15 de diciembre de 2019 se dispuso como fechas para el XXXIº Congreso Argentino de Derecho Internacional y Asamblea Anual Ordinaria los días 4, 5, 6 y 7 de septiembre de 2019. Asimismo se aprobó que el Congreso Argentino de Derecho Internacional se denomine “*En el Cincuentenario de la fundación de la AADI*”, y que su membresía figure en todas las comunicaciones de la Entidad durante el año 2019.

A continuación se detalla la lista de los temas a tratar y de los relatores, aprobados por el Consejo Directivo de la Asociación.

#### ***Sección de Derecho Internacional Público y Sección de Relaciones Internacionales***

Tema: “*Del GATT a la OMC. Historia y perspectivas del sistema multilateral del comercio desde un enfoque argentino*”

Relator: Eduardo R. Ablin

#### ***Sección de Derecho Internacional Privado***

Tema: “*El derecho de acceso a la justicia y el Derecho Internacional Privado*”

Relator: Eduardo Vescovi

#### ***Sección de Derecho de la Integración***

Tema: “*Los procesos de integración regional como escenarios posibles para la consolidación de la paz. Aspectos fundamentales sobre ciudadanía extranjera*”

Relator: Santiago Deluca

#### ***Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional***

Tema: “*El impacto de la inteligencia artificial en el mundo del derecho*”

Relator: Guillermo Argerich.

### **Sección de Derechos Humanos**

Tema: “*Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Evolución y Perspectiva a 60 años de su creación*”

Relator: Cristian G. Sommer

## **2. ACTIVIDADES CIENTÍFICAS DE LAS DIVERSAS SECCIONES.**

*Coordinación de las actividades de las Secciones a través de Vicepresidencia (art. 39 del Estatuto).* Debido a las diversas propuestas de actividades de las Secciones ha sido necesario llevar un orden y coordinación de las mismas y conforme lo dispuesto oportunamente por el Consejo Directivo en el ejercicio anterior con fundamento en lo dispuesto por el Art. 39 del Estatuto de la Entidad(en el punto de la coordinación de las actividades de las Secciones y de las funciones de Vicepresidencia) se la ha realizado la coordinación de las Actividades científicas de la Asociación con registro y toma de conocimiento por Secretaría.

Durante el período de esta Memoria se han llevado a cabo, organizadas y co- organizadas por las distintas Secciones de la Asociación, las siguientes actividades académicas y científicas:

\* Encuentro de Profesores de Derecho Internacional realizada el jueves 7 de junio de 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, organizadas por la Sección Derecho Internacional Público a cargo de la profesora Graciela Salas. Presentación de los ejes temáticos a cargo de la Prof. Graciela Salas. Metodologías para la enseñanza del Derecho Internacional. Moderadores: Prof. Christian Sommer. Prof. Guillermo Argerich. Contenidos actuales del Derecho Internacional. Moderadores: Prof. Alejandra Sticca. Prof. Alfredo Soto. Trabajo en comisión: Derecho Internacional Privado. Coordinador: Prof. Ernesto De Marsilio. Derecho Internacional Público. Coordinador: Prof. Ariel Mansi. Acceso a la documentación y bibliografía. Producción de materiales. Moderadores: Prof. Julio César Córdoba. Prof. Graciela Salas. Clausura del Encuentro. Cierre a cargo de la Prof. María Gloria Bottiglieri.

\* Jornadas Preparatorias del XXX° Congreso Argentino de Derecho Internacional, llevadas a cabo en la ciudad de Córdoba, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el 8 de junio de 2018 Sección Documentación, Metodología y Enseñanza Del Derecho Internacional: “El arte como vehículo para la formación de los profesionales del derecho”. Presentación: Prof. Paula All – Prof. Raúl Sansica. Moderador: Dr. Carlos Echegaray de Maussion. Sección Derecho Internacional Privado: “Arbitraje Comercial Internacional.” Presentación: Prof. Guillermo Argerich Moderadora: Prof. Adriana Zavatti de Rougier. Sección Derecho Internacional Público: “Desarrollos normativos recientes en materia antártica en un marco de cooperación internacional: evolución y perspectivas.” Presentación: Prof. Ariel Mansi. Moderador: Prof. Armando Abruza. Sección Derecho de la Integración: “Requerimientos de la Integración Regional en el nuevo escenario global, a propósito de los megacuerdos regionales. Especial referencia a la inserción internacional del MERCOSUR”. Presentación: Prof. Jorge Orgaz. Moderador: Prof. Silvina Barón Knoll. Sección Derechos Humanos: “Balance y perspectivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 40 años de su vigencia”. Presentación: Prof. Marcelo Trucco. Moderadora: Prof. Andrea Straziusso.

