



BLANCA

IN MEMORIAM

Dr. JULIO BARBERIS

BLANCA

ISSN 1850-079X

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



**Anuario
Argentino
de
Derecho
Internacional**

XX

2011

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

ISBN N° 978-987-1579-75-4

© 2.011 by
**Asociación Argentina de Derecho Internacional
AADI**

EDITÓ:

LERNER EDITORA SRL

TEL/FAX: (0351) 4229333

E-mails:

lernereditorasrl@hotmail.com

lernereditorasrl2012@gmail.com

lernereditorasrl@gmail.com

www.lernereditorasrl.com.ar

DUARTE QUIRÓS 545 - LOCALES 2 y 3 - (5000) CÓRDOBA - ARGENTINA

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina - Printed in Argentina

DIRECTOR HONORARIO

ERNESTO J. REY CARO

DIRECTOR*

LUIS CRUZ PEREYRA

SECRETARIA

MARÍA CRISTINA MONTENEGRO

COMITÉ DE REDACCIÓN

ARMANDO DANIEL ABRUZA

GUSTAVO BARBARÁN

HORACIO DANIEL PIOMBO

AMALIA URIONDO DE MARTINOLI

ARIEL RICARDO MANSI

GUILLERMO ROBERTO ROSSI

EDUARDO ALBERTO MONSANTO

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI

MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA

VÍCTOR BAZÁN

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

* Director, Secretaria y Miembros del Consejo de Redacción designados por unanimidad por los Integrantes del Consejo Directivo de la AADI, en la reunión llevada a cabo en la sede de la Asociación, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el día diez de marzo de dos mil doce.

**AUTORIDADES DE LA
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL**

2009-2011

Presidente: María E. UZAL
Vicepresidente: Gustavo BARBARÁN
Secretario: Luis C. PEREYRA
Prosecretaria: María A. STICCA
Tesorero: Roberto VICARIO
Protesorero: Juan F. AMORMINO

2011-2013*

Presidente: Beatriz PALLARÉS
Vicepresidente: Luis C. PEREYRA
Secretario: Oscar GONZÁLEZ PEREIRA
Prosecretaria: Adriana CASTELLANELI
Tesorero: Roberto VICARIO
Protesorero: Juan F. AMORMINO

CONSEJEROS

ARMANDO DANIEL ABRUZA
ARIEL RICARDO MANSI
MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA
BEATRIZ PALLARÉS
JORGE STÄHLI
MARTA YOLANDA TEJERIZO

ARMANDO DANIEL ABRUZA
ARIEL RICARDO MANSI
MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA
ANUNCIADA LATTUCA
JORGE STÄHLI
MARTA YOLANDA TEJERIZO
MARÍA E. UZAL

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Directora: LAURA ARACELI AGUZÍN *Directora:* LAURA ARACELI AGUZÍN

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Director: ALEJANDRO MENICOCCI *Director:* ALEJANDRO MENICOCCI

SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES

Directora: ANUNCIADA LATTUCA *Directora:* MARÍA CRISTINA MONTENEGRO

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Directores: LUIS IGNACIO SAVID BAS *Director:* ARTURO SANTIAGO PAGLIARI
MARIELA CALDERÓN

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

Director: JORGE OSCAR PALADINO *Director:* JORGE OSCAR PALADINO

SECCIÓN DERECHOS HUMANOS

Director: VÍCTOR BAZÁN *Directora:* LUCIANA DÍAZ DÁVILA

* Autoridades surgidas del acto eleccionario del día once de noviembre de dos mil once, y proclamadas el día doce de noviembre de dos mil once en la Asamblea General Ordinaria llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, en ocasión de la realización del XXIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL, "JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER", Rosario, Prov. de Santa Fe, 10, 11 y 12 de noviembre de 2011.

ÍNDICE GENERAL

- PALABRAS DEL DIRECTOR Y SECRETARIA	13
- AGRADECIMIENTO A LA DRA. MARÍA SUSANA NAJURIETA	15
- NORMAS EDITORIALES DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL	17

DOCTRINA

- DIVERSOS ASPECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO PERSONAL, INFLUENCIA EN LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA FÍSICA DESDE SU COMIENZO HASTA SU EXTINCIÓN. - <i>VARIOUS ASPECTS OF THE DETERMINATION OF LAW ON PERSONAL STATUS, INFLUENCE ON THE PERSONALITY OF THE NATURAL PERSON FROM ITS INCEPTION TO ITS EXTINCTION.</i> <i>Sandra M. Blanco</i>	21
- LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS PROFESIONALES LIBERALES EN EL MERCOSUR. - <i>FREE MOVEMENT OF THE LIBERALS PROFESSIONALS IN THE MERCOSUR.</i> <i>María Elena Caballero</i>	47
- LA POLÍTICA ANTÁRTICA ARGENTINA Y SU COMPROMISO CON EL TRATADO ANTÁRTICO. - <i>ARGENTINE ANTARCTIC POLICY AND ITS COMMITMENT WITH THE ANTARCTIC TREATY.</i> <i>Miryam Colacrai</i>	89
- CONTRIBUCIÓN AL ANÁLISIS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA CONCERNIENTE A LA CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA RELATIVA A KOSOVO. - <i>CONTRIBUTION TO THE ANALYSIS OF THE ADVISORY OPINION GIVEN BY DE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE CONCERNING THE ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL LAW OF THE UNILA- TERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO.</i> <i>Facundo M. Gómez Pulisich</i>	107

- POLÍTICA INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL EL ANÁLISIS DE LOS REGÍMENES INTERNACIONALES.
- *INTERNATIONAL POLICY AND INTERNATIONAL LAW. THE ANALYSIS OF INTERNATIONAL REGIMES.*
- Alberto van Klaveren*143
- **XXIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL “JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER”**
Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - 2011. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, 10, 11 y 12 de noviembre de 2011.
- PALABRAS DE APERTURA DE LA SEÑORA PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL – AADI.
- Dra. María Elsa Uzal*173

RELATOS

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- LA APLICACIÓN DEL DERECHO: EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO
- *THE APPLICATION OF LAW: THE VALUE OF JURISPRUDENCE IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW*
- Arturo Santiago Pagliari*181

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- DESARROLLO DEL *SOFT LAW* E IMPACTO DE LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL: DESAFÍOS SUSTANCIALES Y PROCESALES (CON RELACIÓN A ALGUNOS INSTRUMENTOS CONTRACTUALES).
- *SOFT LAW DEVELOPMENT AND THE IMPACT OF INTERNATIONALLY MANDATORY RULES IN INTERNATIONAL TRADE: SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL CHALLENGE (RELATIVE TO SOME CONTRACTUAL INSTRUMENTS).*
- Paula María All y Jorge R. Albornoz*235

SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES

- LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES EN CLAVE REGIONAL. LOS CONFLICTOS PERCIBIDOS POR LA REPÚBLICA POPULAR CHINA Y LA FEDERACIÓN RUSA.

- <i>INTERNATIONAL CONFLICTS IN REGIONAL KEY. THE CONFLICTS PERCEIVED BY THE REPUBLIC OF CHINA AND THE RUSSIAN FEDERATION.</i>	
<i>María Cristina Montenegro</i>	283
SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN	
- MERCOSUR: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVA A 20 AÑOS DE LA FIRMA DEL TRATADO DE ASUNCIÓN. REFERENCIA A LA REGIÓN LITORAL	
- <i>MERCOSUR: EVOLUTION AND PROSPECTIVE TO 20 YEARS AFTER SIGNING ASUNCION TREATY. SPECIAL REFERENCE TO THE LITORAL REGION.</i>	
<i>Liliana Bertoni</i>	319
SECCIÓN DE DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL	
- DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: INTERACCIONES EN EL PLANO DOCENTE Y METODOLÓGICO.	
- <i>INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: INTERACTIONS IN THE TEACHING AND METHODOLOGY AREA.</i>	
<i>Horacio Daniel Piombo</i>	343
SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	
- DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES: IMPLICANCIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO INTERNO.	
- <i>HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS: IMPLICATIONS IN INTERNATIONAL AND THE DOMESTIC LAWS.</i>	
<i>María Cristina Rodríguez de Tabora</i>	355
CONCLUSIONES DEL TRABAJO CIENTÍFICO DE LAS SECCIONES	
- ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL - 2011	
SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	391
SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	393
SECCIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES	396
SECCIÓN DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN	398
SECCIÓN DE DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL	401
SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	403

CONFERENCIAS

- DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
ECO-NÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES.
- *INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS ON ECONOMIC, SOCIAL,
CULTURAL AND ENVIRONMENTAL.*
- Rafael J. Pérez Miranda*407

IN MEMORIAM

- Dr. Julio Barberis
- Ariel Ricardo Mansi*449

LEGISLACIÓN

- CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA
REPÚBLICA ARGENTINA PERIODO 01-06-2011 al 15-06-2012.
- Sistematización a cargo de María Alejandra Sticca*457

JURISPRUDENCIA

- JURISPRUDENCIA ARGENTINA SELECCIONADA SOBRE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2011.
- Julio César Córdoba*463

RECENSIONES

- *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, WEINBERG, Inés M., 4ta.
Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires.
Marzo 2011, 504 páginas.
- Sandra M. Blanco*473
- *FUNDAMENTOS Y NUEVOS RETOS DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN UN MUNDO EN CAMBIO*, SORIANO DÍAZ, Ramón,
Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana,
en www desde el 30/01/2012, 254 páginas.
- Luciana Díaz Dávila*476
- *THE IMPACT OF INVESTMENT TREATIES ON CONTRACTS
BEETWEEN HOST STATES AND FOREIGN INVESTORS*, *Studies
on the Law of Treaties*, VOSS, Jan Ole, Martinus Nijhoof
Publishers, December 2010, 402 páginas.
- Christian G. Sommer*477

INSTITUCIONAL

- NÓMINA DE INGRESANTES COMO MIEMBROS ASOCIADOS481
- NÓMINA DE INGRESANTES COMO MIEMBROS TITULARES484
- CAMBIOS DE CATEGORÍA DE MIEMBRO ASOCIADO A TITULAR485
- MEMORIA DEL PERÍODO ESTATUTARIO 2010-2011487

PALABRAS DEL DIRECTOR Y SECRETARIA

A través de estas líneas deseamos expresar, en nombre de todos los integrantes del Consejo de Redacción, nuestro sincero agradecimiento a los Sres. Miembros del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional –A.A.D.I.– por habernos distinguido con la designación de Director, Secretaria y Consejeros del Anuario Argentino de Derecho Internacional, *órgano de difusión de la actividad científica de la Institución y de sus Miembros*. Asimismo, queremos manifestar el firme compromiso de cumplir con los propósitos fijados por el Reglamento del Anuario y Normas editoriales vigentes: *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 y sin poseer orientación particular*.

El presente ejemplar está dedicado a la Memoria del Dr. Julio BARBERIS, fallecido el 6 de marzo de 2011, uno de los más lúcidos profesores e investigadores de la Argentina en el campo del Derecho Internacional Público, con amplio reconocimiento en el exterior y de vasta trayectoria en la A.A.D.I., habiendo sido Miembro Titular e integrante del Consejo Directivo y del Consejo de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional.

Conforme al *Reglamento del Anuario Argentino de Derecho Internacional*, el presente número reúne, en primer lugar, los Relatos presentados y las Conclusiones de la actividad científica de las Secciones acordadas durante el desarrollo del XXIII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL JORGE ALBERTO GINER - JUAN VARISCO BONAPARTE, realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, 10, 11 y 12 de noviembre de 2011, aprobadas en la Asamblea General Ordinaria llevada a cabo en dicha oportunidad. En segundo lugar, se publican artículos de Doctrina elaborados por Miembros de la Asociación y de otros autores y las Recensiones de publicaciones de relevancia. Seguidamente, en la Sección de Legislación, se informa sobre instrumentos internacionales de interés académico y en la Sección de Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado se hace referencia a fallos relevantes. Finalmente, en la Sección Institucional, se da a conocer la nómina de nuevos Miembros ingresados y la Memoria del Período Estatutario 2010-2011, aprobados en la Asamblea General Ordinaria 2011.

En una Asociación como la nuestra, de tan rica como extensa trayectoria, esperamos rescatar la indudable capacidad intelectual de nuestros miembros y estudiosos del Derecho Internacional, Público y Privado, de las Relaciones Internacionales, de los problemas e implicancias de los Procesos de Integración Regional y Subregional, de la problemática que presenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional. Es por eso que, desde el Consejo de Redacción, seguimos invitándolos a que nos acerquen sus inquietudes, trabajos o sugerencias, para seguir enriqueciéndonos con su participación activa, como Miembros de la Asociación, porque es a través del Anuario donde se pone a prueba el pensamiento científico y de donde surge, como resultado, el predicamento y el prestigio que soñaron quienes fundaron la A.A.D.I y quienes la integramos.

María Cristina MONTENEGRO
Secretaria

Luis Cruz PEREYRA
Director

Nota:

El Anuario Argentino de Derecho Internacional, se presenta en forma impresa y también en su formato digital en la página web de la Asociación: **www.adi.org.ar**

**AGRADECIMIENTO A LA DRA. MARÍA SUSANA
NAJURIETA POR SU ACTIVIDAD COMO DIRECTORA
DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO
INTERNACIONAL***

Rosario, 30 de marzo de 2012

Sra. Profesora Dra.
María Susana NAJURIETA
Presente

De nuestra mayor y distinguida consideración:

Hemos recibido en este Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional –A.A.D.I.–, nota formal mediante la cual ha comunicado su decisión de renunciar al cargo de Directora del Anuario Argentino de Derecho Internacional, que tan prestigiosamente llevara adelante. A pesar de haber intentado disuadirla, su firme decisión, fundada en razones particulares y laborales, sólo nos ha conducido a aceptarla en la sesión de Consejo Directivo de fecha cinco de marzo de dos mil doce, realizada en la Sede de la Asociación, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Este Consejo Directivo lamenta perder su valiosa colaboración y le agradece todo su esfuerzo y dedicación en el desempeño del cargo de Directora, al cual brindara el brillo que acompaña a su profunda versación científica y su inocultable valía académica, lo cual ha contribuido a mantener el Anuario valorizado a nivel nacional e internacional.

* Copia de la nota presentada a la Dra. María Susana NAJURIETA en nombre del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional – Período 2011-2013.

Ante su decisión de alejarse, sólo nos cabe decirle que vamos a extrañar su colaboración y su rigurosidad académica y científica. Descontamos, sin embargo, que hemos de seguir enriqueciéndonos con su participación en todo momento y en los nuevos roles que la A.A.D.I. le pueda solicitar.

Agradeciendo su permanente colaboración y aportes, que han contribuido a mantener el prestigio de nuestra Asociación, a la cual honra y jerarquiza con su membresía, saludamos a Ud. con distinguida consideración.

Oscar GONZÁLEZ PEREYRA
Secretario

Beatriz PALLARÉS
Presidente

NORMAS EDITORIALES DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

1. Características del Anuario

El *Anuario* es una publicación científica, arbitrada, 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 recensiones), 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 (key words) 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 estarán 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 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 los datos de volumen, número, año de edición, página / páginas de referencia. Cuando se trate 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.

4.1. 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.

4.2. Breve curriculum vitae.

5. **Corrección de pruebas**

El Anuario, cuando resulte temporalmente factible, y sea necesario, dará 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.

6. **Entrega de la publicación al Autor**

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición un ejemplar del Anuario y, en la medida de lo posible, 10 separatas del artículo sin cargo.

Deberá entregarse el material completo vía correo electrónico a: Luis Cruz Pereyra lcp@uolsinectis.com.ar, María Cristina Montenegro cristmont@hotmail.com

Si envía por correo postal, hacerlo a nombre de la Asociación, a las siguientes direcciones postales: **Luis Cruz Pereyra**. Avda. Pueyrredón, N° 172, Piso 12 «C» CP 5.000 - Córdoba, República Argentina.

María Cristina Montenegro. Caseros N° 286 Planta Baja, «D» CP. 5000 - Córdoba, República Argentina

DOCTRINA

BLANCA

**DIVERSOS ASPECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA
LEY DEL ESTATUTO PERSONAL, INFLUENCIA EN LA
PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA FÍSICA
DESDE SU COMIENZO HASTA SU EXTINCIÓN**

*VARIOUS ASPECTS OF THE DETERMINATION OF LAW ON
PERSONAL STATUS, INFLUENCE ON THE PERSONALITY OF
THE NATURAL PERSON FROM ITS INCEPTION TO ITS
EXTINCTION*

*Sandra M. BLANCO**

RESUMEN

El Estatuto Personal es una cuestión históricamente debatida hasta nuestros días en el Derecho Internacional Privado, que abre una brecha interesante en torno a su concepto, la delimitación de su ámbito de aplicación material y la concreción del criterio de conexión utilizado para la determinación de la ley aplicable.

En el presente trabajo se intentará poner de relieve los distintos conflictos que puedan surgir de este debate, especialmente de los criterios de conexión utilizados y los diversos aspectos de la determinación de la ley aplicable y cómo ello influye en la personalidad jurídica de la persona física desde su comienzo hasta su extinción. Considerando los supuestos de ausencia y declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.

PALABRAS CLAVES

Derecho Internacional Privado – Estatuto personal – Criterios de conexión, nacionalidad, domicilio, residencia habitual – Ausencia, declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, ley aplicable.

* Abogada. Prof. Regular Adjunta de Derecho Internacional Privado (DIPr.) en grado y graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de Derecho Procesal en grado y postgrado (UBA). Miembro Titular de la AADI. Miembro y Docente de la Comisión de Derecho Procesal de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA). Maestrante de DIPr. de UBA. Autora de capítulos de libros y publicaciones varias en temas relacionados. Asesora letrada permanente del Consejo Directivo Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF).

ABSTRACT

The Personal Statute is a matter that has been historically debated up to the present day in Private International Law. This matter creates an interesting gap as regards its concept, the delimitation of its scope of material application and the implementation of the connection criterion used for the determination of the applicable law.

The present work will attempt to emphasize the different conflicts that may arise from this debate, especially from the connection criteria used and the different aspects of the determination of the applicable law, and how it has an influence on the physical person's legal personality from its beginnings to its extinction, considering cases of absence and declaration of absence with presumption of death.

KEY WORDS

Private International Law – Personal status – Connecting factors, nationality, domicile, habitual residence – Absence, declaration of absence with death presumption, applicable law.

SUMARIO

I. Prefacio. **II.** Estatuto personal. **II.1.** Concepto y breve noción del ámbito de aplicación material. **II.2.** Criterios más utilizados para determinar la ley personal. **II.3.** La determinación de la ley personal en Argentina. **III.** La personalidad jurídica. **III.1.** Concepto. **III.2.** Existencia de la persona física. Protección jurídica. **III.3.** Extinción de la personalidad. **IV.** Ausencia y Presunción de fallecimiento. **V.** Colofón.

I. Prefacio

La determinación y la inclinación de traspasar las fronteras es inherente a la naturaleza humana, la migración constituye uno de los fenómenos sociales más importantes. Sin embargo, debido a la globalización y a alguno de los factores que se asocian a ella –como el libre comercio, los avances tecnológicos en el comercio y la comunicación– junto con el obvio crecimiento de la población mundial, las migraciones internacionales han conocido, durante las últimas décadas, dimensiones nunca vistas antes¹.

Los movimientos migratorios masivos, incluidos aquellos motivados por razones económicas, existen desde siempre. Los países desarrollados buscan controlar las mareas humanas a través de barreras físicas y jurídicas, pero la fuerza del fenómeno migratorio hace que dichos esfuerzos

¹ OPERTTI BADÁN, Didier. *El derecho internacional privado en tiempos de globalización*, Rev. Uruguay DIPr, n° 6, 2005, p. 15 y ss.

estén destinados al fracaso². No sólo ha crecido el número de migrantes, sino también la velocidad y la heterogeneidad de los diversos procesos migratorios. No puede sorprender, por tanto, que las migraciones internacionales atraigan la atención de las ciencias humanas en general³.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, el fenómeno impacta sobre el alto nivel de movilidad de las poblaciones –con países de emigración que se transforman en un período muy breve en países de inmigración–⁴ y la constitución de sociedades multiculturales que afectan diversas materias, en particular a la personalidad jurídica de las personas físicas y es en ese sentido que cobra importancia remediar el debate formulado en las distintas legislaciones en cuanto ámbito de aplicación material y la concreción del criterio de conexión utilizado para la determinación de la ley aplicable en torno al concepto de estatuto personal.

Es por ello, que en el presente trabajo se intentará abordar esos diversos aspectos de la determinación de la ley aplicable y su influencia en la personalidad jurídica de la persona física desde su comienzo hasta su extinción, sin perder de vista los movimientos migratorios que continuamente acontecen, comenzando con las propuestas doctrinarias y jurisprudenciales a través de la historia, para luego enfocarnos en la perspectiva de fuente interna y convencional argentina.

II. Estatuto personal

II.1. Concepto y breve noción del ámbito de aplicación material

Con la expresión *estatuto personal* designamos *el conjunto de instituciones concernientes a la persona, tanto física como jurídica y que conforman su condición como sujeto de derecho*⁵.

No existe coincidencia en las diferentes legislaciones de lo que debe entenderse por estatuto personal⁶, un análisis doctrinario y jurisprudencial de Derecho comparado nos ofrece un panorama que, en esencia, se resume en la existencia de tres concepciones:

² Ver, por ejemplo, PARROT, KARINE, et SANTULLI, CARLO, «La directive retour», «L'Union européenne contre les étrangers», *Revue Critique de Droit International Privé* 2009, pp. 205-249. A veces esas barreras son de una legalidad más que dudosa y de una moralidad a todas luces reprobable.

³ Incluyendo países relativamente desarrollados, es decir, países más desarrollados que sus vecinos.

⁴ Según la Organización Internacional para las Migraciones, «*como nunca antes en la historia de la humanidad, cada vez son más las personas que se trasladan de un lugar a otro*» (www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/lang/es).

⁵ GONZÁLES CAMPOS, JULIO D. y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 5ª ed., Beramar, Madrid, 1993, p. 37 y ss.

⁶ WEINBERG, INÉS M., *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed. actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2011, pp. 151-152.

- la estricta, en la que el estatuto personal estaría conformado por el estado civil y la capacidad como consecuencia de considerar a la persona como individuo aislado⁷;
- la intermedia, que añadiría a lo anterior las relaciones de familia por entender a la persona en su calidad de miembro de una institución familiar; y
- la amplia, que agregaría a lo precedente la sucesión *mortis causa* por asentarse en un concepto de la persona como miembro de una sociedad⁸. (Tal el caso del Derecho internacional privado español y en América el Estado cubano).

Pero la tendencia actual es hacia la reducción del ámbito del estatuto personal, en gran medida por la influencia del derecho anglosajón, que siempre partió de una concepción restringida del concepto, y por la relativización de la importancia de la esfera individual en el derecho moderno a favor de los intereses colectivos⁹.

II.2. Criterios más utilizados para determinar la ley personal

Resulta importante destacar que, más allá de los debates en cuanto a las materias que lo conforman, *existe una defensa unánime de la conveniencia de regular las cuestiones relacionadas con el estatuto de las personas, por una misma ley*, evitando así el fraccionamiento de su regulación y las posibles discontinuidades que esto puede provocar. La ley que va a regular la existencia y desarrollo de todas estas instituciones referidas directamente a la persona, es lo que se denomina *Ley personal*.

Consenso que se rompe, no obstante, en materia de capacidad, que los países del *common law* someten generalmente a la ley del acto.

En lo que incumbe a la concreción del criterio de conexión consagrado en las normas de conflicto de los distintos sistemas de Derecho internacional privado para determinar la Ley personal, la polémica más recurrente en esta materia ha sido la disyuntiva entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio. En favor de una u otra solución se exponen varias razones. De manera general con relación a la nacionalidad:

⁷ CONTRERAS VACA, FRANCISCO J., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. 1ª Ed. University Press - Harla México S.A. México, 1998.

⁸ AGUILAR BENITEZ DE LUGO, MARIANO, «El estatuto personal», en AA.VV., *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª Ed. Tecnos. Madrid, 2006, pp. 31-32.

⁹ FRANCESKAKIS, PHOCION «Statut personnel», *Encyclopédie Dalloz de droit international*, vol. II, 1969, ps. 871-73. En OYARZÁBAL, MARIO J. A. *Observaciones Generales sobre el Estatuto Personal en Derecho Internacional Privado*, Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela/2004, n° 14, p. 165 y ss.

su estabilidad como ley reguladora del estatuto personal¹⁰. Con respecto al domicilio: su mayor vinculación con el medio social y cultural en que el individuo se desarrolla, con el que tiene mayor contacto realmente, lo que ofrece mayor seguridad para el interés de terceros, agregándose como conexión posible la residencia habitual.

Un argumento planteado por la doctrina es que los países se inclinan a favor de uno u otro criterio, en dependencia de los movimientos migratorios a nivel internacional. En este sentido, los países receptores de inmigrantes utilizan el domicilio como punto de conexión, evitando así la frecuente remisión a un derecho foráneo¹¹. En oposición, los países donde hay un gran número de emigrantes prefieren la nacionalidad como punto o criterio de conexión, para así aplicar su derecho aun en los casos en que sus nacionales no se encuentren en el territorio.

Estos fundamentos ligados a los flujos migratorios han perdido fuerza hoy en día, especialmente cuando se tiene en cuenta que los países europeos occidentales se han convertido en países de inmigración y los países latinoamericanos, lamentablemente, en países de emigración. En sentido general estos países han mantenido sus criterios tradicionales con escasas excepciones como es el caso de Suiza, país que cambió al criterio de conexión domicilio. Lo anterior prueba que aquellos argumentos tienen hoy poco peso, en estos momentos entra a jugar su papel la tradición jurídica.

Aunque efectivamente el domicilio y la nacionalidad son los criterios más generalizados en relación con el estatuto personal, hoy en día se abre paso otro como la residencia habitual, atribuyéndosele como ventajas: la posibilidad de conectarse con el medio real del individuo, evitar los problemas de conflicto de calificación inherentes a la determinación de lo que es la nacionalidad o el domicilio y por este motivo, el haber permitido los trabajos de codificación y unificación del derecho internacional¹².

Confirmando esta cuestión una visión de distintos períodos históricos y en diversos ámbitos, en los que se aprecian tres criterios para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal en los supuestos de tráfico jurídico externo: la *nacionalidad*, el *domicilio* y la *residencia habitual*¹³.

Las relaciones entre ellas tres en el plano conflictual han evolucionado a lo largo de distintas fases.

¹⁰ RODRIGUEZ BENOT, ANDRÉS, «El criterio conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado». *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo 2010. Vol. 2, N° 1, pp. 186-188.

¹¹ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. *Derecho Internacional Privado*. 1ª ed. Editorial Advocatus. Córdoba, Argentina, 1998.

¹² SOTO, ALFREDO M., *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*, 2ª edición actualizada y comentada. Ed. Estudio. Buenos Aires. 2011, pp. 153-154.

¹³ CALVO CARAVACA, ALFONSO L. y IRIARTE, ÁNGEL J. L. (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, p. 167.

• En una primera fase, en el siglo XVII, coincidente con el desarrollo de ese extenso movimiento científico que se ha denominado Estatutaria, se apreció la primacía del *domicilio* por tratarse de un concepto mejor adaptado a la perspectiva puramente interna de los conflictos de leyes, aspecto éste que resultó el objeto de los autores de la época en ausencia de una óptica verdaderamente internacional de la cuestión que sólo comenzaría a plantearse a raíz de la influencia ejercida por la Estatutaria flamenco-holandesa; las mayores diferencias acerca del domicilio estribaron durante esta primera fase histórica en torno al carácter originario o electivo del domicilio.

• En un segundo período, coetáneo con el siglo XIX, es la *nacionalidad*¹⁴ el criterio que parece imponerse tanto en los planos científico como legislativo, según lo acredita la consagración de la nacionalidad como criterio para la determinación del ordenamiento aplicable al estatuto personal tanto en la codificación de fuente convencional¹⁵, como de fuente interna europea¹⁶ del Derecho internacional privado.

• En una tercera etapa histórica, a comienzos del siglo XX, el *domicilio* reaparece atento a su utilización en los países americanos emancipados años antes tanto en la codificación nacional del Derecho internacional privado como en la internacional así, los distintos Tratados suscritos en Montevideo en 1889, su mantenimiento por parte de los países anglosajones, en el Reino Unido y en los Estados Unidos e incluso su consagración por países europeos continentales otrora fieles a la conexión nacional¹⁷.

• A mediados del siglo pasado comienza a gestarse y continúa hasta nuestros días, una marcada intención de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas: se trata de la *residencia habitual*,¹⁸ que ha sido la preferentemente acogida en su enorme obra codificadora por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado –en particular desde su tercera etapa evolutiva– así como por diversos legisladores estatales en las nuevas normas de Derecho internacional privado promulgadas en los últimos años.

¹⁴ ESPLUGUES MOTA, CARLOS, PALAO MORENO GUILLERMO y SEGRELLES, MANUEL DE LORENZO, *Nacionalidad y Extranjería*. 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2001.

¹⁵ Primeros convenios elaborados por la Conferencia de La Haya en 1902 y 1905 en materia de tutela de menores y de matrimonio, separación, divorcio y efectos del matrimonio.

¹⁶ Códigos Civiles: francés de 1804, piamontés de 1865, portugués de 1867, español de 1889 ó Ley introductoria al Código Civil alemán de 1899.

¹⁷ RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, *El criterio de conexión para...* ob. cit., p. 187.

¹⁸ ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA, «El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Privado*, 1980, nº 1, pp. 3 y ss.

II.3. La determinación de la ley personal en Argentina

El estatuto personal se encuentra implícitamente reglado en los artículos 6,¹⁹ 7²⁰ y 948²¹ del Código Civil (CC), que someten la capacidad de las personas a la ley del domicilio²² y que debe considerarse igualmente regulación de todos los problemas propios del derecho de la persona, como su existencia, nombre, sexo, y otros atributos jurídicamente tutelados²³.

Si bien otras materias vinculadas con el derecho de familia, han llevado al legislador a elegir la conexión domiciliar para regirlas en el ámbito del Derecho Internacional Privado, tales como los efectos del matrimonio²⁴ o el instituto del divorcio,²⁵ la adopción,²⁶ o la sucesión por causa de muerte,²⁷

¹⁹ CC. Art. 6°. *La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero.*

²⁰ CC. Art. 7°. *La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.*

²¹ CC. Art. 948. *La validez o nulidad de los actos jurídicos entre vivos o de las disposiciones de última voluntad, respecto a la capacidad o incapacidad de los agentes, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio (artículos 6. y 7).*

²² FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA y NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, «Circulación de personas físicas y capacidad para contratar en el MERCOSUR. Importancia de la residencia habitual», *Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Amalio M. Fernández, Montevideo, 2000, p. 155 y ss.

²³ OYARZÁBAL, MARIO J. A.; «El nombre y la protección de la identidad—Cuestiones de derecho internacional público y privado», *Prudentia Iuris*, n° 58, 2004, p. 73 *et passim*; *La capacidad en el derecho internacional privado argentino*, Jurisprudencia Argentina, 2004-III-1186.

²⁴ CC. Art. 162°. *Las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos viven de consumo. En caso de duda o desconocimiento de éste, se aplicará la ley de la última residencia. El derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiere, se regirán por el derecho del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario. Las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa. CC. Art. 163°. Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.*

²⁵ CC. Art. 164°. *La separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 161.*

²⁶ CC. Art. 339°. *La situación jurídica, los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiera sido conferida en el extranjero.*

²⁷ CC. Art. 3.283°. *El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros. CC. Art. 3.612°. El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.*

no significa que dichas materias pertenezcan al ámbito del estatuto personal.

Considerar lo contrario implica una equivocada identificación del estatuto personal con la ley aplicable, que conduce al absurdo de abarcar en el ámbito del estatuto personal a los derechos reales sobre ciertos bienes muebles y la inmensa mayoría de los contratos.

Los artículos 6, 7 y 948 del Código Civil argentino constituyen, la fuente fundamental del Derecho Internacional Privado argentino en materia de estatuto personal. El mismo se rige por la ley del país donde las personas están domiciliadas.

Otros países, en su mayoría europeos, han optado, en cambio, por la aplicación de la ley de la nacionalidad. La controversia entre el principio de nacionalidad y el de domicilio como base para la ley personal está en el origen de buena parte de la inseguridad que existe en los casos privados internacionales y del fracaso de numerosos intentos de unificación de los conflictos de leyes²⁸.

Los *defensores del principio de la nacionalidad* enfatizan principalmente que ésta ofrece una estabilidad y una seguridad de las cuales el domicilio carece.

Distintas hipótesis críticas a la conexión del domicilio:

- Si es necesario localizarlo en una fecha bastante anterior en el tiempo (teoría del conflicto móvil)²⁹. La cuestión de la validez de un matrimonio por falta de capacidad de los contrayentes puede plantearse mucho tiempo después del momento adecuado para determinar el punto de conexión, que es el de la conclusión del matrimonio³⁰.

- La noción de domicilio varía significativamente según los países, lo que da lugar a difíciles problemas de calificaciones que, a su turno, resultan en una gran inseguridad jurídica. Por ejemplo, en el Reino Unido el concepto de domicilio que prevalece –domicilio de origen “*origo*”³¹– está más cercano al concepto de nacionalidad que al concepto de domicilio “*residencia*” de

²⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., «Personas físicas», con la colaboración de BERTOSI, CARLOS en FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. 1ª ed. Editorial Zavalía. Buenos Aires. 2003, p. 510 *et passim*.

²⁹ WEINBERG, INÉS M., *Derecho Internacional...*, ob. cit., pp. 156-157.

³⁰ Pallares, BEATRIZ A.M., *Derecho Internacional Privado Matrimonial*. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe, 1998, pp. 35-37.

³¹ El *ORIGO* se remonta al Derecho Romano, suponía una relación de dependencia entre la persona y una ciudad determinada del territorio romano. Esta dependencia se traducían en la obligación de tributar, en el goce y acatamiento del derecho particular y en el sometimiento a la jurisdicción de los tribunales locales. Esta triple dependencia, tributaria, legislativa y de jurisdicción, constituía el derecho de ciudad, el cual se adquiría por nacimiento, adopción, manumisión y admisión. Por otra parte el *origo* era atributivo de ley.

los países americanos, incluidos los Estados Unidos, y de la Europa continental.

- En la mayoría de los países el domicilio se adquiere por el ánimo de permanecer como en el derecho romano. Pero los requisitos del *animus* y aun de la presencia física, así como las reglas relativas a la prueba del domicilio, no son los mismos en todos los países.

Los *defensores del sistema domiciliario*, consideran que la ley nacional constituye una opción frecuentemente inapropiada en materia de estatuto personal. La ley del domicilio siendo el lugar donde la persona vive y trabaja se adapta mejor a las condiciones actuales de su existencia que la ley del país de su nacionalidad que ha cesado de manifestarse por vínculos tan efectivos. En los países de inmigración, este argumento aparece reforzado por consideraciones de oportunidad política, en cuanto la aplicación de la ley del domicilio a los extranjeros acelera su asimilación.

Además, como la gran mayoría de los problemas legales relativos al estatuto personal se plantean en el país donde la persona vive, la unidad de juez y de derecho simplifica substancialmente la administración de justicia.

Distintas hipótesis críticas a la conexión de la nacionalidad:

- La aplicación de la ley nacional a menudo perjudica los intereses de terceros que pueden verse afectados en su buena fe, con relación al negocio respecto de la capacidad del co-contratante.

- La aplicación del derecho de la nacionalidad tiende a multiplicar el conflicto de leyes nacionales, y aun el cúmulo de nacionalidades. Por ejemplo, en algunos países europeos ambos progenitores tienen el derecho de transmitir su nacionalidad a sus descendientes. Con lo cual podría darse el caso que en una misma familia hubiera diversas leyes para regular el estatuto personal del mismo grupo familiar. En defecto de una nacionalidad común, es previsible que los miembros de una familia compartan al menos el mismo domicilio.

Todas estas razones explican, quizás, el prestigio de que goza la ley del domicilio en la actualidad y el avance constante de sus partidarios en aquellos países donde la conexión del estatuto personal a la ley nacional es tradicional.

Los argumentos a favor de los principios de la nacionalidad y del domicilio son tan válidos como contrapuestos, sin que ninguno esté en condiciones de ofrecer una solución totalmente satisfactoria. Precisamente para superar esta controversia se ha ido abriendo camino, principalmente a través de los trabajos de la Conferencia de La Haya, un criterio funcional que refleja de mejor modo la situación real: la *ley de la residencia habitual*.

La residencia habitual representa una aproximación al principio domiciliario, si bien significa una situación de hecho, por oposición al domicilio que es un concepto legal. La noción de residencia habitual denota

la situación fáctica de la presencia física de una persona en un lugar por un considerable periodo de tiempo, sumado, en opinión de algunos autores, al *animus* de permanecer allí, mientras que para otros tal voluntad es sólo de establecer un centro de existencia en ese lugar³². La noción residencia habitual alude al hogar, el lugar donde una persona habita y que constituye el centro de su vida doméstica, social y civil y que implica las relaciones sociales de una persona –culturales, políticas, económicas y personales– con una comunidad legal. Ello se evidencia a través de un ejemplo tal como que los incapaces tienen su residencia habitual en el lugar donde ellos mismos viven; no existe una residencia habitual dependiente de la del representante³³ como en el caso del domicilio.

La progresiva influencia de la residencia habitual como punto de conexión en las modernas convenciones de La Haya es en parte consecuencia, pero también en parte causa, principalmente en los países tributarios del principio de la nacionalidad cuando los esposos poseen diferentes nacionalidades o en orden a proteger a los menores residentes allí, y aun para el nombramiento de curadores y en el campo del derecho sucesorio. También nuestras convenciones interamericanas han recurrido a la residencia habitual especialmente en cuestiones relativas a menores, como adopción (CIDIP III), obligaciones alimentarias (CIDIP IV), restitución y tráfico internacional de niños (CIDIP IV y V respectivamente)³⁴.

Si bien cabe advertir que, pese a los progresos realizados desde la perspectiva funcional abierta por la noción de residencia habitual, en cada sistema jurídico existe siempre un campo irreductible sometido respectivamente a la ley nacional o a la ley domiciliaria según los casos.

En la Argentina, la residencia carece de relevancia jurídica, salvo respecto de quien no tiene domicilio fijo, supuesto en que la ley eleva la mera residencia al rango de domicilio legal (art. 90 inc. 5, Cód. Civ.).

Ya en el ámbito convencional, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889³⁵ somete la definición del domicilio a la ley del lugar en el cual la persona reside (art. 5). Es decir que la ley del país de la residencia de una persona determina las condiciones para que la residencia constituya domicilio, incluidos la legalidad y los motivos del ingreso y de la permanencia de la persona en su territorio.

Por su parte, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo

³² CALVO CARAVACA, ALFONSO L. e IRIARTE, ÁNGEL J. L. (Eds.) *Estatuto personal y...*, ob. cit., pp. 168-9.

³³ OYARZÁBAL, MARIO J. A., «Observaciones Generales sobre el Estatuto Personal en Derecho Internacional Privado». *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas. Venezuela. 2004, n° 14, p. 165 y ss.

³⁴ SANTOS BELANDRO, RUBÉN B., «Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 80, ene. /jul. 1994, pp. 39-48.

³⁵ Abreviatura: TMDCI 1889.

de 1940³⁶ califica materialmente el domicilio de una persona física como la residencia habitual en un lugar con ánimo de permanecer en él (art. 5 inc. 1). A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar (inc. 2); y, en su defecto, el lugar del centro principal de sus negocios (inc. 3). En ausencia de todas estas circunstancias, se reputa como domicilio la simple residencia (inc. 4). El ánimo de cambiar de domicilio hay que buscarlo en las declaraciones del residente ante las autoridades del lugar a donde llega y, en su defecto, de las circunstancias del cambio. De esto último resulta que la legalidad del ingreso no constituye un requisito para que la residencia constituya domicilio. El artículo 6 consagra los principios de necesidad y unidad de domicilio³⁷.

El sistema domiciliario receptado en el derecho argentino, tanto en los artículos 6, 7 y 948 del Código Civil como en las normas de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, es mantenido en todos los proyectos de modificación de las normas del derecho internacional privado argentino, ya sea que se conciba como ley autónoma o integrando el Código de Derecho Internacional Privado elaborado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos –Resoluciones 191/2002 y 144/2002–.

Con respecto a la conexión de *autonomía de la voluntad* y en qué sentido puede ejercerse en materia de estatuto personal, entiendo que la misma debe tener carácter restrictivo, no podría tomarse como una conexión general puesto que de otra forma pondría en peligro la seguridad jurídica.

El cambio de nacionalidad o, más frecuentemente, de la residencia habitual de la persona puede modificar, el derecho material aplicable (solución del conflicto móvil). Se entiende que sería razonable permitirle a una persona que considere que ha perdido vínculos con su nacionalidad o no ha logrado aún conformar vínculos suficientemente estrechos con su nueva residencia habitual, modificar su opción a favor de la ley de la residencia habitual o de su nacionalidad respectivamente.

El sistema de la opción impone a las personas someterse a la ley designada, incluidas sus normas imperativas, las que no podrán ser dejadas de lado sino por la acción del orden público del foro y, excepcionalmente, de la ley no designada en el caso de que este orden jurídico presente manifiestamente los vínculos más estrechos con la situación, y por el fraude, cuyo campo al permitirse la elección entre la ley de la nacionalidad y del domicilio se reduce a aquellos casos en que la persona modifica su nacionalidad o, más fácilmente, su residencia habitual con la intención de quedar sujeto a una ley que, a la vista de sus nacionalidades o residencias habituales normales, no sería aplicable.

³⁶ Abreviatura: TMDCI 1940.

³⁷ KALLER DE ORCHANSKY, BERTA. *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. 2004. Editorial Plus Ultra, pp. 155 y ss.

En las relaciones transfronterizas, la libertad de circulación de personas y de establecimiento entre los países miembros de espacios política y económicamente integrados, como son la Unión Europea o el MERCOSUR, producen –o son susceptible de producir– el establecimiento de substanciales poblaciones de inmigrantes que, durante su permanencia en el extranjero, celebran contratos, contraen matrimonios, tienen y adoptan hijos, son nombrados tutores o privados de la patria potestad, se divorcian y redactan testamentos³⁸.

En mi opinión, resulta adecuada la adopción de un concepto común de domicilio dentro del MERCOSUR en virtud del enorme potencial que a la política de integración provee.

El Código Civil argentino no proporciona un concepto genérico de domicilio, pues las definiciones contenidas en los arts. 89 y 90 se refieren al domicilio real, al de origen y al legal, que son especies calificadas del concepto general.

En la noción de domicilio real (art. 89 CC) existe un elemento objetivo, el asiento *principal de la residencia o de los negocios*; y un elemento subjetivo o intencional, la voluntad de constituir en ese lugar el centro de su vida, conforme al art. 92 CC en el cual la expresión *habitual*, alude al elemento intencional, y al art. 97 última parte CC: *con ánimo de permanecer en él*.