\* Auspicio de la AADI a las “II° Jornadas Salteñas sobre la Cuestión de las Islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur en un Contexto de Rediseño Mundial” realizadas los días 8 y 9 de junio de 2018 en la Universidad Católica de Salta - Campus Castañares-organizadas por el Instituto de Derecho Internacional de la Universidad Católica de Salta.

\* Encuentro de Profesores de Derecho Internacional realizada el jueves 7 de junio de 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, organizadas por la Sección Derecho Internacional Público a cargo de la profesora Graciela Salas.-

\* Jornada “Acceso a la Justicia en el Derecho Internacional Privado”, realizadas en la Facultad de Derecho de la UNLP el día 13 de junio de 2019 en el Salón de los Espejos de dicha Facultad, coorganizadas por la AADI y el Proyecto de Investigación 11J/151

dirigido por la Dra. Analía Consolo, en la cual expusieron los Dres. María Elsa Uzal, Liliana Rapallini y Alfredo Soto, actuando las Dras. Analía Consolo y Carolina Iud como moderadoras.

\* Jornada de la Sección Derecho Internacional de los Derechos Humanos con fecha 4 de octubre de 2018, conjuntamente con la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), sobre el tema “*Derechos Humanos y Derecho Internacional*” con la disertación de los Dres. Marcelo Trucco y Alfredo Mario Soto.

\* *Jornadas Preparatorias del XXXº Congreso Argentino de Derecho Internacional de la Sección Derecho Internacional Privado, coorganizadas conjuntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario(UNR), cátedras A y B realizadas en la Facultad de Derecho de la UNR el día 24 de agosto de 2018, sobre el tema “La Ley de Arbitraje Comercial Internacional” a cargo de los Dres. Paula María All y Cristián Giménez Corte.*

\* Jornada de la Sección Derecho Internacional Privado “A 60 años de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York 1958” realizadas el 29 de agosto de 2018 en la Facultad de Derecho de la UBA, en el marco del Proyecto UBACyT 2016/2018 “Cooperación Jurisdiccional Internacional como piedra angular en el Derecho Internacional Privado, en la que expusieron los Dres. María Blanca Noodt Taquela y Guillermo Argerich, actuando la Dra. Adriana Villa como moderadora.

\* Auspicio institucional al VIº Encuentro de la Asociación de Estudios de Integración (AdEI) y XXVIº Encuentro de Especialistas en el MERCOSUR y Jornadas Extraordinarias de ECSA Argentina realizadas los días 30 y 31 de octubre de 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario sobre el tema “*Los procesos de integración frente a la crisis de gobernanza*”.

\* Jornada de la Sección Derecho Internacional de los Derechos Humanos con fecha 4 de Julio de 2019, conjuntamente con la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), con el tema “*Los casos argentinos ante*

*la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, con la disertación del Dr. Javier Salgado (profesor de Derechos Humanos UBA, Director de Contencioso Internacional en materia de Derechos Humanos-Ministerio de Relaciones Exteriores y abogado de Argentina ante la Corte Interamericana) y el Dr. Marcelo Trucco (miembro de AADI, profesor de Derechos Humanos UNR, Secretario de Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe).

\* Auspicio del Seminario Internacional de Arbitraje, realizado el 28 de junio de 2019 en el Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. En el mismo expusieron, entre otros, los Dres. Guillermo Argerich, Alejandro Barraza, Osvaldo Coll, Analía Consolo, Carolina Iud, Jessica Nicastro, Gustavo Parodi, Verónica Sandler y los Lics. Fernando Urdaniz y Silvia Jaradel.