Mediante el empleo de elementos subsidiarios y en caso de habitación alternativa en diferentes lugares (art. 93 CC), tal el caso que si una persona tiene establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, y por ello que el primero es el lugar de su domicilio.

Uno de los inconvenientes que se señala a la concepción clásica (ánimo de permanecer) es la de provocar conflictos positivos o negativos en materia de domicilio. Por el contrario, la concepción objetiva al fijar el domicilio en el lugar de la residencia principal o permanente, evita dichos conflictos, porque siempre existe en relación a una persona física esa conexión de hecho. Lo cual en sus distintas hipótesis nuestra legislación resuelve³⁹.

El conflicto negativo surge cuando conforme a ninguna legislación interna se puede atribuir domicilio a una persona:

- Carencia permanente de domicilio de quienes nunca se han establecido con ánimo de permanecer. Se resuelve con un punto de conexión subsidiario, la residencia (art. 95 CC).

- Abandono de domicilio tal el caso de refugiados, emigrados, exiliados, el art. 96 CC contempla el supuesto que en el momento en que el domicilio en país extranjero es abandonado sin ánimo de volver a él, la persona tiene el domicilio de su nacimiento.

³⁸ OYAZÁBAL, MARIO J. A. *Observaciones Generales...*, ob. cit., p. 166 *et passim*.

³⁹ KALLER DE ORCHANSKY, BERTA. *Nuevo Manual de Derecho...*, ob. cit., pp.161-163.

Los conflictos positivos surgen cuando hay pluralidad de domicilios:

- Caso del que reside seis meses al año con ánimo paralelo de permanecer en ambos. También puede ocurrir que una persona tenga en dos países establecimientos de igual importancia.

- Si el hijo menor de edad tiene por domicilio legal el de sus padres y éstos tienen domicilios separados y ejercen ambos la patria potestad, ha de ocurrir que el hijo tenga dos domicilios a la vez.

El Código Civil resuelve los casos de pluralidad aparente entre domicilio legal y otro real, a favor del legal (art. 90 CC).

En caso de habitación alternativa en diferentes lugares los arts. 93 y 94 CC resuelven en parte el problema: “... *el domicilio es el lugar donde se tenga la familia o el principal establecimiento. Si una persona tiene establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio*”.

En párrafos anteriores se ha comentado lo regulado en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil con relación a la calificación de domicilio. Es importante destacar entre otros convenios internacionales, la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado, aprobada en la CIDIP II. (Montevideo, 1979), que si bien nuestro país no la ha adoptado sí se encuentra vigente en los Estados de Paraguay, Uruguay, Ecuador, Guatemala, México y Perú.

En dicha convención se constituye un intento de homogeneizar, en muy pocos artículos, las distintas concepciones que respecto del domicilio existen en los países de la región, mediante la fijación de normas uniformes al respecto.

Para ello se basa en una regla general en su art. 2 que establece, en orden sucesivo, cuáles son las circunstancias que determinan el domicilio de las personas físicas, siendo ellas: la residencia habitual, el lugar del centro principal de los negocios, la simple residencia, y el lugar donde la persona se encontrare. Las dos últimas conexiones sirven para resolver los casos en los que una persona tiene doble domiciliación en Estados partes, ya que se dispone que se la considerará domiciliada en el Estado en el cual tiene la simple residencia y “*si la tuviere en ambos se preferirá el lugar donde se encontrare*” (art. 6). También establece domicilios especiales⁴⁰.

Como ya se ha mencionado, la misma no tuvo demasiada consideración por nuestro país, pero no deja de ser un intento de calificar y asemejar el concepto de domicilio en un espacio integrado, de significativa importancia por lo expuesto hasta el presente.

⁴⁰ PALLARÉS, BEATRIZ, con colaboración de ARAGÓN, ENRIQUE, «Régimen Internacional de las Personas Humanas en el Derecho Internacional Privado Argentino». En el *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* del 24-02-2006, elDial.com CC30A. Comentario a los artículos 6, 7, 948 y 949 del Código Civil en el *Libro Homenaje al Dr. BENJAMÍN PABLO PINÓN*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004.

III. La personalidad jurídica

III.1. Concepto

La personalidad jurídica es definida como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones siendo este sujeto de derecho: todo ser humano.

Dicha aptitud se encuentra refrendada en la Constitución Nacional en los arts. 15 y 16 que consagran respectivamente la libertad jurídica y la igualdad ante la ley, como también en los Pactos establecidos en el art. 75, inc. 22 que, a partir de 1994 mantienen la misma jerarquía. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1° que proclama que “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...*”, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, art. 1°, incs. 2° y 3° y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 16 que prescriben que todo ser humano (persona) tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

III.2. Existencia de la persona física. Protección jurídica

La dificultad que se plantea en nuestra materia, sin embargo, es el de la determinación del instante en que comienza la existencia de las personas, ya que el momento del nacimiento de la personalidad depende de diferentes circunstancias en los distintos ordenamientos jurídicos, como son: nacer con vida, ser viable, que el nacimiento sea completo y con vida, que el nacido viva un tiempo estimado fuera del claustro materno. Esta diversidad legislativa hace que sea importante determinar qué ordenamiento se aplicará al momento del nacimiento del individuo.

Brevemente se señalará que existen tres teorías en el derecho comparado para dar solución al comienzo de la personalidad: la *lex causae*, la *ley personal*, y la *lex fori*⁴¹.

- *Lex causae*: se trata de aplicar, la misma ley que rige la relación principal que precisa se determine el momento del nacimiento. Por ejemplo, si la determinación del momento del nacimiento se hace a los efectos de fijar derechos u obligaciones sucesorios, la ley que regula la sucesión será la que determine el momento del nacimiento.

A esta solución le es objetable el posible fraccionamiento del problema, puesto que da una respuesta distinta a cada caso, así se trate de un problema sucesorio o de tutela. Esta situación se agrava teniendo en cuenta que incluso, en algunos países, sobre todo pertenecientes al sistema anglosajón, se fracciona el régimen sucesorio: para los bienes muebles, el último domicilio del causante; y para los bienes inmuebles, el lugar donde estén situados, con lo cual se estarían aplicando leyes diferentes a un mismo caso, con las contradicciones y conflictos que esto puede generar.

⁴¹ FELDMAN DE CÁRDENAS, SARA, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*. Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000, pp. 51-57.

• *Ley personal*: esta tesis se basa en el hecho de que el nacimiento determina la personalidad y todos los derechos que de ésta se derivan, la capacidad, el estado civil, todo lo cual forma parte del estatuto personal. Es por esta razón por lo que, a su determinación, debe aplicarse la ley personal.

A esta solución se le critica, el hecho de que se basa en una ficción jurídica, puesto que solo después que se nace se tiene una nacionalidad, un domicilio o una residencia, es decir, una ley personal. Por lo que se determinará por su ley personal hipotética.

• *Lex fori*: esta posición se sustenta en la tesis de que la personalidad depende de las normas materiales del foro. Como virtudes indiscutibles a esta solución están, su fácil aplicación y efectividad práctica. Pero, como plantea Calvo Caravaca⁴², esta posición elimina *a priori* la competencia de los Estados para regular las condiciones de inicio de la personalidad, motivo por el cual, entiendo que es la menos acertada de las soluciones.

En el derecho internacional privado argentino el comienzo de la personalidad jurídica se determina por la ley personal, siguiendo el criterio del domicilio de cada individuo, normativamente fundado en los arts. 6° y 7° del CC o en fuente convencional en el art. 1° del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 que se refiere específicamente a la “*existencia*” de las personas.

Además, a la crítica que puede considerarse la aplicación de la ley personal un círculo vicioso, puede eludirse fácilmente por medio de una ficción: la personalidad del nacido o del por nacer –*nasciturus*– se determina conforme a la ley personal “*hipotética*” para el supuesto de que el sujeto tuviera personalidad.

El domicilio que tenía la madre al tiempo de producirse el hecho jurídico que puede dar lugar a la adquisición de bienes a favor de la persona por nacer, como el fallecimiento del testador⁴³, o el accidente que da lugar a la acción por resarcimiento de daño⁴⁴. Aunque posteriormente mude su domicilio a un país como el nuestro cuya legislación considera el hecho del nacimiento sin vida como una condición resolutoria de la personalidad⁴⁵.

⁴² CALVO CARAVACA, ALFONSO L. e IRIARTE, ÁNGEL J. L. (Eds.) *Estatuto personal y...*, ob. cit., p. 169.

⁴³ CC Art. 3733 *Pueden adquirir por testamento todos los que, estando concebidos al tiempo de la muerte del testador, no sean declarados por la ley incapaces o indignos.*

⁴⁴ CC Arts. 1084. *Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla.* y 1109, CC. *Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.*

⁴⁵ CC Art. 74. *Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido.*

La presunción de vida y la prueba sobre la muerte quedan sometidas a la ley personal domiciliaria al momento de nacer, así como la prioridad del nacimiento en el caso de partos dobles o múltiples.

Una parte de la doctrina considera, y yo coincido, que el art. 72 del CC, que establece que no *importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer o por nacer antes de tiempo*, a los fines de los derechos irrevocablemente adquiridos de la persona antes de nacer (art. 70, CC) constituye una norma de policía del derecho internacional privado argentino, por lo cual ante un derecho extranjero que estableciera lo contrario o quitara ciertos derechos a quienes mueren apenas nacidos, no podría ser aplicado por un juez argentino⁴⁶.

En nuestro país, el Derecho cumple desde hace tiempo con la exigencia de pronunciarse respecto del comienzo de la existencia de la persona humana, y lo hace con suficiencia y más que claramente: Reconoce el estatuto personal del ser humano desde el momento mismo de la concepción y garantiza los derechos fundamentales que surgen de él.

El Código Civil, establece en su art. 70: *“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”* en relación el art. 63: *expresa que: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido aún están concebidas en el seno materno”*.

En la Constitución, art. 75 inciso 22, que le da jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre los derechos humanos, que dispone en su art. 1.1: *“[...] persona es todo ser humano”*, y en su art. 4.1: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción”*.

La Convención de los Derechos del Niño, en la cual la República Argentina expresó una reserva donde dice que entiende por niño *“todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”*. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce la personalidad jurídica del niño por nacer cuando en el art. 6 inc. 5 prohíbe aplicar la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez. El propio texto constitucional en el art. 75 inc. 23 nos ofrece una primera definición del término niño, cuando establece que será facultad del Congreso Nacional dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, *“desde el embarazo hasta la finalización de la lactancia, y de la madre...”*. Antes de la reforma de 1994, la vida era considerada un derecho implícito (art. 33 de la Constitución Nacional) desde la concepción hasta la muerte. Sin lugar a dudas, para la Constitución el niño por nacer (desde la concepción) goza de plena personalidad jurídica.

⁴⁶ OYARZÁBAL, MARIO J. A. *El inicio y el fin de la existencia de las personas humanas en el Derecho Internacional Privado*. ED, 210-1146.

En consonancia con la Constitución Nacional y los tratados internacionales, las constituciones de las provincias argentinas afirman también que el niño por nacer es persona y que queda protegida la vida desde la concepción⁴⁷.

III.3. Extinción de la personalidad

En la actualidad prevalecen como criterios, el instante en que deja de latir el corazón y la cesación de la actividad encefálica.

Cuando resulta imposible determinar el momento exacto de la muerte, se sitúa entre el último en que se sabe que la persona aún vivía y el primero en que se conoce que estaba ya muerta.

Siguiendo la lógica del tema en nuestro Derecho Internacional Privado la extinción de la personalidad se rige conforme a la ley personal del domicilio al tiempo de la muerte (arts. 6° y 7°, CC; art. 1°, TMDCI).

El ámbito de la ley aplicable se circunscribe a la determinación del momento preciso del fallecimiento, por el cese irreversible de la función cardiorrespiratoria (corazón y pulmón) o por el cese irreversible de la función cerebral (muerte encefálica)⁴⁸.

La ley del domicilio se aplica también a los efectos de la muerte en cuanto:

⁴⁷ Buenos Aires: Todas las personas en la provincia gozan del derecho «a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural» (art. 12°). Catamarca: Garantiza como derecho especial de la niñez «la vida, desde su concepción» (art. 65° inc. 3). Chaco: También queda garantizado a todas las personas el derecho «a la vida y a la libertad, desde la concepción» (art. 15° inc. 1). Chubut: Los habitantes gozan «en especial» del derecho «a la vida desde su concepción» (art. 18° inc. 1). Córdoba: Dos veces afirma el comienzo de la persona humana desde la concepción: «La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables» y «Todas las personas en la provincia gozan de los siguientes derechos (...): a la vida desde la concepción». (arts. 4° y 19° inc. 1). Formosa: «Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción» (art. 5°). Salta: «La vida desde su concepción» es intangible y «su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos.» (art. 10°). San Luis: Ratifica la existencia de «la vida desde su concepción» y su protección por parte de los poderes públicos, y «protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento y, desde éste hasta su pleno desarrollo» (arts. 13° y 49°). Santiago del Estero: Todas las personas en esta provincia gozan del derecho «a la vida en general desde el momento de la concepción» (art. 16°). Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur: Garantiza el goce en la provincia del derecho «a la vida desde la concepción» (art. 14° inc. 1). Tucumán: La provincia procura que las personas gocen del derecho «a una existencia digna desde la concepción», a la vez que asegura la salud física y espiritual de todos... protegiendo la vida, en la esfera de sus atribuciones, desde la concepción misma» (arts. 35° y 125°).

⁴⁸ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., pp. 53-57.

- A los atributos de la personalidad del difunto, como el nombre, la capacidad y el domicilio, y los llamados “*derechos de la personalidad*”, tales como el honor, la privacidad, la integridad corporal, entendiendo asimismo como integridad corporal la aptitud de disponer de su propio cuerpo por medio de disposición testamentaria o de otra forma (inhumación o cremación, o ablación para después de la muerte con fines de trasplante o de estudio o investigación), bajo reserva del orden público argentino si el deceso tuvo lugar en nuestro país; así como quiénes tomarán la disposición respectiva, si el causante nada hubiese decidido, aunque no sean herederos según la ley que rige la sucesión, ya que el cuerpo inerte no integra el acervo hereditario.

Las excepciones a la ley personal domiciliaria:

- Los efectos que la muerte provoca sobre los derechos de familia, como el matrimonio, la patria potestad, la tutela y la curatela, quedan sometidos a su propia ley.

- Los efectos en cuanto a los derechos patrimoniales del difunto se rigen por el derecho aplicable a la sucesión, que puede imponer un fraccionamiento a su respecto.

- Las acciones penales contra el difunto así como las acciones de que aquél disponía, caen bajo la órbita de la ley penal respectiva, que resuelve si las mismas se extinguen con su muerte o si pueden ser ejercitadas luego de la muerte del ofendido y por quiénes.

La muerte civil no es causal de extinción de la personalidad jurídica de los seres humanos sólo lo es la muerte natural o efectiva, deben considerarse violatorias del orden público internacional argentino las legislaciones que así lo consideren. (CC Art. 103 “*Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas*”).

Determinar el momento de la muerte en la materia que nos ocupa, cobra importancia sobre todo a efectos sucesorios.

En este sentido la dificultad se plantea cuando fallece más de una persona llamadas a sucederse entre sí y no se puede determinar cuál de estas muertes ocurrió con anterioridad a la otra. Esta situación puede tener lugar por haber ocurrido como consecuencia de un mismo suceso (catástrofe natural, accidente), o por haber fallecido en lugares distantes, en igual período sin que se hubiere determinado el momento exacto de la muerte de dichas personas.

La solución a esta situación por parte de los distintos ordenamientos jurídicos ha sido a través de la *premorienza* y la *conmorienza*.

Premorienza: se hace una presunción de supervivencia atendiendo al sexo o a la edad, solución ésta que conlleva que pueda tener lugar la trasmisión hereditaria entre ellas.

Conmorienza: se presumen muertas al mismo tiempo a las personas

involucradas, excluyendo así, la posibilidad de sucesión hereditaria entre las mismas. Tal es la solución que se considera en nuestro ordenamiento. (Art. 109. CC. *Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas*).

Como pudimos apreciar, de una forma u otra de resolver esta situación se derivan soluciones opuestas de la posibilidad de que proceda o no la sucesión hereditaria entre las personas que mueren de forma simultánea.

Para resolver los problemas de la ley que habrá de decidir sobre este particular se han formulado tres soluciones: la *lex fori*, la ley personal y la *lex causae*.

- *Lex fori*, parte de considerar las reglas referentes a la conmorienencia como normas de naturaleza procesal, específicamente sobre la prueba de la conmorienencia.

- *Ley personal* de los conmorientes, se debe a la consideración de ésta como un aspecto de extinción de la personalidad.

- *Lex causae*, es defendida como tesis que permite una solución coherente entre las leyes que regularán las cuestiones de fondo para la cual se precisa resolver el supuesto de muerte simultánea, y la que resolverá esta última cuestión, logrando así la uniformidad del derecho aplicable.

Tanto la ley personal como la *lex causae* pueden resultar insuficientes para resolver el problema planteado. En el caso de la utilización de la ley personal, el problema fundamental se plantea cuando difiere entre los conmorientes, y el caso de *lex causae*, cuando en la sucesión, por ejemplo, intervienen más de una legislación (en cuanto a los bienes muebles, ley personal del causante, y para los bienes inmuebles la ley del lugar de su situación).

En ambos casos existe la posibilidad de intervención de dos o más legislaciones con solución diferente a los supuestos de muerte simultánea, con lo cual no quedaría resuelto el conflicto planteado. Para estos casos es importante encontrar una solución, que bien podría ser, la de utilizar un criterio alternativo o supletorio, como la *lex fori*, o utilizar una norma material como lo establece la Convención de la Haya de 1989, que si bien no se encuentra vigente para Argentina, nuestro país lo firma el 24 de Enero de 1990⁴⁹.

⁴⁹ La Convención de La Haya de 1-8-1989 sobre *Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte*, establece que «En caso de que dos o más personas cuyas sucesiones se rijan por leyes diferentes fallezcan en circunstancias que no permitan determinar el orden en que se produjeron los fallecimientos, y cuando dichas leyes regulen esa situación de forma diferente o no la regulen, ninguna de las personas

IV. La Ausencia y Presunción de muerte en el Derecho Internacional Privado

La ausencia se puede definir como la situación jurídica de una persona de la cual se desconoce su paradero y además, se duda su existencia por un periodo determinado; en nuestro caso, esta tendrá lugar por la desaparición por más de 3 años⁵⁰. La misma ley 14.394 (BO 30/7/54), desdobra la hipótesis extraordinaria de ausencia calificada, que correspondía aproximadamente a lo que en Francia se ha contemplado como “*desaparición de personas*” y en Venezuela como “*presunción de muerte por accidente*”, en dos casos bien diferenciados.

- En el primero se ocupa de aquellas personas que se encontraron en el lugar de un siniestro que pudo poner en peligro su vida (incendio, terremoto, acción de guerra, etc.), y dispone que procederá declarar su fallecimiento presunto al cabo de dos años (artículo 23, inciso 1), pero distingue, dentro de estos siniestros:

- Segunda hipótesis, el caso de las “naves o aeronaves naufragadas o perdidas” (artículo 23, inciso 2), exigiendo solamente que hayan transcurrido seis meses desde la última noticia.

Cuando se presenta la situación de ausencia, el objetivo fundamental es tomar las medidas pertinentes con relación a los bienes y relaciones del ausente.

En cuanto a la ley aplicable a la ausencia y a la presunción de fallecimiento, es acuerdo casi unánime en la doctrina que deberá aplicarse la ley personal, por tratarse de instituciones que afectan al conjunto de relaciones de la persona, en íntima relación con el estado y la capacidad, todo lo cual queda comprendido dentro del estatuto personal. En este caso se aplicaría la ley personal para los presupuestos materiales de declaración, para la designación del representante, sus facultades y obligaciones, y los efectos patrimoniales y personales⁵¹.

fallecidas tendrá derecho alguno a la sucesión de la otra u otras». El convenio primeramente permite la solución conflictual, y en caso de no lograr una solución armónica por esta vía, ofrece de forma supletoria una norma material. (Estado actual de la convención: Países miembros firmantes Argentina 24-1-1990, Luxemburgo 23-2-1995, Países Bajos 12-1-1994, Suiza 1-8-1989. Siendo ratificado sólo por Países Bajos 27-9-1996). http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=62#nonmem

⁵⁰ Ley 14.394 (BO 30/7/54) Art. 22°. *La ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado apoderado, sin que de ella se tenga noticia por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento. Ese plazo será contado desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente.*

⁵¹ PALLARÉS, BEATRIZ, con colaboración de ARAGÓN, ENRIQUE. *Régimen Internacional...* elDial.com CC30A, ob. cit.

Pero debemos tener presente que *el derecho argentino no contiene normas relativas al derecho aplicable a la declaración de ausencia y sus efectos*, limitándose a la determinación de cuáles son los foros que están habilitados para entender en casos de ausencia.

Entonces, atendiendo al razonamiento lógico, la ausencia se vincula a todos los aspectos de la personalidad, por lo que resultaría acertada su sumisión al mismo derecho que rige las demás cuestiones del estatuto personal. El derecho del último domicilio del ausente.

La doctrina difiere en el fundamento normativo, Boggiano considera que si diversos aspectos del estatuto personal están regidos por la ley domiciliaria (arts. 6, 7, 948 CC) es admisible inferir el principio general domiciliario en el derecho argentino y aplicar ese derecho a aspectos no reglados específicamente, como la muerte, tanto comprobada como presunta.

Para Goldschmidt⁵² en cambio, la aplicación de la ley del último domicilio (que sería desplazada por la ley de la última residencia conocida) no debe desprenderse de los arts. 6, 7, 948 del CC, sino del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940:

Título I. De las personas Art. 1º.- La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio. *No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión* y el Art. 15 de la Ley 14394. “Cuando una persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tengan noticias y sin haber dejado apoderado, *podrá el juez, a instancia de parte interesada, designar un curador a sus bienes, siempre que el cuidado de éstos lo exigiere. La misma regla se observará si, existiendo apoderado, sus poderes fueren insuficientes, no desempeñare convenientemente el mandato, o éste hubiese caducado*”.

Nuestra legislación sólo considera en materia de ausencia, criterios atributivos de jurisdicción internacional. La ley N° 14.394 (BO 30/7/54) dispone en el artículo 16 que: “Será competente *el juez del domicilio, o en su defecto el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiese tenido en el país, o no fueren conocidos, lo será el de lugar donde existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diferentes jurisdicciones*”.

Con lo cual podemos inferir que los criterios atributivos de jurisdicción son de carácter subsidiario, a saber:

- *Último domicilio o residencia del presunto fallecido en la República:* competencia de los jueces argentinos que entiendo como jurisdicción

⁵² GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico*. Actualizada por la Dra. PERUGINI ZANETTI, ALICIA M., 10ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, pp. 319-323.

exclusiva. (Art. 15 de la Ley 14394, concordante con art. 57 del TMDCI de 1940: *La declaración de ausencia debe solicitarse ante el juez del último domicilio del presunto ausente.*)

- *Lugar de situación de los bienes en la República:* serán competentes los jueces argentinos o lugar de situación de los bienes en el extranjero los jueces donde se encuentren situados estableciendo jurisdicción concurrente en caso de desconocer su último domicilio o residencia.
- *El juez que hubiere prevenido:* cuando dichos bienes se encontraren en jurisdicciones distintas.

Por otro lado, también existe una laguna con respecto a *los efectos de la ausencia*, siendo necesario recurrir a diversas hipótesis:

La aplicación del derecho del domicilio del ausente: que resulta de la aplicación de las reglas de los artículos 6,7 y 948 CC a las materias comprendidas en el estatuto personal. Con lo cual el derecho del domicilio indicará no sólo los requisitos para la declaración de ausencia, sino también los efectos y la procedencia en su caso de la eventual muerte presunta⁵³.

El derecho que rige la relación jurídica sobre la cual desplegará efectos la presunción. En materia de efectos patrimoniales, a la aplicación del derecho del lugar de situación de los bienes del ausente que resulta de la aplicación analógica del Tratado de Montevideo de 1940, cuyo art.12 va a distinguir los efectos personales de la declaración de ausencia, de los efectos sobre los bienes del ausente⁵⁴.

Ambos Tratados contienen normas específicas sobre la ausencia que resultan aplicables a los casos conectados con los Estados partes y, según es práctica común en Argentina, Paraguay y Uruguay, también a supuestos que no entran dentro del ámbito espacial de aplicación y para los cuales no existe otra norma aplicable, por vía de la analogía.

La norma de jurisdicción, que contempla la actuación del juez del último domicilio, está consagrada en el art. 57 de ambos tratados.

El derecho aplicable queda establecido en los siguientes términos: *“los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en que esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía”* (art. 10 TMDCI de 1889 y art. 12 TMDCI de 1940).

⁵³ TELLECHEA BERGMAN, EDUARDO, «Personalidad y capacidad de las personas físicas en el DIPr.», *Anexos de la Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ministerio de Justicia, Montevideo, 1983.

⁵⁴ TMDCI de 1940 Art. 12, 1ª parte. *Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en donde esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía.*

Como ya se ha comentado, realiza un desdoblamiento de las cuestiones ya sea:

- los efectos patrimoniales de la ausencia por la *ley del lugar en que esos bienes se hallan situados*. (calificación de bienes como propiedad).
- los efectos personales de la ausencia por la *ley que anteriormente las regía*. (Así, por ejemplo, los efectos de la muerte sobre un contrato quedan determinados por la *lex contractus*; sobre sociedades, *lex societatis*; sobre matrimonio, la ley que rige disolución del vínculo; sobre la herencia, la ley que rige sucesión).

A fines de sanear esta laguna normativa la COMISIÓN DE ESTUDIO Y ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO⁵⁵ al analizar el precepto sobre ausencia y presunción de fallecimiento establece:

- *Se suprime la expresión desaparición* porque desde el punto de vista civil todos los desaparecidos entran en ausencia.
- Se establece la aplicación, en principio, del *derecho del último domicilio y en su defecto el de la residencia del ausente* pues no se trata de conexiones alternativas sino subsidiarias.
- En materia de declaración de ausencia se *incluye que se tendrá en cuenta principalmente el derecho de la última residencia*, pues es el que mejor conoce los riesgos de vida del lugar de la desaparición precisamente, *y si se desconociere el domicilio y la residencia se aplicará el derecho del país donde hubiere bienes*, en consonancia con la norma proyectada para jurisdicción internacional.
- En tal sentido, se cuestiona para qué se querría declarar ausente a una persona que no tiene bienes en el país, si se trata de residencia habitual o simple residencia, si se quiere atribuir competencia en general o resguardar la competencia argentina para el caso que la desaparición se produzca aquí, limitar o ampliar el foro del patrimonio, si tal foro se configuraría también para declarar la ausencia, etc.

Se concluye finalmente que *son competentes* para entender en los procedimientos de declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento *los tribunales del domicilio o de la residencia de la persona de quien se trate*, y si éstos no fueran conocidos también serán competentes para declarar la ausencia y tomar las medidas de protección y administración

⁵⁵ Creada por Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación N° 191/2002, del 5 de abril de 2002 y resolución 134/02 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Proyecto presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003, integrada por los Profesores, CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, FERMÉ, EDUARDO L.; KALLER DE ORCHANSKY, BERTA; MANÓVIL, RAFAEL; NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA; PALLARÉS, BEATRIZ; PERUGINI ZANETTI, ALICIA MARIANA; PIOMBO, HORACIO DANIEL; RIVERA, JULIO CÉSAR; URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA y WEINBERG DE ROCA, INÉS M.

de los bienes, *los tribunales del lugar de situación de los mismos*, en relación con éstos.

Por otra parte el ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2012, establece en cuanto al tema lo siguiente:

Artículo 2619.- *Ausencia y presunción de fallecimiento. Jurisdicción.* Para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento es competente el juez del último domicilio conocido del ausente, o en su defecto, el de su última residencia habitual. Si éstos se desconocen, es competente el juez del lugar donde están situados los bienes del ausente con relación a éstos; el juez argentino puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República.

Artículo 2620.- *Derecho aplicable.* La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del *último domicilio conocido de la persona desaparecida* o, en su defecto, por el *derecho de su última residencia habitual*. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente.

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables del ausente se determinan por el *derecho del lugar de situación o registro de esos bienes*.

En cuanto al derecho aplicable sigue la línea de los Tratados de Montevideo con respecto al desdoblamiento de las situaciones.

V. Colofón

La tendencia migratoria intensiva motivada por diversas razones sean éstas económicas, sociales, culturales o personales, no sólo ha crecido en número, sino también en velocidad y heterogeneidad de los diversos procesos migratorios. No puede sorprender, por tanto, que las migraciones internacionales atraigan la atención de las ciencias humanas en general.

Es por ello, que aparece un renovado debate de la determinación de la ley del Estatuto Personal en el Derecho Internacional Privado, dejando en claro que existe una defensa unánime de la conveniencia de regular las cuestiones que se relacionen con dicho estatuto de las personas tanto físicas como jurídicas, por una misma ley, evitando así el fraccionamiento de su regulación y las posibles discontinuidades que esto puede provocar.

El domicilio y la nacionalidad son los criterios más generalizados en relación con el tema, si bien desde hace décadas se abre paso la conexión de la residencia habitual, atribuyéndosele como ventajas: la posibilidad de conectarse con el medio real del individuo, evitar los problemas de conflicto de calificación inherentes a la determinación de lo que es la nacionalidad o el domicilio y por este motivo, el haber permitido los trabajos de codificación y unificación del derecho internacional.

Si bien atento a que la legislación argentina adopta el criterio domiciliario al igual que una gran mayoría de los países de la región, resulta importante trabajar a fin de lograr una calificación común del término, entre los países miembros de espacios política y económicamente integrados, a raíz del flujo migratorio constante.

Tampoco podemos dejar de considerar cómo, la diferencia de criterios conectivos determinantes de la ley aplicable al estatuto personal infieren en las personas físicas ya sea al momento del inicio de asumir personalidad jurídica, cuando se entiende que es capaz de adquirir derechos y obligaciones como al finiquitar esa capacidad. No sólo el hecho que en el derecho comparado se regula a los mismos institutos de diversa manera sino que también a través del constante adelanto de la ciencia con respecto a los métodos de procreación y de mantener con vida al ser humano contienen en sus ordenamientos la regulación específica para cada situación, circunstancia que puede no encontrarse regulada en el país que se tenga que resolver, lo cual podría llevar a graves injusticias.

En cuanto a los institutos de Ausencia y Declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, aparentemente existe un consenso en resolver dentro del Derecho Internacional Privado el vacío legal que actualmente existe sobre la ley que resultará aplicable, en los proyectos que con fuerza se evidencian en el futuro próximo.

BLANCA

**LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS PROFESIONALES
LIBERALES EN EL MERCOSUR**

*FREE MOVEMENT OF THE LIBERALS PROFESSIONALS
IN THE MERCOSUR*

*María Elena CABALLERO**

RESUMEN

Lograr la libre circulación de las personas y, en particular, la libre circulación de los profesionales liberales en el MERCOSUR, es una tarea más compleja que la libre circulación de los bienes, porque en aquella se encuentran presentes factores culturales y sociales, además de considerables asimetrías, no solamente en cuanto a la formación académica sino también en cuanto a las exigencias para el ejercicio profesional requeridas en cada Estado parte.

Es necesario una sistematización de todo lo desarrollado hasta el presente, mediante la creación de un sistema que unifique y posibilite la libre circulación de los profesionales liberales en el ámbito del MERCOSUR en forma diligente, a través de la eliminación de obstáculos y de la armonización de las diferencias y, sobre todo, no mirando la integración profesional como algo tan difícil de concretar, sino como un objetivo a conseguir, para poder avanzar en el proceso de integración.

En este sentido, en este trabajo se elaboran distintas propuestas de mecanismos y/o sistemas que pretenden englobar este propósito.

* Magister en Relaciones Internacionales. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. Miembro Titular de la AADI. mail: melena_caballero@hotmail.com

ABSTRACT

Achieving the free movement of people and in particular the free movement of liberal professionals in the MERCOSUR is a more complex task than the free movement of goods, because it involves cultural and social factors, in addition to considerable asymmetries, not only in terms of academic training but also in terms of the requirements for professional practice required in each member State.

It is necessary to systematize everything which has been developed so far, by creating a system that unifies and makes possible the free movement of liberal professional in the MERCOSUR expeditiously, by the removal of barriers and harmonization of differences and, above all, to look professional integration not as something so difficult to define, but as a goal to achieve, to make progress in the integration process.

In this sense, in this work we made different proposals of mechanisms and/or systems that include the purpose intended.

PALABRAS CLAVES

Profesionales Liberales - MERCOSUR - Propuestas de Mecanismos - Condiciones - Conclusiones.

KEY WORDS

Liberals Professionals - MERCOSUR - Proposals Mechanisms - Conditions - Conclusions.

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Propuestas tendientes a lograr un mecanismo para facilitar la libre circulación de los profesionales liberales en el ámbito del MERCOSUR y sus países asociados: **1- a)** Propuesta que consiste en aplicar el Sistema del Derecho Comunitario Europeo. **1- b)** Propuesta para corregir el Mecanismo de Acreditación de Carreras de Grado Universitario. **1- c)** Propuesta para mejorar el Mecanismo para el Ejercicio Profesional Temporario. **2-** Correcciones, modificaciones y adaptaciones para hacer viables, en el ámbito del MERCOSUR, dichas propuestas. **2- a)** La aplicación del Sistema del Derecho Comunitario Europeo. **2- b)** La aplicación del Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras de Grado Universitario. **2- c)** La aplicación del Mecanismo para el Ejercicio Profesional Temporario. **III.** Las condiciones de una propuesta tendientes a crear un mecanismo que facilite la libre circulación de los profesionales liberales en el ámbito de los países miembros del MERCOSUR y sus países asociados: **a)** el debido

control por parte del Estado. **b)** la detentación de un título habilitante. **c)** la creación y funcionamiento de un órgano nacional de control. **d)** el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y el principio de igualdad de trato. **e)** el principio de confianza recíproca. **f)** la armonización y coordinación legislativa de los contenidos curriculares. **g)** la armonización y coordinación de las legislaciones migratorias. **h)** la armonización de las legislaciones nacionales sobre los controles migratorios. **IV.** Conclusiones finales.

I. Introducción

Desde la creación del Tratado de Asunción y sobre todo a partir de que se alcanza la libre circulación de los bienes y el establecimiento de un arancel externo común, se observa un encomiable esfuerzo e interés de los países del MERCOSUR y sus asociados por crear un sistema o mecanismo tendiente a reemplazar el actual Sistema de Convalidación y/o Reválida (según sea el caso) de los títulos profesionales otorgados por los Estados partes, por un mecanismo más ágil, un sistema más efectivo que no signifique el previo cumplimiento de engorrosos y excesivos requisitos, que hacen casi imposible, que un profesional nacional de uno de los Estados partes del proceso de integración se traslade a prestar sus servicios profesionales a otro Estado parte.

Se observa también, que el trabajo fue desarrollándose desde distintos ámbitos, tanto desde la esfera pública (a través de los respectivos gobiernos) como desde la esfera privada (a través de las agrupaciones y/o asociaciones profesionales).

Es fundamentalmente por este motivo que existen en la actualidad un sinnúmero de acuerdos (en su mayoría no entraron aún en vigor) y de proyectos que abordan la libre circulación de los profesionales liberales desde distintos puntos de vista: mediante la elaboración del mecanismo del ejercicio profesional temporario, de un sistema de acreditación de títulos de carreras universitarias, mediante la celebración de acuerdos tendientes a facilitar el libre tránsito de los ciudadanos del MERCOSUR, y a través de la elaboración de un conjunto de normas, y medidas conjuntas sobre temas puntuales de una profesión determinada.

Es decir que, en el espacio del MERCOSUR, lo alcanzado hasta el momento es el resultado de los trabajos de los gobiernos de los Estados partes y asociados en su conjunto y de los proyectos e ideas aportadas por las asociaciones profesionales de cada uno de dichos países.

Por lo tanto, es necesario obtener una sistematización de todo lo desarrollado hasta el presente, mediante la creación de un sistema ordenador, unificador, que posibilite la libre circulación de los profesionales liberales en el ámbito del MERCOSUR en forma diligente, a través de la

eliminación de obstáculos o de la armonización de las diferencias y, sobre todo, no mirando la integración profesional como algo tan difícil de concretar, sino como un objetivo imprescindible a conseguir, para poder avanzar en el proceso de integración.

Este mismo criterio fue el sostenido por la Directiva 89/48/CEE del Consejo de la Unión Europea, por medio de la cual se creó el Sistema General de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior, que expresa: *“La supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios constituye uno de los objetivos de la comunidad... y dicha supresión implica, para los nacionales de los Estados miembros, en particular la facultad de ejercer una profesión, por cuenta propia o ajena, en un Estado miembro que no sea aquel en que hayan adquirido su cualificación profesional”*.

Se desarrollan a continuación propuestas de mecanismos o sistemas que pretenden englobar este propósito.

II. Propuestas tendientes a lograr un mecanismo para facilitar la libre circulación de los profesionales liberales en el ámbito del MERCOSUR y sus países asociados

1- a) Propuesta que consiste en aplicar en el ámbito del MERCOSUR y sus países asociados el sistema del derecho comunitario europeo.

Una propuesta radica en elaborar un mecanismo que consista en reproducir el mecanismo supranacional del derecho comunitario europeo.

Ello significa aplicar, en el ámbito del MERCOSUR, tanto el Sistema de Liberalización Vertical o específico, como el Sistema de Liberalización Horizontal o general, siempre con el objetivo de facilitar el libre acceso y ejercicio de los profesionales cuya actividad profesional precise un título para su ejercicio.

Recuérdese que el sistema vertical o específico consiste en la adopción de una serie de Directivas Tendientes a obtener el reconocimiento mutuo de títulos y en la adopción de Directivas (derecho comunitario derivado) tendientes a obtener la coordinación de las legislaciones nacionales, sobre todo para aquellas profesiones que ponen en riesgo grave el interés público de toda una sociedad, tales como las Directivas específicas para las profesiones relativas a la salud: las de médicos, enfermeros, odontólogos, etc.

Por su parte, el sistema de liberalización horizontal o general¹ hace

¹ La Directiva General u Horizontal señala tres procedimientos para el reconocimiento de los títulos profesionales: a) experiencia profesional; b) período de prácticas que implicaría el ejercicio de la profesión por parte del titulado en otro

referencia a todas las Directivas (derecho comunitario derivado) que abarcan las profesiones cuyo acceso y ejercicio requieren un título de enseñanza superior y aquellas reguladas en un Estado miembro, que reúnan las condiciones exigidas por las mismas Directivas; siendo otra de sus características el obligar a los Estados miembros a reconocer los títulos de formación que presente cualquier interesado para poder desempeñar su actividad profesional en el Estado miembro donde su profesión se encuentre regulada, en las mismas condiciones que sus nacionales².

Recuérdese también que las Directivas horizontales o generales son de aplicabilidad subsidiaria, ya que sólo se aplican en ausencia de una Directiva vertical o específica, o sea, sobre aquellas profesiones que no han sido objeto de regulación normativa por una Directiva específica.

En ambos sistemas, el reconocimiento de los títulos se encuentra sujeto a pautas, reglas únicas y firmes impuestas a nivel comunitario en forma obligatoria a todos los Estados partes del proceso de integración europeo que expidan títulos de grado; pero sólo en lo que se refiere al reconocimiento de los diplomas, certificados y otros títulos a los fines del ejercicio profesional.

En efecto, en lo que se refiere al reconocimiento, no a los fines del ejercicio profesional –el que debe ser realizado para trabajar en cierta profesión– sino al reconocimiento académico, cada Estado de la Unión Europea es responsable, bajo el Tratado de Ámsterdam, de los contenidos educativos impartidos y de su organización, por lo que no existen disposiciones comunitarias que impongan el mutuo reconocimiento de títulos y consiguientemente, tampoco, existen comúnmente diplomas reconocidos en el nivel europeo con fines académicos.

Más aún, en torno a las actividades académicas, en muchos de los países europeos, las universidades son autónomas, totalmente responsables del contenido de sus currículos y del otorgamiento de diplomas que, a su vez, son reconocidos por las autoridades de los Estados miembros involucrados.

Estado, bajo la dirección y responsabilidad de un profesional local calificado, con la exigencia eventual de realizar cursos de perfeccionamiento o actualización y un control o evaluación del período de práctica y c) prueba de aptitud: consistente en un examen o prueba de capacidad profesional, cuyo contenido y modalidades deberían ser fijados por un organismo regional, el que también podría encargarse de su recepción a fin de evitar tratamiento dispares en los distintos países.

² Otra característica de este sistema, consiste en fijar los mecanismos de compensación para aquellos supuestos en que las condiciones de formación sean extremadamente diferentes en cada uno de los Estados miembros, evitándose de esta forma, que los títulos se sometan a la evaluación de las normas internas de cada sistema educativo existente en los Estados miembros.

1- b) Propuesta que consiste en corregir el Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras de Grado Universitario

Otra propuesta consiste en corregir el Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras de Grado Universitario.

Este mecanismo es descentralizado y más flexible que el anterior (sistema europeo), al no ser obligatorio para ninguna carrera universitaria de los Estados partes del proceso de integración.

En efecto, ninguna carrera universitaria está obligada a adherirse al sistema de acreditación. Es absolutamente facultativa la decisión de cada universidad de someter o no sus carreras al sistema de acreditación.

Recuérdese que el mecanismo sirve como acreditación del título profesional al fijar los estándares y definir los contenidos mínimos que cada carrera universitaria debe contener para obtener su acreditación. La aplicación del mecanismo experimental significa homogeneidad a nivel regional de los estándares a los cuales deben ajustarse los organismos acreditadores existentes a nivel nacional.

Es decir, que a nivel del MERCOSUR se definen, en primer lugar, cuáles son los contenidos mínimos que debe contener una carrera de grado para su acreditación. En segundo lugar, esa carrera debe someterse para su aprobación al respectivo órgano nacional de acreditación, el cual deberá necesariamente aplicar los estándares definidos y consensuados a nivel regional por carrera, a fin de obtener o no su acreditación al momento en que se efectúe su evaluación.

No obstante, el efecto que conlleva la acreditación consiste en que todo profesional egresado de una carrera universitaria que se haya sometido al mecanismo de acreditación, posee un título que certifica que su formación académica lo acredita como tal.

Así lo expresó el Memorándum de Entendimiento al definir la acreditación como “*el proceso mediante el cual se otorga validez pública, de acuerdo con las normas legales nacionales, a los títulos universitarios, garantizando que las carreras correspondientes cumplan con los requisitos de calidad previamente establecidos a nivel regional*” y al establecer que ese proceso “*estará basado en mecanismos de evaluación que permitan garantizar la debida formación de los titulados*”.