\* Auspicio a la IX° Jornada de Integración Regional y Jornada preparatoria al XXXI° Congreso Argentino de Derecho Internacional, realizada el día 28 de junio de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo sobre el tema de la Sección Derecho de la Integración *“Los procesos de integración regional como escenarios posibles para la consolidación de la paz: aspectos fundamentales sobre ciudadanía, extranjería y migración”*, a cargo del Dr. Santiago Deluca y Silvina Barón Knoll.

\* Jornada *“Los casos argentinos ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, preparatoria del XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional. Organizada por la Sección Derechos Humanos. La misma se realizó el jueves 4 de Julio de 2019, en el Sector Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, disertando en la misma los Dres. Javier Salgado y Marcelo Trucco.

El H.C.D. de la AADI hace su deber felicitar a los organizadores, expositores y colaboradores de cada una de estas actividades en las que debe destacarse el nivel académico y la cuidada y esmerada preocupación por todos los detalles necesarios para el desarrollo de las distintas actividades.

**\* Premio Extraordinario 50<sup>a</sup> Aniversario de la AADI:** Con la intención de incrementar la participación y el desarrollo científico de nuestros jóvenes Miembros, el Consejo Directivo en consonancia con el aniversario de la fundación institucional de la Asociación, a propuesta de la profesora Carolina Iud, dispuso otorgar el *“Premio Extraordinario Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) 50° Aniversario”* al mejor trabajo sobre los temas, en el caso del área Derecho Internacional Privado, *“50 años de Historia del Derecho Internacional Privado Argentino”* y en el área del Derecho Internacional Público el tema *“A los 50 años de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados: Evaluación de su aplicación”*. Se designó como jurados a los profesores Amalia Uriondo de Martinoli, Guillermo Argerich y Horacio Piombo como jurado calificador a los efectos del otorgamiento del premio en el área Derecho Internacional Privado y a los profesores Víctor Bazán, Guillermo Hugo Rossi y Gustavo Barbarán para el otorgamiento del premio en el área Derecho Internacional Público. Se dispuso la participación exclusivamente de Miembros Asociados a la Entidad menores de 35 años. El premio que a criterio del jurado resulte merecedor por méritos suficientes y estimen de valor doctrinario y académico, consiste en la suma de \$ 50.000 para cada área y será publicado su resultado y entrega en el XXXI° Congreso Argentino de Derecho Internacional a realizarse los días 4, 5, 6 y 7 de septiembre de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

## **V. OTRAS ACTIVIDADES**

### **1. Sitio web de la Asociación.**

La página Web de la AADI se encuentra en pleno funcionamiento y actualizada y continúa brindando información útil en sus diversos campos: Autoridades, Miembros, Actualización de datos, Estatuto, Doctrina, Actividades y Novedades. Actualmente se ha mejorado su funcionamiento y actualizado su diseño.

Las propuestas de Actividades Académicas y Científicas de la Asociación, una vez que son aprobadas por el Consejo Directivo,

son remitidas por el Sr. Coordinador, Dr. Pereyra al Sr. Tesorero, Dr. Vicario, para ser incorporadas a la página a los fines de la debida publicidad y conocimiento de los asociados y terceros. Se han digitalizado la totalidad de los ejemplares del Anuario y se ha acordado con la Editorial que publica el Anuario. También se encuentran incorporados los reglamentos de la AADI incluso los recientemente modificados.

## **2. Sede de la AADI. Biblioteca de la AADI.**

En el curso del presente año se han iniciado gestiones con las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) donde funciona nuestra Sede a fin de ampliar el espacio concedido a efectos de poder incluir en el mismo lugar la ubicación de la documentación de la Entidad, Actas, Libros y Anuarios, así como la biblioteca existente y conceder a nuestros asociados un lugar de utilización para su consulta y labor.

He aquí la síntesis de lo obrado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional –AADI- en el ejercicio 1 de agosto de 2018 al 31 de julio de 2019.