En otras palabras, al servir como sistema de acreditación, el título profesional expedido por una universidad, cuya carrera se sometió al mecanismo de acreditación, tendrá validez académica automática en todos los Estados partes del MERCOSUR y sus asociados, pero no habilitará al profesional para ejercer su profesión en cualquiera de dichos Estados.

Así expresamente lo señala en su texto el Mecanismo de Acreditación de Carreras de Grado Universitario: “*La acreditación de una carrera por medio del Mecanismo Experimental de Acreditación no confiere de por sí, derecho para el ejercicio de la profesión en otro país diferente del de la carrera*”.

acreditada. Para habilitar dicho ejercicio es necesario la previa habilitación profesional”.

Sin embargo, el Memorándum de Entendimiento establece en su Capítulo IV que “*Los Estados partes reconocerán los títulos acreditados como de grado universitario, por medio de sus organismos competentes*”.

1- c) Propuesta que consiste en mejorar el Mecanismo para el Ejercicio Profesional Temporario

El Mecanismo para el Ejercicio Profesional Temporario, que consiste en el otorgamiento de licencias, matrículas o certificados temporarios a los prestadores de servicios profesionales mientras dure su estadía (plazo máximo de dos años) en otro Estado parte, sin necesidad de tramitar la revalidación de su título, es al igual que el anterior, un sistema descentralizado y flexible, debido a que es estrictamente facultativo para las asociaciones o entidades profesionales.

Efectivamente, ninguna entidad o asociación profesional está obligada a someterse al Mecanismo para el Ejercicio Profesional Temporario. Su adhesión es voluntaria y se encuentra sujeta necesariamente a su propia voluntad, puesto que el otorgamiento de las licencias se realiza a través de dichas entidades u organismos profesionales, órganos legalmente encargados³ y responsables del ejercicio de cada profesión en sus respectivos territorios.

Recuérdese que para la elaboración de la normativa común, se conformará un Grupo de Trabajo por cada profesión o agrupamiento de profesiones y que cada Grupo de Trabajo estará conformado por las entidades responsables de la fiscalización del ejercicio de cada profesión o agrupamiento de profesiones, conforme a la legislación vigente en cada Estado parte, o por la organización nacional que las comprenda, y que dichas entidades suscribirán los Acuerdos Marco de Reconocimiento Recíproco, que deberán ser elevados a través del Grupo de Servicios al Grupo Mercado Común para su aprobación.

En este aspecto, merece mencionarse que existen profesiones liberales en algunos países donde la entidad responsable de la fiscalización de su ejercicio funciona y se instrumenta en forma diferente, así por ejemplo en lo que respecta a la profesión de abogados entre nuestro país y la República

³ Las asociaciones o entidades profesionales de cada uno de los Estados partes son las encargadas de otorgar el consenso para la formación de los órganos cuatripartitos que funcionan a nivel del MERCOSUR como grupo de trabajo para cada profesión, como por ejemplo el Consejo de Colegios y Órdenes de Abogados del MERCOSUR (COADEM), la Comisión de Integración de Agrimensura, Agronomía y Arquitectura e Ingeniería para el MERCOSUR (CIAM). Pág. web <http://www.bc-consultores.com.ar/faca/coadem/Codigodeetica.doc>; www.coadem.org/estatutoES.asp-39k

Federativa del Brasil. En efecto, en nuestro país, los abogados están agrupados en colegios provinciales y estos colegios a su vez se han agrupado en la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), destacándose que esta federación es voluntaria, no impuesta por ley, lo cual deriva en una apreciable debilidad de sus decisiones.

En cambio, en Brasil, la Orden de Abogados Nacional está creada por ley. Esta Orden tiene delegaciones en cada estado del Brasil, y en algunos de ellos existen, a su vez, subdelegaciones en diferentes áreas. Todo ello deriva en una colegiación fuerte, con real poder de decisión y, por otro lado, en ambos sistemas de colegiación, la Orden de Abogados Nacional es quien otorga la matrícula para el ejercicio de la profesión; mientras que en nuestro país es cada colegio profesional local quien lo hace.

En la profesión de abogado, que se toma como ejemplo, las mencionadas asimetrías entre la organización colegial argentina y brasileña tienen su importancia, pues tal como está armado el Mecanismo del Ejercicio Profesional Temporario en el MERCOSUR, los signatarios de los eventuales acuerdos serán los organismos profesionales abarcando todo el territorio, el control y fiscalización del ejercicio profesional. En referencia a ello, en el art 8 del Anexo I, de la comentada Decisión 25/03⁴, se establece:

“Las Entidades Profesionales que suscriban el Acuerdo deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) ser legalmente responsables del otorgamiento de licencias y matrículas para el ejercicio profesional y de su fiscalización en sus respectivas jurisdicciones; b) abarcar todo el territorio del Estado parte o una parte sustantiva del territorio de ese Estado parte que sea considerada equitativa por las entidades de los otros Estados partes”.

Como se puede observar, quien cumple con tales requisitos es Brasil; en cambio, no los cumple nuestro país. Como lógica consecuencia de lo expresado, urge la necesidad de modificar el sistema de colegiación nacional en lo que respecta a la profesión de abogados a fin de posibilitar la aplicabilidad del Mecanismo del Ejercicio Profesional Temporario, puesto que el mismo requiere, como quedó señalado *ut supra*, de entidades profesionales responsables y de colegiación obligatoria, para controlar y fiscalizar el otorgamiento de las matrículas y/o licencias para ejercer la profesional liberal en el territorio de otro Estado parte.

Con respecto a esta misma profesión, existen otras asimetrías que deben necesariamente armonizarse para lograr la aplicabilidad del Mecanismo del Ejercicio Profesional Temporario. En efecto, otro tema respecto al cual la diferencia es enorme es el referido a la habilitación profesional del abogado. En nuestro país todos los egresados de una

⁴ Decisión 25/03, Anexo I: Directrices para la celebración de Acuerdos Marco de Reconocimiento Recíproco entre entidades profesionales y elaboración de disciplinas para el otorgamiento de licencias temporarias. Pág. web: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec2503s.asp>

facultad de derecho están habilitados para ejercer la profesión de abogados; por el contrario, en Brasil, sólo están habilitados quienes después de obtener su título universitario, aprueban un examen de habilitación⁵, que toma la Orden de Abogados.

En efecto, la Decisión 25/03 en su Anexo I, Capítulo B, Directrices, establece:

“Para que un profesional matriculado en un Estado parte del MERCOSUR desarrolle una actividad profesional en otro Estado parte, cada Acuerdo Marco deberá contemplar los aspectos mencionados a continuación: b) requisitos comunes en los cuatro países para su inscripción en el Registro Profesional Temporario de la entidad de fiscalización profesional de la jurisdicción donde va a ejercer la profesión. d) los criterios de equivalencias en la formación y sus alcances o competencias y experiencia mínima requerida, a definir por comisiones cuatripartitas por profesión o agrupamiento de profesiones, pudiendo efectuarse test de aptitud o exámenes de habilitación no discriminatorios y establecer requerimientos de educación permanente”.

Como se puede apreciar, se requieren criterios de equivalencias en la formación y sus alcances, y tales equivalencias no existen por el momento. Brasil es mucho más riguroso cuando se trata de autorizar el ejercicio profesional, y es bastante probable que tal diferencia se haga notar a la hora de las negociaciones, con la posibilidad de que nuestros abogados queden impedidos de actuar en el Brasil, cuando se hable del ejercicio profesional temporario.

Por último, recordemos que el Mecanismo del Ejercicio Profesional Temporario exige que cada Estado parte del MERCOSUR se comprometa a implementar los instrumentos necesarios para asegurar la plena vigencia, con alcance nacional, de los Acuerdos Marcos suscriptos; así como la armonización de la legislación vigente, para permitir la aplicación de los mismos, y que cada Acuerdo Marco se pondrá en vigencia con la adhesión de entidades de fiscalización del ejercicio profesional de dos (2) de los Estados partes. Una vez en vigor, el Acuerdo solamente se aplicará a los Estados partes cuyas entidades de fiscalización del ejercicio profesional se hayan adherido al Acuerdo.

⁵ Tales exámenes de habilitación consisten en unas cien preguntas. Se toman estos exámenes cuatro veces por año y los postulantes pueden presentarse tantas veces por año como lo desearan, hasta aprobar. Las estadísticas indican que aprueban aproximadamente el veinte por ciento de los postulantes. La Orden de Abogados brinda cursos preparatorios para tales exámenes.

2- Las correcciones, modificaciones y adaptaciones para hacer viables y posibles, en el ámbito del MERCOSUR, dichas propuestas.

2- a) La aplicación del sistema del derecho comunitario europeo al ámbito del MERCOSUR

La primera propuesta, que consiste en aplicar el sistema comunitario europeo en el ámbito del MERCOSUR sostiene que, para obtener el reconocimiento mutuo de títulos y obtener la coordinación de las legislaciones nacionales se debe adoptar el derecho derivado por órganos supranacionales que sean necesarios, a fin de facilitar el libre acceso y ejercicio de los profesionales liberales cuya actividad profesional precise un título para su ejercicio.

Es decir que, el derecho europeo propone un sistema comunitario basado en la adopción, por parte de órganos supranacionales, de una serie de Directivas, por entender que es el modo más eficiente de lograr el reconocimiento mutuo de los títulos de grado y de la coordinación de las legislaciones nacionales. Ahora bien, tal propuesta es imposible de llevar a cabo en el ámbito del MERCOSUR, sobre todo si se tiene en cuenta las particularidades que presentan actualmente cada uno de los procesos de integración.

En primer lugar, en el MERCOSUR el interés comunitario no posee representación al ser su estructura institucional intergubernamental, es decir que el interés general de la comunidad en su conjunto no se manifiesta, sino por el contrario, cada uno de los órganos de su estructura institucional está conformada por funcionarios que actúan en representación y en función de los intereses propios de cada uno de sus gobiernos.

Efectivamente, la actual estructura institucional del MERCOSUR, contenida en el Protocolo de Ouro Preto, aprobado el 17 de diciembre de 1994, se encuentra originariamente conformada por seis órganos, entre los que se destacan los de carácter legislativo como el Consejo del Mercado Común⁶, la Comisión de Comercio del MERCOSUR⁷ cuyas decisiones son obligatorias para todos los Estados partes y un órgano de naturaleza

⁶ El Consejo del Mercado Común integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y por los Ministros de Economía, o sus equivalentes, de los Estados partes. Es el órgano superior del MERCOSUR, responsable máximo de la conducción política del proceso y la toma de decisiones que aseguren el cumplimiento de los objetivos del Tratado de Asunción, siendo uno de los más importantes: la constitución del mercado común.

⁷ La Comisión de Comercio es un órgano especializado, dedicado al seguimiento de la problemática comercial: el funcionamiento de la Unión Aduanera y las políticas comerciales comunes, tanto intramercosur como con terceros países, integrada por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado parte y coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores.

ejecutiva, el Grupo Mercado Común, cuyas resoluciones también son obligatorias.

Esos órganos son instituciones de naturaleza intergubernamental, que actúan en representación de los intereses de sus respectivos gobiernos y que están conformados por funcionarios que desdoblán su actividad, ya que se desempeñan como funcionarios de sus gobiernos y, al mismo tiempo, como funcionarios de los órganos del MERCOSUR. En consecuencia, todos los integrantes de estos órganos actúan y votan conforme a las instrucciones de sus propios gobiernos.

Lo expuesto muestra que el MERCOSUR, desde el año 1991 (firma del Tratado de Asunción) hasta hace muy poco, carecía de órganos que representaran la voluntad y los intereses de todo el conjunto de sus ciudadanos por encima de los intereses nacionales.

En efecto, por Decisión del Consejo del Mercado Común N° 23/05 del 9 de diciembre de 2005, se creó y aprobó el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, con la finalidad de agilizar la armonización de las legislaciones nacionales y convencidos de que sólo a través del Parlamento del MERCOSUR, el pueblo tendría una participación directa en el proceso de integración. Es por ello que el Parlamento del MERCOSUR fue concebido como el órgano de representación de sus pueblos, independiente y autónomo, reflejando el pluralismo, la participación y la representatividad de todos sus ciudadanos. Así expresamente lo señala el art. 2 inc. 1 del Protocolo Constitutivo al referirse a los propósitos de dicho órgano “...*Son propósitos del Parlamento: Representar a los pueblos del MERCOSUR, respetando su pluralidad ideológica y política...*”.

El mismo Protocolo en su art. 1 expresa: “...*El Parlamento sustituirá a la Comisión Parlamentaria Conjunta...*”. “*Se crea de esta forma, por primera vez, un órgano integrado por parlamentarios elegidos por los ciudadanos de los respectivos Estados partes a través de sufragio directo, universal y secreto*”.

A pesar de la innegable importancia que este nuevo órgano le otorga al proceso de integración, contribuyendo en su profundización y fortalecimiento, el MERCOSUR posee aún una estructura institucional que adolece de una enorme dificultad para aplicar el modelo europeo, no sólo porque resta esperar un largo tiempo para que la voluntad del pueblo pueda expresarse directamente, sino fundamentalmente porque no se observa la decisión de los gobiernos de modificar su actual estructura intergubernamental por una estructura supranacional.

En segundo lugar, en el MERCOSUR no es posible aplicar el principio de distribución de competencias o de atribuciones de poderes, el principio de autonomía e independencia y el principio de equilibrio institucional, propios del sistema estructural de la Unión Europea.

En efecto, en el ámbito del MERCOSUR no se observa con claridad la aplicación del principio de reparto de competencias o atribución de poderes, porque si bien cada uno de los órganos intergubernamentales tiene

determinadas competencias, en la distribución y ejercicio de las mismas no se goza de autonomía e independencia y, en consecuencia rompe el equilibrio institucional, llevando a que cada uno de los órganos ejerza sus competencias invadiendo la de los demás.

Así por ejemplo, al estar integrado el Consejo del Mercado Común por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía o equivalentes de los cuatro Estados partes y al ser el órgano superior responsable máximo de la conducción política del proceso y de la toma de decisiones, difícilmente los otros órganos –si bien con capacidad decisoria– de inferior jerarquía, como por ejemplo el Grupo Mercado Común o la Comisión de Comercio del MERCOSUR, tomen una decisión diferente o totalmente autónoma e independiente de lo decidido o acordado a nivel del órgano de superior jerarquía.

Expresamente así lo sostiene Jorge José Torres en su trabajo *La Estructura Institucional del MERCOSUR: Cambiar para crecer: “si los tres órganos principales (El Consejo del Mercado Común, El Grupo Mercado Común⁸ y la Comisión de Comercio de MERCOSUR) tienen el mismo carácter intergubernamental, con relaciones de poder verticales, donde el órgano superior condiciona y limita, por su misma naturaleza, las decisiones del órgano inferior ¿qué sentido práctico tienen las facultades otorgadas al Grupo Mercado Común o a la Comisión de Comercio del MERCOSUR? ¿O acaso pensamos que los representantes gubernamentales del Grupo Mercado Común o de la Comisión de Comercio de MERCOSUR van a presentar iniciativas, propuestas y proyectos que no hayan sido previamente aceptados por los otros representantes gubernamentales, sus superiores jerárquicos, y respondan a las instrucciones políticas recibidas?”⁹.*

En cambio en la Unión Europea, el interés comunitario posee plena representación a través de su estructura institucional supranacional, donde el interés general de la comunidad en su conjunto se manifiesta a través de diversos órganos integrados por funcionarios que no representan a sus gobiernos¹⁰.

⁸ El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del MERCOSUR: integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designado por los respectivos gobiernos, entre los cuales deben constar obligatoriamente representantes de los Ministerios de Economía (o equivalentes), de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de los Bancos Centrales de cada uno de los Estados partes.

⁹ TORRES, JORGE JOSÉ, «La Estructura Institucional del Mercosur: Cambiar para crecer.» Publicación *Integración en Ideas del IDELA/UNT*, Agosto de 1998, pág. 8. Pág. [www//idela.org.ar/contenidos/publicaciones/](http://idela.org.ar/contenidos/publicaciones/)

¹⁰ Sin duda son nacionales de los Estados partes de la Unión Europea, pero en su actuación tienen la obligación de no solicitar ni aceptar instrucciones de sus gobiernos nacionales, los cuales a su vez están obligados a garantizar tal independencia.

En tercer lugar y a diferencia del MERCOSUR, el derecho comunitario europeo basa su estructura institucional precisamente en esos principios rectores mencionados *ut supra*, por cuanto cada uno de sus órganos actúa dentro del ámbito de las competencias que le han sido atribuidas expresamente por los tratados constitutivos del derecho comunitario europeo y en las modalidades y condiciones previstas por los mismos. El principio de atribución de poderes en virtud del cual las instituciones deben actuar dentro de los límites de las competencias que le han sido atribuidas por los Estados; el principio de equilibrio institucional que implica que cada una de las instituciones u órganos ha de ejercer sus competencias sin invadir las de las demás.

Se observa un reparto de competencias entre los distintos órganos de la Comunidad Europea, que atribuye a cada uno un ámbito de actuación propio dentro de la estructura institucional.

En este sentido, el derecho europeo tiene cinco órganos principales en su estructura institucional, de los cuales sólo uno de ellos es de naturaleza intergubernamental: el Consejo de la Unión Europea. Los restantes, es decir, la Comisión, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas, son órganos supranacionales que actúan, cada uno de ellos, en representación de un interés específico y con total independencia y autonomía dentro de las competencias que le han sido asignadas por los Tratados constitutivos y bajo el respeto del principio de equilibrio institucional.

La Comisión representa el interés comunitario; el Consejo representa los intereses propios de cada uno de los 27 Estados partes de la Unión Europea; el Parlamento Europeo representa el interés de los ciudadanos europeos; el Tribunal de Cuentas ejerce el control sobre las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de la Comunidad, y el Tribunal de Justicia representa el interés de la justicia comunitaria, es decir que garantiza su correcta y uniforme interpretación y validez no sólo por parte de los Estados, sino y sobre todo por parte de las personas físicas o jurídicas nacionales de los Estados partes de la Unión Europea.

En el derecho europeo, el ejercicio autónomo e independiente de las competencias que le son propias a cada uno de sus órganos se encuentra protegido por el principio de equilibrio institucional, por cuanto ninguno en el ejercicio sus funciones podrá ser invadido por otros órganos o, mejor dicho, los poderes atribuidos a un órgano no podrán ser ejercidos por otro distinto, sino bajo los límites y condiciones impuestos por los tratados constitutivos¹¹. Asimismo, el principio de autonomía le confiere a cada

¹¹ No obstante, esa autonomía e independencia de competencias, no se les permite a ninguno de ellos desentenderse de las tareas de los otros órganos. No se concibe un acto comunitario sin la colaboración entre los mismos.

uno, autonomía administrativa y financiera, asegurando de esta forma su independencia y otorgándole un importante poder de autoorganización.

Por último, la estructura institucional del derecho europeo reposa en el principio de cooperación leal interinstitucional que impone dicha colaboración en las relaciones no sólo entre los órganos sino también entre los Estados miembros y la Unión Europea.

Como puede observarse, para poder aplicar el modelo del derecho comunitario europeo al proceso del MERCOSUR, debería modificarse su estructura institucional intergubernamental por una estructura supranacional, de tal forma que la misma disponga de un poder distinto del poder de los Estados partes, actuando cada uno de sus órganos con total autonomía en independencia de sus gobiernos, respetando las competencias y las decisiones tomadas por los demás.

Para ello, se debe modificar el Protocolo de Ouro Preto, ya sea incorporando uno, dos o los órganos que sean necesarios, que representen el interés comunitario por encima de los intereses nacionales. Una estructura que reúna órganos con representaciones intergubernamentales con órganos integrados por funcionarios que se desempeñen con total independencia del gobierno al cual representan, y actúen sólo movidos para proteger y representar el interés general comunitario de todos y cada uno de los ciudadanos del MERCOSUR.

Por lo tanto, basándose en todo lo expuesto, se puede concluir que esta propuesta resulta imposible y extremadamente compleja de llevar a la práctica en el estado actual del proceso de integración del MERCOSUR. Sobre todo si se tiene en cuenta que existen otras propuestas de mecanismos para armonizar y coordinar las legislaciones nacionales y eliminar las barreras nacionales, que tienen mayor probabilidad de concretizarse dada la situación vigente del MERCOSUR.

A modo de conclusión, en la experiencia europea, la adopción a nivel comunitario del derecho derivado a través de órganos supranacionales, ha sido un sistema eficiente para obtener la libre circulación de los profesionales liberales, pero no es el único mecanismo que existe para lograr tal propósito en el ámbito del MERCOSUR.

2- b) La aplicación del Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras de Grado Universitario

Las correcciones y adaptaciones más significativas al Mecanismo Experimental de Acreditación de Grado Universitario consistirían en las siguientes:

•La acreditación del título de grado universitario debe ser obligatoria

La mejora consiste en exigir en forma obligatoria a todas las univer-

sidades, tanto públicas como privadas (de los países miembros y asociados) que expidan títulos de grado universitario, someter sus carreras al mecanismo de acreditación. Es decir, debería ser obligatorio, en lugar de facultativo.

• La acreditación requiere de un organismo de acreditación en cada uno de los Estados partes y asociados

Esta corrección consiste en exigir a cada uno de los países miembros y asociados la creación, en sus respectivos territorios, de un órgano de acreditación.

Esto significa, que es imprescindible, para poder evaluar la formación académica del título profesional, la existencia de un órgano nacional de evaluación que se encargue específicamente de realizar tal actividad.

• La acreditación debe englobar a todas las ramas de las carreras que expidan títulos de grado universitario

La mejora consiste en extender el alcance de la acreditación a todas las especialidades de cada una de las carreras universitarias, tanto públicas o privadas, existentes en cada uno de los Estados partes del MERCOSUR y sus asociados.

• La acreditación debe tener efecto retroactivo

La modificación debe tender a que los efectos de la acreditación sean retroactivos. Es decir, que no solamente se beneficien del derecho a ejercer su profesión en otro Estado aquellos profesionales que han cursado toda su carrera a partir de su acreditación, sino también que sus efectos alcancen o se extiendan a todos los profesionales que posean un título de grado universitario obtenido con anterioridad a la aplicación del mecanismo de acreditación.

• El mecanismo debe ser de carácter permanente

La corrección radica en que el mecanismo de acreditación deje de tener carácter provisional, para transformarse en un sistema permanente.

• La acreditación del título de grado universitario debe conllevar automáticamente la habilitación para el ejercicio profesional

Por último, esta modificación consiste en que la sola acreditación de la validez académica del título de grado universitario que ostente todo profesional nacional de cualquiera de los Estados del MERCOSUR, por parte de su organismo nacional de acreditación, conlleve automáticamente y directamente la facultad y el derecho de ejercer libremente su actividad profesional en cualquiera de los mismos, sin otro requisito que el cumplimiento de las exigencias profesionales fijadas por dichos Estados, (para la prestación del servicio), a sus propios nacionales.

La mejora apunta, a reconocer habilitación automática y directa para

el desempeño profesional, por parte del Estado de acogida (aquel donde prestará sus servicios), a todo profesional cuyo título de grado universitario fue obtenido previamente a la acreditación académica.

2- c) La aplicación del Mecanismo para el Ejercicio Profesional Temporario

En relación con el Mecanismo para el Ejercicio Profesional Temporario se citan, entre otras, las siguientes mejoras o modificaciones:

- ***El mecanismo debe exigir colegiación para todas las profesiones y en todos y cada uno de los Estados del MERCOSUR***

La corrección consiste en exigir a todos los profesionales que ostenten un título de grado universitario, que constituyan una asociación o entidad profesional que los englobe a cada uno de ellos, de tal forma que la misma funcione como organismo de control del desempeño de su actuación profesional, de manera que los propios socios o colegas sean los titulares únicos de efectuar el control de sus pares.

Es necesario que, en cada uno de los países miembros y asociados, existan asociaciones del control del ejercicio de cada una de las profesiones liberales cuya actividad profesional se desarrolle en su respectivo territorio, por cuanto el otorgamiento de las licencias se realizaría a través de dichas entidades o asociaciones profesionales.

- ***El mecanismo debe exigir que la colegiación sea obligatoria para todo profesional cuya profesión esté colegiada***

La mejora radica en exigir a todo profesional cuya profesión se encuentre colegiada en su territorio, a matricularse o inscribirse en la misma.

Es decir que todo profesional debe necesariamente asociarse a su respectiva entidad profesional, porque en caso contrario, no podrá solicitar ante la asociación profesional respectiva, el otorgamiento de una licencia para trasladarse a otro Estado parte para prestar su servicio.

- ***El mecanismo debe ser de carácter obligatorio para todas las asociaciones profesionales***

La modificación consiste en exigir a cada una de las entidades profesionales, que obligatoriamente se sometan al mecanismo del ejercicio profesional temporario. Es decir, que tal mecanismo no se presentaría para las asociaciones como una opción, sino que tendría carácter obligatorio.

- ***Que la conformación de los Grupos de Trabajo sea de carácter obligatorio para las asociaciones o profesionales***

Como consecuencia de la modificación anterior, en este punto, la mejora consiste en exigir a cada una de las asociaciones profesionales

existentes en cada uno de los países miembros, la obligación de organizarse como un organismo cuatripartito. Es decir, que las mismas tengan la obligación de constituir los respectivos Grupos de Trabajo, de tal forma que todas las profesionales liberales, a través de sus respectivas asociaciones profesionales, se encuentren representadas. En caso contrario, podría ocurrir que una profesión determinada no posea un Grupo de Trabajo habilitado para otorgarle la licencia que le permitirá ejercer su actividad profesional en otro Estado parte.

• ***El mecanismo debe ser de carácter permanente***

La modificación significa que el otorgamiento de las licencias o matrículas para ejercer la profesión en otro Estado miembro no se encuentre sujeta a un plazo determinado (de dos años como está previsto) sino que, por el contrario, el otorgamiento sea de carácter permanente.

• ***El mecanismo requiere para su aplicación no estar sujeto a un contrato de trabajo***

La corrección consiste en no sujetar necesariamente el otorgamiento de las licencias al hecho de poseer un contrato de trabajo como condición previa sino, por el contrario, que su otorgamiento se extienda a todo aquel profesional que quiera prestar sus servicios en otro Estado y no tenga un contrato de trabajo.

• ***Que el mecanismo amplíe su campo de aplicación***

El mecanismo fue previsto en sus orígenes para ser aplicado únicamente en los países miembros del MERCOSUR, por lo tanto la modificación consistiría en ampliar su campo de aplicación y en hacerlo extensible a todos los profesionales liberales de los países asociados al proceso de integración.

Sin embargo, no debe perderse de vista que ambos sistemas fueron creados con carácter “temporario”, o con carácter “de preparatorios”, para lograr en un futuro no lejano su perfeccionamiento.

No obstante, en el momento actual, el principal obstáculo que ambos mecanismos presentan es que son facultativos; es decir que carecen de obligatoriedad tanto para las universidades como para las asociaciones profesionales, situación que dificulta su aplicación y, sobre todo, resulta extremadamente difícil verificar su funcionamiento.

Asimismo, en ambos supuestos, no se respeta el principio de no discriminación y de igualdad de trato y, al mismo tiempo, se excluye el debido control por parte del Estado en el mecanismo para el ejercicio profesional temporario.

Por otra parte, al ser ambos de carácter facultativo, se presentan distintas opciones para todo aquel profesional que quiera trasladarse a otro Estado para prestar sus servicios profesionales, lo cual a primera vista le resultaría ventajoso, ya que tendría distintas posibilidades, o mejor

dicho, diferentes sistemas para elegir y obtener su habilitación profesional. Pero al mismo tiempo, tal situación le podría generar desorientación y confusión, al no saber cuál es el mecanismo correcto a seguir para su profesión, o cuál es el que más le conviene para obtener su habilitación en el menor tiempo posible.

Por ejemplo, puede presentarse el caso de un profesional cuya carrera universitaria se haya sometido al procedimiento de acreditación y al mismo tiempo exista un acuerdo de convalidación bilateral de reconocimiento de títulos profesionales entre su país y el país de acogida; pero que asimismo se trate de una carrera que en su país se encuentre colegiada y cuya asociación expida las licencias o matrículas para ejercer temporalmente su servicio en otro Estado miembro.

Esta superposición y multiplicación de sistemas para obtener la habilitación profesional resulta considerablemente complicada, a tal punto que el profesional se encontrará en una situación confusa, de desorden legislativo, imprecisa y poco clara, desorientándolo acerca de cuál sistema es el que a él, particularmente le corresponde aplicar para obtener la habilitación de su título y poder ejercer en otro Estado distinto de aquel en el cual obtuvo su calificación profesional.

III. Las condiciones de una propuesta tendiente a crear un mecanismo que facilite la libre circulación de los profesionales liberales en el ámbito de los países miembros del MERCOSUR y sus países asociados

Existen ciertas condiciones previas e ineludibles que en la elaboración de la propuesta deben estar siempre presentes, para poder crear un mecanismo eficaz que facilite la liberalización de los profesionales.

Son especificaciones indispensables de cuya enumeración y análisis no se puede prescindir, porque las mismas están implícitas en la libre circulación de los profesionales liberales.

Estas condiciones son las siguientes:

a) - El debido control por parte del Estado

El trabajo en el ámbito del MERCOSUR, debería necesariamente ser abordado tanto desde la esfera pública como desde la esfera privada; porque en el libre ejercicio de las profesiones liberales se encuentran en conflicto tanto el interés individual, que es el derecho a trabajar que tiene todo profesional, como el interés público, que es el derecho que tiene todo Estado de controlar y reglamentar ese derecho individual dentro de su territorio.

Cuando un profesional va a ejercer y prestar sus servicios profesionales en otro país miembro, se entiende que el mismo se encuentra debidamente

autorizado o habilitado para prestar ese servicio. El Estado receptor puede incurrir en responsabilidad al acoger en su territorio a un profesional que ostente un título académico universitario y que en su ejercicio cause daños graves a la salud fundamentalmente, y a la economía de los nacionales de dicho Estado.

Es por ello que se considera un criterio el regular, controlar e imponer restricciones a las profesiones cuyo ejercicio pudiera generar riesgo a la sociedad. Criterio que ha sido adoptado implícitamente por varios países y especialmente por la Unión Europea¹². Es también el criterio adoptado por la nueva ley de Educación Superior Argentina, Ley N° 24.521 en su art. 43, que expresa al distinguir e imponer condiciones especiales a aquellas carreras cuyo ejercicio "... *pudiere comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes, o la formación de los habitantes...*".

Por lo tanto, la propuesta debe considerar este criterio y crear un sistema que articule debidamente el control por parte del Estado, a fin de tener la seguridad de que todo profesional que acredite un título expedido por cualquier Estado parte, cuente con la debida formación académica, es decir que su título profesional sirva para validarlo como tal.

Es así, porque si bien en todo proceso de integración siempre está presente la disputa entre los intereses individuales con el interés público nacional, existe el interés público general regional de poner en funcionamiento un proceso donde el interés comunitario prime sobre el interés público nacional. Así lo expresan Eduardo R. Mundet y Marcelo Mundet "...*En efecto, el interés individual, representado por el libre ejercicio profesional, aconsejaría un sistema de reconocimiento automático de títulos; el interés público, representado por la necesidad de garantizar a los particulares un ejercicio profesional responsable, recomendaría por el contrario, un sistema complejo que permita al Estado comprobar los conocimientos y formación del titulado; por último el interés –también público– del Estado de lograr una efectiva integración regional, aconsejaría un procedimiento ágil y rápido, que no se compatibiliza con la posibilidad del debido control del Estado. Es decir que en este caso existen razones de interés público que aconsejarían un sistema riguroso y razones de interés público que aconsejan un sistema liberal, flexible y ágil...*"¹³.

¹² Repárese que ello es lo que justifica la elección de las pocas carreras a las que aplica Directivas específicas mediante las cuales imponen contenidos mínimos a ser contemplados por todas las universidades.

¹³ MUNDET, EDUARDO R. y MUNDET, MARCELO, Artículo: «Pautas para el diseño de un sistema de Reconocimiento de títulos extranjeros en un Proceso de Integración». *Revista de Derecho del Mercosur*. La Ley, Año 2, N° 4, Agosto 1998, p. 51.

b) - La detentación de un título habilitante

La forma a través de la cual el Estado receptor ejerce ese control, conforme se desprende de los antecedentes de la Unión Europea y de lo desarrollado a nivel del MERCOSUR, es exigiendo al profesional de que se trate, la detentación y presentación de un título profesional que lo habilite para su ejercicio, otorgado por el Estado de origen, es decir por aquel donde obtuvo su formación académica.

c)- La creación y funcionamiento de un órgano nacional de control

Como consecuencia lógica de lo expuesto, es una condición imprescindible para elaborar la propuesta, la existencia en cada uno de los Estados de un organismo nacional de control que funcione con carácter autónomo, cuya única función consista en evaluar académicamente las carreras de grado tanto de universidades públicas como privadas.

En este sentido, la acreditación de la calificación académica debería llevarse a cabo a través del Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras de Grado Universitario, siempre y cuando se efectúen previamente las correcciones y/o modificaciones mencionadas.

d)- El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y el principio de igualdad de trato.

Estos principios son de primordial importancia para elaborar la propuesta, ya que su finalidad es asegurar a todo profesional que tiene la nacionalidad de un Estado miembro o asociado que se traslada voluntariamente a otro Estado miembro, la posibilidad de prestar su servicio en forma independiente, y de realizarlo en las mismas condiciones y con el mismo trato que sus nacionales.

Aunque se trata de principios generales, los mismos admiten excepciones, interpretadas con carácter restrictivo, como las que se encuentran fundadas en la cláusula del ejercicio del poder público y en razones de orden público, de seguridad o de salud pública.

En efecto, una excepción que puede restringir el derecho que tiene todo profesional de establecerse y prestar sus servicios profesionales en otro Estado miembro o asociado, se encuentra en la cláusula del ejercicio del poder público que impide a determinados profesionales ejercer en otro Estado miembro, actividades ligadas al poder público, pero no el ejercicio de la profesión en general.

Así, como se ha indicado en alguna ocasión, se podrá impedir al médico de otro Estado que expida un certificado de fallecimiento, al abogado que ejerza funciones notariales o al veterinario que obligue a sacrificar determinados animales por existencia de una epidemia, mas no se podrá

impedir, al amparo de esa excepción, que esos mismos profesionales ejerzan el resto de las actividades propias de sus profesiones que no estén indisolublemente ligadas al ejercicio del poder público.

Se entiende entonces que dicha cláusula o excepción queda limitada a aquellas actividades que constituyen una participación directa y específica en el ejercicio del poder público, es decir, aquel ejercicio que nace de la soberanía, del *imperium* del Estado, y que para aquellos que lo ejercen supone la posibilidad de usar prerrogativas exorbitantes y poderes coercitivos sobre los ciudadanos.

Otras de las excepciones se encuentran fundadas en razones de orden público, seguridad y salud pública, que impiden a un profesional liberal establecerse y prestar sus servicios en otro Estado parte, cuando pese sobre él la existencia concreta de una amenaza real y suficientemente grave que afecte el interés fundamental de una sociedad. Así por ejemplo, en el caso de un profesional liberal que posea antecedentes penales.

Sin embargo, no debe desconocerse que el concepto de orden público no es homogéneo, por cuanto cada juez reacciona de forma personal ante lo que en cada caso y cada momento ha de entenderse por perturbación del orden público. Como afirmaba la Corte de Casación italiana “... *el concepto de orden público es esencialmente relativo e histórico y varía en el espacio y el tiempo según los regímenes políticos y jurídicos. Corresponde a la intuición vigilante y aguda del juez identificar el contenido y fijar sus contornos a partir de las disposiciones legales, el sistema general del derecho y las necesidades vitales en función de las condiciones políticas y sociales en un período histórico dado...*”¹⁴.

A pesar de las mencionadas excepciones, los principios aludidos deben ser ineludiblemente considerados al elaborar el proyecto o propuesta, porque en caso contrario el mecanismo tendiente a obtener la liberalización de los profesionales carecería de sentido.

e) - El principio de Confianza Recíproca

El principio de confianza recíproca existente entre los Estados partes del proceso de integración es otro de los principios esenciales para desarrollar la propuesta. Dicho principio significa que el nivel de formación que se considera imprescindible para obtener el título en un Estado será garantizado y comparable con los exigidos por cada uno de los otros Estados del MERCOSUR.

¹⁴ Sentencia de la Corte de Casación italiana del 2 de febrero del año 1940, en *Massimario del Foro italiano*, 1940, p. 109 (n° 645).

f) - La armonización y coordinación legislativa de los contenidos curriculares

No se puede dejar de mencionar, como una condición previa, la necesidad de efectuar la armonización y coordinación de los contenidos curriculares de cada una de las carreras universitarias, tanto públicas como privadas, de las respectivas legislaciones nacionales existentes en cada uno de los territorios de los países del proceso de integración.

El camino de la armonización debe ser entendido como la tarea de reformar, agregar, sacar de las legislaciones estadales internas las normas legales que no se adecuan o coordinan, para que la nueva legislación pueda abarcar y favorecer el libre ejercicio de todos los profesionales liberales en el proceso de integración.

El propio Tratado de Asunción, en su art. 1, establece para los Estados partes, el compromiso de armonizar sus legislaciones preservando los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto significa revisar las diversas legislaciones nacionales, para adecuarlas, mejorarlas y luego, a partir de las mismas, crear un nuevo mecanismo que facilite la integración profesional.

En este sentido, la labor de armonización y coordinación de los diferentes contenidos curriculares tendiente a crear la norma Mercosur, que fijará los estándares que tiene que reunir cada título profesional para acreditar su formación académica, debe continuar realizándose a través del Mecanismo de Acreditación de Carrera de Grado Universitario; al cual deberán necesariamente sujetarse cada uno de los organismos de control existentes en cada uno de los Estados integrados.

Pero para que la labor armonizadora sea efectiva, es necesario que el Mecanismo de Acreditación sea aplicado con todas y cada una de la correcciones que fueron detalladas y analizadas *ut supra* porque, en caso contrario, la tarea de armonizar y coordinar el contenido curricular de cada una de las carreras, sería difícil de alcanzar a través del Mecanismo Experimental de Acreditación.

Por lo tanto, es imprescindible perfeccionar el procedimiento del Mecanismo de Acreditación y, al mismo tiempo, es necesario concebirlo como el sistema idóneo para efectuar la armonización de los contenidos curriculares.

Sin duda, hasta tanto se realicen las correcciones al Mecanismo de Acreditación, resultaría conveniente, para facilitar la libre circulación de los profesionales liberales, lograr que se aplique el Mecanismo del Ejercicio Profesional Temporario. Por medio de este mecanismo, el profesional ejercerá sus servicios en otro Estado sin tener, como requisito previo, que revalidar su título profesional, debiendo presentar únicamente a tal efecto, la licencia, matrícula o certificado temporario, emitido por el organismo cuatripartito legalmente responsable del control y fiscalización de la profesión de que se trate.

No existen dudas de que resultaría extremadamente ventajoso para todo profesional disponer de un Mecanismo que lo habilite a ejercer sus servicios profesionales, sin necesidad de revalidar su título. Las correcciones que deben realizarse al Mecanismo del Ejercicio Profesional Temporario para que su funcionamiento sea óptimo y eficaz, –por ejemplo: el mecanismo requiere que no esté sujeto a un contrato de trabajo, requiere que la colegiación sea obligatoria para todo profesional cuya profesión esté colegiada; debe ser de carácter obligatorio para todas las asociaciones profesionales; precisa que las asociaciones profesionales otorguen el consenso para organizarse como organismo cuatripartito en un grupo de trabajo para cada profesión; se deben elaborar las directrices de cada una de las disciplinas profesionales para el otorgamiento de las licencias y conciliarlo en un Acuerdo Marco; y por último necesita que cada uno de los Acuerdos Marco de Reconocimiento Recíproco guarden correspondencia con el Protocolo de Montevideo al ser evaluados por el Grupo de Servicios, etc.– son enormemente más difíciles de conseguir que efectuar las correcciones y modificaciones al Mecanismo de Acreditación.

No obstante, si bien su aplicación puede resultar ventajosa, no debe perderse de vista que tal Mecanismo no es el idóneo; ya que si se logra que el mismo funcione perfectamente antes de haber obtenido la homogenización curricular a través del Mecanismo de Acreditación, la validez de la licencia o matrícula expedida por el correspondiente organismo cuatripartito, estará siempre sujeta a la verificación previa de la validación del título académico que ostenta el profesional de que se trate. Es decir, que necesitaría, como condición ineludible, la validación académica del título profesional a través del Mecanismo de Acreditación. Por otra parte, de no ser así, se estaría incumpliendo con una especificación que debe estar obligatoriamente presente en toda propuesta que tenga por objeto crear un sistema que tienda a liberalizar el ejercicio profesional: “el debido control por parte del Estado”.

Sin embargo, es importante también señalar que hasta tanto se logre armonizar los contenidos curriculares a través del Mecanismo de Acreditación, resultaría esencial continuar profundizando la cooperación internacional entre los Estados; ya sea a través de los distintos Acuerdos suscriptos, tales como, por ejemplo, (en relación con el libre ejercicio profesional de la abogacía) el Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita o el Protocolo de Medidas Cautelares; o bien profundizando la labor desarrollada por las diferentes asociaciones profesionales, a través de la recopilación o sistematización de las normas internas existentes siempre con la finalidad de facilitar el ejercicio profesional en el territorio de otro Estado parte.

En este último sentido, recuérdese el Código de Normas de Ética de la Abogacía en el MERCOSUR con relación al ejercicio profesional de la abogacía, y el Código de Ética del CIAM en relación con el ejercicio profesional de los agrimensores, agrónomos, arquitectos e ingenieros para el MERCOSUR.

g) La armonización y coordinación de las legislaciones migratorias

Ha quedado señalado que no se puede lograr la circulación de los profesionales liberales sólo mediante la armonización y coordinación de las legislaciones nacionales relativas a la acreditación de los títulos de grado, sino que resulta indispensable también lograr la armonización de las respectivas legislaciones migratorias para facilitar precisamente su circulación.

En efecto, como quedó expresado, la existencia, por un lado, en cada uno de los países, de requisitos diferentes (aunque en la mayoría son similares, varían según los criterios de categorías de los migrantes) para que la residencia de un nacional de un Estado parte o asociado en cualquiera de dichos Estados sea permanente o transitoria; y por otro lado de un número ilimitado de Acuerdos Bilaterales¹⁵, tendientes a regularizar el establecimiento o radicación de sus nacionales en los territorios de los otros Estados o tendientes a facilitar su libre circulación¹⁶; hizo necesario que en el ámbito del MERCOSUR se adoptaran acuerdos con la finalidad de armonizar y coordinar las leyes migratorias internas y, sobre todo, tratar de homogeneizar y unificar las distintas disposiciones contenidas en los Acuerdos Bilaterales.

Así por ejemplo, el Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile; el Acuerdo sobre regulación migratoria interna de ciudadanos del MERCOSUR; el Acuerdo sobre Exención de Visa entre los Estados partes del MERCOSUR, y el Acuerdo para la creación de la Visa MERCOSUR.