**XXXI CONGRESO ARGENTINO  
DE DERECHO INTERNACIONAL**

**Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina  
de Derecho Internacional – AADI – 2019**

**Facultad de Derecho de la  
Universidad Nacional de Córdoba  
Ciudad de Córdoba, provincia de Córdoba,  
República Argentina  
4, 5, 6 y 7 de septiembre de 2019**

**Nómina de ingresantes como Miembros Asociados**

ARCE SANTAMARINO, Federico Ariel

BARAZZUTTI, Lucia Agustina;

BRITOS, Cristina

DI GESU, Pablo Daniel

FERNÁNDEZ, Flavia Elsa

GIL, Ayelén Melisa

GOMEZ BOHLE, Analía Soledad

JEIFETZ, Laura Martina

JORGE, Juan

PARODI, Lucía Hipatía

VILLEGAS, Candela

YUNIS, Yamila Carolina

**Nómina de ingresantes como Miembros Titulares**

COSTILLA, Guillermo Daniel

GARCIA MONTAÑO, Diego

LUTERAL, Patricio

**Nómina de solicitantes de cambios de categoría de Miembros Asociados a Titulares**

BRODSKY, Jonathan Matías

MASTRANGELO, Fabio Raúl José

MORTAROTTI, Pablo Cesar

PINTORE, Eduardo José

---

# **NORMAS EDITORIALES**

---



# **NORMAS EDITORIALES DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**

## **1. Características del Anuario**

El Anuario es una publicación científica, periódica (anual), cuyo propósito es presentar a la comunidad académica jurídica nacional e internacional los resultados de las investigaciones y estudios doctrinarios de sus miembros y colaboradores, con el propósito de estimular el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas, sin poseer orientación particular. Sólo admite trabajos inéditos, no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas.

El *Anuario* no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados (o reseñas), ni por las opiniones emitidas por los autores.

## **2. Extensión de los originales**

Los originales de los artículos, en principio, no deberán sobrepasar la cantidad de 25 páginas tamaño A4, letra Times New Roman N° 12, escritas a simple espacio. En esta extensión quedan comprendidas notas y referencias. Se admite un solo artículo por autor.

## **3. Lineamientos del manuscrito**

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

### **3.1. Forma del escrito**

· El escrito debe estar impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 2 copias y en soporte digital, letra Times New Roman, tamaño 12, a un solo espacio. El soporte deberá indicar claramente el nombre del autor

y el nombre del archivo. La Dirección del Anuario trabaja con Word para Windows.

· La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del Autor o Autores acompañándose al pie con asterisco las referencias (en no más de cinco renglones) relativas a la máxima titulación, función laboral y lugar donde trabaja, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 100 palabras; d) Palabras clave (*keywords*) en número no mayor a cinco expresiones;

### **3.2. Abreviaturas y otros signos**

Todas las abreviaturas que se empleen deben ser explicadas la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocan en itálica, salvo que se empleen letras griegas.

### **3.3. Tablas y figuras**

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y están numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

### **3.4. Notas**

Cuando se pongan, las notas de pie de página deben indicar:

- el apellido y nombre del autor con versalita;
- el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;
- el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta los datos de volumen, número, año de edición, página / páginas de referencia. Cuando se trata de obra conjunta, se indicará con letras versalita el nombre del responsable de la obra y en bastardilla el

título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

#### **4. Material a presentar con el libro**

Deberá entregarse el material completo vía correo electrónico o por correo postal a nombre de la Asociación a la dirección que se indique:

- Nota dirigida a la Dirección del Anuario Argentino de Derecho Internacional, solicitando la publicación del trabajo, acompañada de declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas, al igual que de las opiniones vertidas en el mismo.
- Breve *curriculum vitae*.

#### **5. Corrección de pruebas**

El Anuario, cuando resulta temporalmente factible, y sea necesario, da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de diez días hábiles a partir de su recepción.



Se terminó de imprimir en el mes de Septiembre de 2022 en  
EDICIONES LERNER SRL  
Simón Bolívar N° 312 - CP 5000  
Córdoba - República Argentina