Tales Acuerdos han significado un avance importante en la elaboración de principios comunes para dar una respuesta rápida al problema de la movilidad de los nacionales de los territorios partes del proceso de integración. Sin embargo, los mismos poseen numerosas restricciones o limitaciones que deben suprimirse mediante la labor de armonización legislativa.

Cabe recordar, que en el Acuerdo para la creación Visa MERCOSUR, el

¹⁵ Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia, aprobado por Ley N° 25.098, publicado en el B.O. 07/05/1999, Protocolo Adicional; aprobado por Ley N° 25.536, publicado en el B.O. 14/01/02, El Memorando de Entendimiento para la libre circulación de personas entre Argentina y Uruguay, del 30/11/2001 y la Declaración Presidencial Conjunta sobre libre circulación de personas, del 28/08/2003. Pág. web: www.mininterior.gov.ar

¹⁶ Acuerdo entre la República Argentina y la República de Bolivia sobre Controles Integrados de Frontera, aprobado por Ley N° 25.253, publicada B.O. 21/07/2000, Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Controles Integrados de Frontera, aprobado por Ley N° 25.229, publicado B.O. 05/01/2000. Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina relativo al Control Único de Frontera y Documentación Unificada en sus tres pasos fronterizos, firmado el 16/09/1987. Pág. web: www.mininterior.gov.ar

otorgamiento de la Visa a los profesionales de nivel superior¹⁷ nacionales de los Estados partes, se realiza a los fines de que el beneficiario preste sus servicios “temporalmente” en el territorio de otro Estado parte, pero sujeto a las siguientes limitaciones: a) sólo pueden prestar sus servicios en forma temporal, b) ese servicio debe estar sujeto a un contrato de trabajo, c) para realizar actividades remuneradas y d) no pudiendo ejercer ninguna actividad distinta de aquella por la cual fue autorizado, bajo pena de cancelación de la Visa y deportación.

• Las modificaciones o las correcciones necesarias a los Acuerdos sobre regulación migratoria adoptados en el ámbito del MERCOSUR y sus países asociados

Por lo tanto y tomando como base lo enunciado (corregir los Acuerdos sobre regulación migratoria existentes a nivel de MERCOSUR y sus países asociados) es una condición imprescindible a tener en cuenta para elaborar la propuesta tendiente a facilitar la libre circulación de los profesionales liberales.

Tales correcciones consisten en introducir las modificaciones necesarias, en particular, al Acuerdo para la creación Visa MERCOSUR; con la finalidad de que el otorgamiento de la Visa al profesional liberal no se encuentre sujeto a ningún tipo de limitación, salvo las estrictamente exigidas para el ejercicio de la profesión de que se trate, por el Estado de acogida.

En efecto, recuérdese que el Acuerdo señala que se exige la Visa MERCOSUR a toda persona que solicita ingresar en el territorio de una de las partes, con la intención de prestar servicios temporalmente, bajo contrato, para la realización de actividades remuneradas en el Estado parte de origen o en el Estado parte receptor. Esta Visa es otorgada para las estancias de hasta dos años, prorrogables una vez por igual período, hasta un máximo de cuatro años, contados a partir de la fecha de entrada en el territorio del Estado parte receptor.

Por lo tanto, la primera corrección consiste en introducir especificaciones al texto del Acuerdo, en lo que respecta a la validación del título o diploma del profesional liberal que desee desempeñar su actividad profesional en otro Estado parte. Recuérdese que el Acuerdo entiende por Profesional de Nivel Superior a *“la persona natural, titular de un diploma de cualquier curso superior reconocido por las autoridades gubernamentales del Estado parte de origen, que posee todos los documentos necesarios debidamente válidos para el ejercicio profesional en el Estado parte de origen”*.

¹⁷ El Acuerdo define qué se entiende por Profesional de Nivel Superior: es la persona natural, titular de un diploma de cualquier curso superior reconocido por las autoridades gubernamentales del Estado parte de origen, que posee todos los documentos necesarios debidamente válidos para el ejercicio profesional en el Estado parte de origen.

Entonces, la primera especificación consiste en reemplazar la expresión “*curso superior*” por la expresión “*grado universitario*”; y la segunda consiste en agregar a la frase “*que posee todos los documentos necesarios debidamente válidos*” lo siguiente: “*que posee todos los documentos necesarios debidamente validados académicamente, a través del Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras de Grado Universitario para el ejercicio profesional en el Estado parte de origen*”.

La segunda corrección debe apuntar a eliminar la palabra “*temporalmente*”, a fin de que la prestación del servicio no esté sujeta a ningún plazo predeterminado. El Acuerdo en su art. 8 expresa: “*Prestar temporalmente servicios implica comprobar que la prestación de un servicio tendrá un plazo predeterminado, que podrá, de ser necesario, alterarse, respetados los límites temporales máximos establecidos en el Acuerdo*”.

Asimismo, debe eliminarse la parte del texto del Acuerdo que expresa: “*para las estadías de dos años, prorrogables una vez por igual período, hasta un máximo de cuatro años*”, y por lo tanto también debe suprimirse la disposición contenida en el art. 8 de dicho Acuerdo, con la finalidad de que el traslado y el establecimiento en el territorio de otro Estado parte o asociado al MERCOSUR pueda realizarse por el tiempo que el profesional desee, o bien por el tiempo que sea necesario para prestar el servicio profesional de que se trate.

La tercera corrección consiste en suprimir directamente del texto la expresión “*bajo contrato*” y la palabra “*remunerada*”, a fin de que el traslado y el establecimiento no sólo puedan realizarse por el tiempo que el profesional desee, o bien por el tiempo que sea necesario para prestar el servicio; sino que además su ejercicio no esté necesariamente sujeto a un contrato de trabajo, ni sujeto al cobro de ningún tipo de remuneración.

Por último, debe añadirse al texto del Acuerdo que el ejercicio de la actividad profesional en el territorio de cualquiera de las partes sólo estará sujeto al previo cumplimiento de las exigencias legales que el Estado de acogida requiere a sus propios nacionales, al desempeñar su actividad profesional dentro de su respectivo territorio.

Conforme a lo desarrollado, la Visa MERCOSUR se otorgará a todo profesional nacional de los Estados partes o asociados al MERCOSUR, que solicite ingresar con la intención de prestar servicios en el territorio de una de las partes, para la realización de su actividad profesional, por el tiempo que el desee o por el tiempo que sea necesario para el desempeño de su actividad, siempre que el mismo ostente un título de grado universitario con validez académica acreditada a través del Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras de Grado Universitario, sin más exigencias que el previo cumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio de la profesión de que se trate en el territorio del Estado de acogida.

De no ser posible obtener la aprobación parlamentaria de dicho Acuerdo por los respectivos Estados miembros y asociados al MERCOSUR,

otra posibilidad tendiente a facilitar o agilizar la circulación de los profesionales liberales en el ámbito del proceso de integración, consiste en modificar el Acuerdo sobre Exención de Visa entre los Estados partes del MERCOSUR.

En este sentido, la modificación apunta fundamentalmente a ampliar el ámbito de aplicación de las categorías de personas a las cuales se aplica este Acuerdo, debiéndose incluir a los profesionales liberales entre las personas beneficiarias del mismo.

Recuérdese que este Acuerdo se aplica a los artistas, profesores, científicos, deportistas, periodistas, profesionales y técnicos¹⁸, sosteniendo que los mismos podrán tener acceso al territorio de los demás Estados partes “sin necesidad de Visa”, cuyo propósito sea el de desarrollar actividades en el ámbito de sus categorías respectivas, para estancias de 90 días corridos, prorrogables por un período equivalente, hasta el límite de 180 días anuales, ambos períodos contados a partir del primer ingreso.

Por lo tanto, la primera corrección consiste en extender el campo de aplicación del Acuerdo a los profesionales liberales, agregando a dicho texto que se trata de todo aquel profesional que ostente un título de grado universitario, acreditado académicamente a través del Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras de Grado Universitario.

Es importante efectuar tal aclaración para diferenciarlos de los profesionales y técnicos ya incorporados originariamente en el texto del Acuerdo. Cabe recordar que dicho Acuerdo expresa que se entiende por “profesionales y técnicos” a todo aquel trabajador de nivel de instrucción terciaria o media, sea secundaria o técnica, que posea diploma o certificado expedido por autoridad competente.

La segunda corrección consiste en suprimir del texto la frase “*para estancias de 90 días corridos, prorrogables por un período equivalente, hasta el límite de 180 días anuales*”, con la finalidad de no sujetar la exención de la Visa a un plazo de duración determinado, sino que por el contrario todo profesional que desee prestar sus servicios en el territorio de cualquiera de las partes pueda trasladarse y establecerse en dicho territorio, por el tiempo que él desee o por el tiempo que sea necesario para el ejercicio de la profesión de que se trate.

La tercera corrección consiste en eliminar el último párrafo del art. 3 de dicho Acuerdo que establece: “*que la contratación haya sido en el país de origen o de residencia habitual*”, porque en caso contrario el ejercicio de la actividad profesional en el territorio de cualquiera de las partes, estaría sujeto necesariamente como condición previa, a la celebración de un contrato de trabajo, limitando en consecuencia su libre ejercicio.

¹⁸ Profesionales y Técnicos especializados: a todo aquel trabajador de nivel de instrucción terciaria o media, sea secundaria o técnica que posea diploma o certificado expedidos por autoridad competente. Pág. web: www.mercosur.org.uy

Por último y como consecuencia de lo expuesto, se debe eliminar la disposición del Acuerdo que sostiene “*El Acuerdo no ampara a los trabajadores autónomos*”.

Conforme a lo desarrollado, la exención de Visa se otorgará a todo profesional liberal nacional de los Estados partes o asociados al MERCOSUR, que solicite ingresar con la intención de prestar servicios en el territorio de una de las partes para la realización de su actividad profesional, por el tiempo que él desee o por el tiempo que sea necesario para el desempeño de su actividad; siempre que el mismo ostente un título de grado universitario con validez académica acreditada a través del Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras de Grado Universitario, sin más exigencias que el previo cumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio de la profesión de que se trate en el territorio del Estado de acogida.

Ambos Acuerdos deberán sustentarse y aplicarse en el respeto de los principios de confianza recíproca, de no discriminación por razón de nacionalidad y en el principio de igualdad de trato.

Otras alternativas consisten en conseguir que el Acuerdo sobre residencia para los nacionales de los Estados partes del MERCOSUR y el Acuerdo sobre residencia para los nacionales de los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, obtengan las aprobaciones parlamentarias necesarias para entrar en vigor.

Al entrar en vigor tales Acuerdos, sus disposiciones se aplicarán en el territorio de cada uno de los países y por lo tanto se simplificarán, en forma considerable, las exigencias y obligaciones que se plantean en el interior de cada uno de los Estados, para poder circular libremente. En consecuencia, no se efectuará ninguna diferencia entre los nacionales que solicitan el permiso de residencia, siendo, por el contrario, las exigencias iguales para todo aquel que ostente la nacionalidad de cualquiera de los seis países, bastando acreditar sencillamente su identidad y los antecedentes penales y policiales respectivos¹⁹.

Estos Acuerdos, que fueron aprobados por Decisión N° 28/02 en la XXII Reunión de Ministros del Interior, en la ciudad de Brasilia, el 6 de

¹⁹ Por Decisiones N°44/00 y N°45/00 del Consejo del Mercado Común se aprobó el Acuerdo de exención de Traducción de documentos administrativos para efectos de inmigración entre los Estados partes del Mercosur y sus países asociados (Chile y Bolivia) respectivamente señalándose en su art. 1 que el presente Acuerdo se aplicará a los documentos presentados a efectos de trámites migratorios referentes a solicitud de visa, renovación de plazo de estadía y concesión de permanencia y, que quedan conforme fija su art.2 dispensados en los trámites administrativos migratorios mencionados, de la exigencia de traducción de los nacionales de cualquiera de los Estados parte y asociados, de los siguientes documentos: 1) pasaporte, 2) cédula de identidad, 3) testimonios de partidas o certificados de nacimiento y de matrimonio, 4) certificado de ausencia de antecedentes penales; sin embargo

diciembre de 2002²⁰ (se puso de manifiesto que los mismos serían acuerdos históricos porque permitirían que brasileños, uruguayos, argentinos, paraguayos, bolivianos y chilenos regularizaran su situación en el país donde viven), expresan que se aplicarán a todo nacional de cualquiera de los Estados signatarios de los Acuerdos, que desee establecerse (radicarse) en el territorio de otro Estado parte²¹, y a los nacionales de una parte, que se encuentren en el territorio de la otra parte,²² deseando establecerse en el mismo, siempre que presenten ante los servicios de migración su solicitud de regularización y la documentación pertinente²³.

Una vez presentada la documentación pertinente, la representación consular o los servicios migratorios correspondientes, según sea el caso, podrán otorgarle una residencia temporaria hasta de dos años, la cual

el mismo Acuerdo señala que la exención de traducción de documentos no dispensa a sus beneficiarios del cumplimiento de las demás leyes y reglamentos en materia migratoria, vigentes en cada uno de los Estados partes. Por último su art. 4 sostiene que en el caso de dudas fundadas en cuanto al contenido del documento presentado, el país de ingreso podrá, excepcionalmente, exigir la traducción del respectivo documento.

²⁰ El Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile firmado el 6 de diciembre de 2002. Pág. web: www.mercosur.org.uy

²¹ Nacionales de una parte: son las personas que deseen establecerse en el territorio de la otra parte. País de origen: es el país de nacionalidad de los inmigrantes; País de recepción: es el país de la nueva residencia de los inmigrantes: son los nacionales de las partes que deseen establecerse en el territorio de la otra parte.

²² El procedimiento previsto se aplicará con independencia de la condición migratoria con la que hubiera ingresado el peticionante al territorio del país de recepción, e implicará la exención del pago de multas u otras sanciones más gravosas.

²³ El Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile firmado el 6 de diciembre de 2002 en su art. 4 establece la siguiente documentación: pasaporte válido y vigente o cédula de identidad o certificado de nacionalidad expedido por el agente consular del país de origen del peticionante acreditado en el país de recepción, de modo tal que resulte acreditada la identidad y nacionalidad del peticionante; partida de nacimiento y comprobación de estado civil de la persona y certificado de nacionalización o naturalización, cuando fuere el caso; certificado que acredite la carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales en el país de origen o en el que hubiera residido el peticionante durante los cinco años anteriores a su arribo al país de recepción o a su petición ante el consulado, según sea el caso; declaración jurada de carencia de antecedentes internacionales penales o policiales; certificación que acredite la carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales del peticionante en el país de recepción, si se tratare de nacionales comprendidos en el párrafo 2 del artículo N° 3 del presente Acuerdo; si fuere exigido por la legislación interna del Estado parte de ingreso, certificado médico expedido por autoridad médica migratoria u otra sanitaria oficial del país de origen o recepción, según corresponda, del que surja la aptitud psicofísica del peticionante de conformidad con las normas internas del país de recepción y pago de la tasa retributiva de servicios, conforme lo dispongan las respectivas legislaciones internas. Pág. web: www.mercosur.org.uy

podrá transformarse en permanente mediante la presentación por parte del peticionante, ante la autoridad migratoria del país de recepción, dentro de los noventa días anteriores al vencimiento de la misma, de la documentación pertinente²⁴. Con la salvedad de que los inmigrantes que una vez vencida la residencia temporaria de hasta dos años no se presentaron ante la autoridad migratoria del país de recepción, quedarán sometidos a la legislación migratoria interna de cada Estado parte.

Según estos Acuerdos, cualquier nacional de los Estados miembros del MERCOSUR y de sus países asociados, puede fijar su residencia en cualquiera de los seis países y para ello, inicialmente, pedir un visado temporal que se expedirá por dos años y que después de ese tiempo podrá ser definitivo. Es decir que podrá solicitar la residencia transitoria con su documento de origen, por un plazo de hasta dos años, extendiéndose a una residencia permanente.

En consecuencia, conforme a lo expuesto, cualquier profesional liberal, nacional de los Estados partes y asociados, podrá gozar de los derechos civiles, entre ellos el de trabajo, en cualquiera de los seis países que quiera residir, en las mismas condiciones que sus nacionales, sin ningún tipo de discriminación, y de acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, en las mismas condiciones que los nacionales de los países de recepción.

Al respecto, cabe mencionar que el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria, Patria Grande, contiene disposiciones muy semejantes a las contenidas en los mencionados Acuerdos. Recuérdese que el Programa²⁵ fue creado por la República Argentina en oportunidad de modificar su legislación migratoria interna²⁶ (año 2004), para regularizar la situación migratoria de los extranjeros nativos de los Estados partes del MERCOSUR y de sus Estados asociados, en busca de facilitar la tramitación para acceder a una residencia legal en el país, es decir para los nacionales

²⁴ El Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile en su art. 5 indica la siguiente documentación: constancia de residencia temporaria obtenida de conformidad a los términos del presente Acuerdo, pasaporte válido y vigente o cédula de identidad o certificado de nacionalidad expedido por el agente consular del país de origen del peticionante acreditado en el país de recepción, de modo tal que resulte acreditada la identidad del peticionante, certificado que acredite carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales en el país de recepción, acreditación de medios de vida lícitos que permitan la subsistencia del peticionante y su grupo familiar conviviente y; pago de la tasa retributiva de servicios ante el respectivo servicio de migración, conforme lo dispongan las respectivas legislaciones internas». Pág web: www.miniterior.org.ar

²⁵ Creado por los Decretos N° 836/2004 y 578/2005. Pág. web: www.patria-grande.gov.ar

²⁶ Ley N° 25.871, Sancionada: diciembre 17 de 2003. Promulgada: 20/01/2004. Pág. web: www.mininterior.gov.ar

de Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

En efecto, es conveniente tener presente que el Programa dispone implementar un nuevo criterio de radicación, basado en la acreditación de la nacionalidad de uno de los países de la región y adoptando la buena fe como principio rector, señalando que se lleva a cabo en dos etapas:

En la primera etapa, el o los interesados deberán dirigirse a alguna de las instituciones sociales colaboradoras del Programa, debiendo solamente llevar: la cédula de identidad, o pasaporte, o certificado de nacionalidad vigentes (original y fotocopia). En caso de presentar el certificado de nacionalidad expedido por su consulado, deberá legalizarlo por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina y disponer dos (2) fotos carnet actualizadas.

La institución social colaboradora²⁷ lo asistirá a fin de completar el formulario de regularización migratoria, que tendrá carácter de declaración jurada respecto a sus datos personales, carencia de antecedentes penales y lugar y fecha de ingreso al país. Dicho formulario será remitido por la institución social colaboradora, junto a la fotocopia de su documento, a la Dirección Nacional de Migraciones.

La Dirección Nacional de Migraciones expedirá una credencial de residencia precaria que le será entregada al interesado en forma gratuita y con la cual podrá estudiar, trabajar, entrar, salir y permanecer en el país sin inconvenientes.

En la segunda etapa, cuando la Dirección Nacional de Migraciones le indique, el interesado deberá presentar: a) Certificado de carencia de antecedentes penales de su país de origen, o de donde vivió los últimos 3 años antes de su arribo, legalizado por el consulado argentino en el exterior o apostillado o legalizado en el consulado de su país en la Argentina. Si el interesado vivió en la Argentina los últimos 3 años, sólo deberá presentar el certificado de antecedentes penales de la Argentina, b) Certificado de carencia de antecedentes penales de la Argentina. Para tramitar este certificado podrá dirigirse a la delegación de la policía federal que corresponda a su domicilio o al registro nacional de reincidencia y c) Declaración jurada de carencia de antecedentes penales internacionales en la cual manifieste contar con medios de subsistencia suficientes y el comprobante de pago de la tasa, que se debe pagar en migraciones o en el Banco Nación (con boleta de depósito oficial).

De esta manera, el interesado obtendrá una residencia temporaria por 2 años, que le permitirá acceder a los mismos derechos civiles que tiene un ciudadano argentino. Una vez que le entreguen su residencia

²⁷ La lista de las Instituciones Sociales Colaboradoras se pueden encontrar en el portal oficial del Programa: pág. web: www.patriagrande.gov.ar o llamando gratuitamente al 08000.333. PATRIA (728742).

deberá tramitar el Documento Nacional de Identidad dentro de los 60 días siguientes de recibida.

Como puede observarse, existe dentro del derecho interno de uno de los países miembros del MERCOSUR una ley migratoria que contiene las mismas disposiciones que las manifestadas en los Acuerdos, al sostener que cualquier nacional de los Estados miembros del MERCOSUR y de sus países asociados, podrá solicitar la residencia transitoria con su documento de origen, por un plazo de hasta dos años extendiéndose a una residencia permanente, habilitándolo, al mismo tiempo, a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, en las mismas condiciones que los nacionales de los países de recepción.

Por último es importante señalar que en la República Federativa del Brasil, existe actualmente la intención, al modificar su legislación migratoria, de aplicar las mismas disposiciones contenidas en el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria Patria Grande, por cuanto en la práctica este país viene últimamente aplicando tales disposiciones por efecto de reciprocidad.

h) - La armonización y homogenización de las legislaciones nacionales sobre los controles migratorios

Es importante precisar que para que estos Acuerdos, adoptados en el ámbito del MERCOSUR, sean posibles, es imprescindible, en forma previa, homogeneizar mediante la coordinación de las legislaciones nacionales los controles migratorios que se exigen cumplir, para entrar o salir del territorio de un Estado parte o asociado y, al mismo tiempo, reemplazar en un solo y único instrumento jurídico las disposiciones contenidas en el número ilimitado de Acuerdos Bilaterales, sobre los controles integrados de fronteras, suscrito entre los Estados (actualmente miembros plenos y asociados al proceso de integración). Estos controles que debe sortear todo profesional cada vez que entra y sale de cualquiera de los mismos, sobre todo respecto de aquellos que se trasladan en forma periódica al territorio de otro Estado para ejercer su profesión.

En efecto, es una condición necesaria nivelar las exigencias de los trámites migratorios para que los mismos sean un trámite uniforme y ágil, y no dificulten o entorpezcan la entrada o salida y por ende la circulación de las personas nacionales de los territorios partes del proceso de integración.

Así lo ha entendido el derecho comunitario europeo, al sostener que resulta necesario adoptar una serie de medidas que garanticen el libre tránsito, por las fronteras interiores, de los ciudadanos de la Unión Europea.

Por lo tanto y por último, se debe tener en cuenta, al momento de elaborar la propuesta, la necesidad de adoptar y aprobar en el ámbito del MERCOSUR, un instrumento jurídico único, por el que no solamente se unifiquen los trámites y controles en los cruces de fronteras interiores,

sino también con la finalidad de adoptar y aprobar un instrumento jurídico destinado específicamente a agilizar y facilitar el desplazamiento de las personas físicas nacionales de los Estados partes y asociados del MERCOSUR, que reemplace la variedad de Acuerdos Bilaterales existentes al respecto.

En este sentido, entre otros, el Acuerdo entre la República Argentina y la República de Bolivia sobre Controles Integrados de Frontera²⁸, y el Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Controles Integrados de Frontera²⁹. Dichos Acuerdos tienen como propósito facilitar, mejorar y agilizar las condiciones generales del tránsito fronterizo de personas y el tráfico de bienes, señalando que la actividad del control integrado se realiza en forma conjunta por los organismos competentes designados por cada Estado, utilizando procedimientos administrativos y operativos compatibles y semejantes en forma secuencial, y si fuera posible, simultánea.

El Reglamento, en su capítulo III, trata específicamente de las disposiciones relativas a los controles migratorios, señalando en su art. 10 que los controles de entrada y salida de personas en el territorio de un Estado parte serán realizados por funcionarios³⁰ competentes de ambos países situados en el Área³¹ de Control Integrado.

Por otro lado, recuérdese el Memorándum de Entendimiento entre la República Argentina y la República de Chile sobre Controles Integrados de Frontera³², que avanza en la puesta en funcionamiento de los Sistemas de Controles Integrados y por el que se convienen en distintas medidas para llevar a cabo esta tarea, estableciéndose la puesta en funcionamiento del Paso Sistema Cristo Redentor, como Control Integrado de Frontera, a partir del 1º de septiembre de 2002 y hasta el 30 de abril del año siguiente.

²⁸ Aprobado por Ley N° 25.253, Publicado en el B.O. 21/07/2000. Pág. web: www.mininterior.gov.ar

²⁹ Aprobado por Ley N° 25.229, Publicado en el B.O. 05/01/2000. Pág. web: www.mininterior.gov.ar

³⁰ Los funcionarios son por la República de Chile: los funcionarios competentes del Ministerio del Interior y por la República Argentina, los funcionarios competentes de la Secretaría de Seguridad Interior. Pág. web: www.mininterior.org.ar

³¹ Son por ejemplo entre otros los siguientes pasos fronterizos entre Argentina y Chile autorizados a funcionar como Áreas de Control Integrados: en la Provincia de Chile el Paso Jama Norte y el Paso Jama Sur, ubicado en la Región de Antofagasta; en la Provincia de Neuquén, el Paso de Buta Mallin, ubicado en la Región VIII de BioBio para la República de Chile, en la misma provincia el Paso de Reigolil, ubicado en la IX región de Araucanía para Chile, en provincia de Chubut, el Paso de Río Puelo (fluvial) ubicado en la X Región de los lagos de Chile para Chile y en la Provincia de Santa Cruz el Paso de Portezuelo para Argentina y el Paso de los Dos lagos para Chile, ubicado en la XI Región del General Carlos Ibáñez del Campo para Chile y el Paso Marconi ubicado en la misma Región. Pág. web: www.mininterior.org.ar

³² Firmado el 2 de mayo de 2002. Pág. web: www.mininterior.org.ar

El Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina relativo al Control Único de Frontera y Documentación Unificada en sus tres pasos fronterizos³³, establece el modo y la realización del control único de frontera en los pasos fronterizos que unen las localidades uruguayas de Fray Bentos, Paysandú y Salto, con las argentinas de Puerto Unzué, Colón y Concordia respectivamente³⁴.

Cabe tener presente también, el Acuerdo sobre Control Único de Fronteras y Documentación Unificada entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina, por el que se adapta el texto del Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina relativo al Control Único de Frontera y Documentación Unificada en sus Tres Pasos Fronterizos de 1986 y lo amplía con disposiciones relativas a otros lugares habilitados para el ingreso en los respectivos territorios y que tiene por objeto la reglamentación de las áreas de Control Único de Fronteras ya existentes, así como la implementación de las normas de funcionamiento de los lugares habilitados para el ingreso y egreso de personas.

No obstante, es importante señalar, que con el espíritu de alcanzar la unificación en un solo instrumento jurídico, de las exigencias para efectuar los controles en los cruces de fronteras, en el ámbito del MERCOSUR se avanzó notablemente, adoptándose al respecto diversas Decisiones y Resoluciones.

Así, cabe recordar por ejemplo, que con la finalidad de armonizar las medidas aduaneras para garantizar la mayor fluidez en el tránsito entre los Estados partes, se resolvió adoptar la Decisión N° 12/91 del Consejo del Mercado Común³⁵, por la cual se establece que a partir del primero de enero de 1992 los Estados partes deberán proporcionar en sus puertos y aeropuertos, canales diferenciados para la atención de pasajeros nativos, naturalizados y residentes permanentes, nacionales de los Estados partes.

Las Decisiones 46/00 y 47/00 del Consejo del Mercado Común, por medio de las cuales se aprueba el Acuerdo sobre instalación de canales privilegiados de entrada³⁶ en aeropuertos para ciudadanos del MERCOSUR y

³³ Firmado el 16 de septiembre de 1987.

³⁴ Este Acuerdo se firma con el objeto de implementar los mecanismos administrativos que permitan poner en marcha la faz operativa acordada en las zonas de control único entre Uruguay y Argentina.

³⁵ Teniendo en cuenta la Recomendación del Subgrupo de Trabajo N° 2 (Asuntos Aduaneros).

³⁶ Los canales privilegiados de entrada se instalarán, inicialmente en los siguientes aeropuertos de los Estados partes: En Argentina, en Buenos Aires: Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini, en Ezeiza. En Brasil: San Pablo, Aeropuerto Internacional de Guarulhos-; en Río de Janeiro, Aeropuerto Internacional Antonio Carlos Jobin. En Paraguay, en Luque, Aeropuerto Internacional Silvio Petrossi. En Uruguay en Canelones, Aeropuerto Internacional Carrasco.

para ciudadanos de Bolivia y Chile respectivamente, establecen que cada Estado deberá instalar, en sus aeropuertos internacionales, canales privilegiados para la entrada de los nacionales de los demás Estados partes, debiendo los mismos ser compatibles con el flujo de pasajeros, los que deberán estar identificados de manera estándar con la expresión "Nacionales del MERCOSUR". Sin embargo, la instalación de los canales privilegiados no impedirá que los nacionales de los Estados partes utilicen los canales normales de entrada, existentes en los aeropuertos.

La Resolución del Grupo Mercado Común 112/94, por medio de la cual los Estados partes se comprometen a perfeccionar el sistema de documentos de identificación en vista a unificar los criterios en materia de registro, tiene el fin de instrumentar un documento único de viaje que garantice su autenticidad y dificulte su adulteración³⁷, indicándose en la misma disposición, las autoridades de cada uno de los países autorizadas a expedir el correspondiente documento y a controlar su autenticidad³⁸.

En el anexo a la referida Resolución, se indican los organismos

³⁷ Características comunes que deben contener los documentos de identificación: 1. Tipo de documento: Tarjeta 2. Datos alfanuméricos: 2.1. Número de identificación: Número con dígito verificador. 2.2. Nombres y Apellidos. – Filiación Quedando a criterio de cada Estado Parte su inclusión en el documento. 2.3. Sexo. Quedando a criterio de cada Estado Parte su inclusión en el documento. 2.3. Datos de nacimiento: a) Lugar de nacimiento En el siguiente orden: –País –Identificación del lugar de nacimiento en orden de universalidad decreciente en función de la organización política del país. b) Fecha de nacimiento: En el siguiente orden: –Día: numérico de dos posiciones. –Mes: numérico de dos posiciones. –Año: numérico de cuatro posiciones. 2.4. Fecha de emisión En el siguiente orden: –Día: numérico de dos posiciones. –Mes: numérico de dos posiciones. –Año: numérico de cuatro posiciones. 2.5. Plazo de validez o fecha de vencimiento a) Plazo de validez. – Documento vitalicio: quedando a criterio de cada Estado Parte la edad a partir de la cual se expediría. b) Fecha de vencimiento En el siguiente orden: –Día: numérico de dos posiciones. –Mes: numérico de dos posiciones. –Año: numérico de cuatro posiciones. 2.6. Organismo emisor. 3. Datos gráficos: 3.1. Fotografía o imagen digitalizada. 3.2. Firma (salvo imposibilidad del interesado). 3.3. Impresiones digitales: Dígito pulgar derecho. En su defecto dígito pulgar izquierdo, en su defecto cualquier dedo dejando constancia. Formato rodado. 4. Componentes de seguridad: 4.1. Cubierta plástica adhesiva de seguridad. 4.2. Medio automático para lectura: a determinar. Debiendo contener los datos básicos y prefijo alfabético respectivo: A –Argentina B –Brasil P –Paraguay U –Uruguay. Pág. web: www.mercosur.org.uy

³⁸ Artículo 2. de la Resolución N°112/94: Las autoridades de los organismos competentes que se mencionan a controlar la adulteración y las medidas tendientes a asegurar la instrumentación de lo establecido. Argentina: Registro Nacional de las Personas, Dirección Nacional de Migraciones y Policía Federal Argentina, dependientes del Ministerio del Interior. Brasil: Departamento de Policía Federal, dependiente del Ministerio da Justicia. Paraguay: Departamento de Identificaciones y Departamento de Migraciones, dependientes de la Policía Nacional. Uruguay: Dirección Nacional de Identificación Civil y Dirección Nacional de Migración, dependientes del Ministerio del Interior. Pág. web: www.mercosur.org.uy

competentes para realizar el intercambio directo de información al respecto, según corresponda a su competencia específica³⁹.

Asimismo, por Resolución N° 114/94 del Grupo Mercado Común, se resolvió señalar las características que deben tener los pasaportes de los Estados partes, con vistas a unificar los criterios en materia de registro de los documentos y con vistas a profundizar los estudios inherentes a la obtención de documentos de mayor calidad técnica, que garanticen su autenticidad y dificulten su adulteración.

En este sentido, para la nomenclatura y características de los pasaportes, se propuso la adopción de las normas determinadas por la Organización de Aviación Civil Internacional⁴⁰, que sostiene que el pasaporte es un documento de alta tecnología de lectura mecánica que contiene un circuito integrado (*chip*) que puede almacenar información biográfica y biométrica sobre la persona, contendrá sólo una imagen digital del retrato facial del portador del *chip*. Esa imagen, al ser comparada con el portador del documento usando tecnología de reconocimiento facial, es un impedimento formidable al intento de fraude con un pasaporte. El *chip*, incrustado en la cubierta posterior, también contendrá información biográfica que puede ser comparada con la información encontrada en la página de información biográfica del pasaporte de lectura mecánica como una precaución contra cualquier intento de alteración. Una firma digital protegerá contra alteraciones la información almacenada en el *chip*. El *chip* inteligente usa tecnología que puede ser leída desde una distancia de diez centímetros o más cerca. Para aliviar la preocupación sobre la posibilidad de que pueda sustraerse secretamente la información del *chip*, se incluirá en el pasaporte un dispositivo contra la lectura subrepticia que reducirá la amenaza de sustracción cuando el pasaporte está cerrado.

³⁹ Anexo a la Resolución N° 112/94: Organismos competentes para realizar intercambio directo de información según su competencia específica. Por Argentina: Registro Nacional de las Personas Documento Nacional de Identidad -D.N.I. Libreta Cívica - L.C. Libreta de Enrolamiento - L.E. Policía Federal Pasaporte Cédula de Identidad -C.I. Dirección Nacional de Migraciones Por Brasil: Departamento de Policía Federal Pasaporte Cédula de Identidad (Centralización de información con los Gobiernos Estaduales) Departamento de Policía Marítima, Aérea y de Frontera (D.P.M.A.F.) Por Paraguay: Departamento de Identificaciones - Policía Nacional Pasaporte Cédula de Identidad Departamento de Migraciones - Policía Nacional. Por Uruguay: Dirección Nacional de Identificación Civil Pasaporte Cédula de Identidad Dirección Nacional de Migración, dependiente del Ministerio del Interior. Pág. web: www.mercosur.org.uy

⁴⁰ Organización de Aviación Civil Internacional (OACI o ICAO, correspondiente a las siglas en inglés) es una agencia de la Organización de las Naciones Unidas creada en 1944 por la Convención de Chicago para estudiar los problemas de la aviación civil internacional y promover los reglamentos y normas únicos en la aeronáutica mundial. La dirige un consejo permanente con sede en Montreal (Canadá). Pág. web: http://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_de_Aviaci%C3%B3n_Civil_Internacional

Además, se instrumentó el sistema de lectura mecánica de los documentos para obtener la información en tiempo real, acordándose la incorporación de la leyenda "MERCOSUR" en el idioma de origen, ubicada en el sector medio superior de la tapa del pasaporte, cuya impresión deberá responder a las mismas particularidades que las existentes en el resto de dicha zona y, por último, adoptar un color único para los pasaportes de los Estados partes.

De este modo, hasta tanto se alcance en el ámbito del proceso de integración la aprobación del instrumento jurídico unificador y/o de homogeneización de todos los trámites relativos a los cruces fronterizos de las personas físicas ciudadanas del MERCOSUR, se debe buscar por todos los medios posibles, que las disposiciones contenidas en las mencionadas Decisiones del MERCOSUR, no sólo adquieran vigencia al ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados, sino que se materialicen en los hechos.

En la actualidad, para ingresar a cualquiera de los países integrantes del MERCOSUR o a cualquiera de sus países asociados, sus nacionales deben hacerlo por los mismos canales por los que entra o sale cualquier otro extranjero no ciudadano del MERCOSUR, no existiendo los canales específicos con la leyenda "Nacionales del MERCOSUR".

Lo mismo sucede, actualmente, con los documentos exigidos o que deben presentarse ante las autoridades u organismos coordinadores⁴¹ en las áreas

⁴¹ Por Resolución N° 3/95 del Grupo Mercado Común se aprobó el Reglamento Administrativo de los Organismos Coordinadores en las Áreas de Control Integrado y la Nómina de los Organismos de los Estados partes que actuarán en tal carácter. Organismos de Control. Argentina: Administración Nacional de Aduanas Dirección Nacional de Migraciones, Servicio Nacional de Sanidad Agroalimentaria (SENASA), Dirección Nacional de Sanidad de Frontera y Terminales de Transporte, Secretaría de Seguridad Interior, Secretaría de Obras Públicas y Transporte. Brasil: Departamento de Policía Federal do Ministerio da Justiça Departamento de Transporte Rodoviários Ministerio de Transporte Secretaria da Receita Federal - Ministério da Fazenda, Coordenação de Portos, Aeroportos e Fronteiras do Ministério da Saúde, Secretaria de Defesa Agropecuária Ministério da Agricultura e Reforma Agraria. Paraguay: Dirección General de Aduanas (Sub-Secretaría de Tributación Ministerio de Hacienda). Dirección General de Migraciones (Policía Nacional), Dirección General de Transporte (Ministerio de Obras Públicas), ANNP (Administración Nacional de Navegación y Puertos), Dirección General de Sanidad Animal (Vice Ministerio de Ganadería-Ministerio de Agricultura y Ganadería), Dirección General de Sanidad Vegetal (Vice Ministerio de Ganadería -Ministerio de Agricultura y Ganadería). Uruguay: Dirección Nacional de Aduanas (MEF), Dirección Nacional de Migración (MI), Dirección Nacional de Pasos de Frontera (MDN), Dirección Nacional de Arquitectura (MTO), Dirección Nacional de Transporte (MTO), Ministerio de Relaciones Exteriores, Servicios de Protección Agrícola (MGAP), Dirección de Sanidad Animal (MGAP), Dirección de Epidemiología (MSP), Laboratorio Tecnológico del Uruguay (LATU-MIEM), Ministerio de Turismo. Pág. web: www.mercosur.org.uy

de control integrado ubicadas en los puntos de control fronterizos⁴², por cuanto dichos documentos son varios, diferentes y desiguales no sólo en lo que se refiere a sus aspectos de forma y de contenido, sino que además son heterogéneos según el territorio desde el que se entre o se salga; así por ejemplo, basta la presentación de la cédula provincial para el ingreso de todo nacional argentino al territorio de Bolivia, y lo mismo para todo nacional boliviano o chileno que quiera ingresar al territorio argentino.

No obstante, todo nacional argentino que quiera ingresar al territorio de Brasil deberá presentar en los cruces de frontera no su cédula provincial sino la cédula federal, o bien su Documento Nacional de Identidad o el pasaporte, y lo mismo para todo brasileño que desee entrar a nuestro país⁴³.

⁴² Anexo a la Resolución 3/95: Nómina de puntos de frontera de controles integrados entre los Estados partes del Mercosur: Frontera Argentina – Brasil: Control Integrado de Tránsito Vecinal y Turístico - Puerto Iguazú/Foz de Iguazú (ambas cabeceras) - Paso de los Libres (única cabecera) - Capanema (única cabecera) - Bernardo de Irigoyen (única cabecera) – Santo Tomé (única cabecera) Control de Cargas - Transporte Automotor - Puerto Iguazú/Foz de Iguazú (ambas cabeceras) - Paso de los Libres/Uruguayana (ambas cabeceras) - Andrésito (única cabecera) - Dionisio Cerqueira (única cabecera) – Santo Tomé(única cabecera) Control de Cargas – Ferrocarril - Paso de los Libres/Uruguayana (ambas cabeceras) Frontera Argentina – Paraguay: Control Integrado de Tránsito Vecinal y Turístico - Posadas (única cabecera) - Clorinda/Puerto Falcón (ambas cabeceras) Control Integrado de Cargas - Transporte Automotor - Encarnación (única cabecera) - Clorinda/Puerto Falcón (ambas cabeceras) Control Integrado de Cargas – Ferrocarril - Encarnación (única cabecera) Frontera Argentina – Uruguay: Control Integrado de Tránsito Vecinal y Turístico - Fray Bentos (única cabecera) - Paysandú (única cabecera) - Concordia (única cabecera) Control Integrado de Cargas - Transporte Automotor - Fray Bentos (única cabecera)- Paysandú (única cabecera) - Concordia (única cabecera) Control Integrado de Cargas – Ferrocarril - Salto (única cabecera experimental) Frontera Brasil – Paraguay: Control Integrado de Tránsito Vecinal y Turístico - Foz de Iguazú/Ciudad del Este (a definir) - Pedro Juan Caballero (única cabecera) - Guairá Mondo Novo/Salto del Guairá (a definir) - Santa Helena (única cabecera) Control Integrado de Cargas - Transporte Automotor - Foz de Iguazú/Ciudad del Este (a definir) - Ponta Porã (única cabecera) - Guairá Mondo Novo/Salto del Guairá (a definir) - Santa Helena (única cabecera) Frontera Brasil – Uruguay: Control Integrado de Tránsito Vecinal y Turístico - Bella Unión (única cabecera) - Quaraí (única cabecera) – Rivera - Aceguá (RFB) - Río Branco (única cabecera) - Chuy (ROU) Control Integrado de Cargas - Transporte Automotor - Bella Unión (única cabecera) - Artigas (única cabecera) - Santana do Livramento - Aceguá (RFB) - Jaguarão (única cabecera)- Chuy (ROU). Pág. web: www.mercosur.org.uy

⁴³ Ley Nacional Argentina 25.871- Art. 34. — El ingreso y egreso de personas al territorio nacional se realizará exclusivamente por los lugares habilitados por la Dirección Nacional de Migraciones, sean éstos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, oportunidad y lugar en que serán sometidos al respectivo control migratorio. Se podrá autorizar la entrada al país de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en la ley y su reglamentación, cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público

La misma disposición rige respecto de todo nacional uruguayo o paraguayo que desee ingresar a nuestro país, debiendo presentar su cédula federal, o su Documento Nacional de Identidad o su pasaporte, e igualmente, todo nacional argentino deberá presentar igual documentación al ingresar a la República del Paraguay o del Uruguay.

Pero ningún nacional brasileño o uruguayo podrá ingresar a Chile o a Bolivia presentando su cédula provincial, será necesario su cédula federal, o su Documento Nacional de Identidad o su pasaporte.

Lo expuesto queda constatado en las palabras del Sr. Embajador Adhemar Gabriel Bahadian, Cónsul General del Brasil en la Argentina *"... Entonces esto ya es un mecanismo de tránsito de empresarios, de tránsito de personas que queremos agilizar porque si bien facilitamos ya el nivel de las visas, sigue habiendo una serie de problemas, por ejemplo, cuando la persona llega a Brasil o cuando llega a la Argentina. ¿Por qué? Porque los trámites de aeropuertos siguen siendo los mismos, porque la gente tiene que pasar por Migraciones. Yo soy Cónsul de Brasil en Argentina y me voy cada dos meses, mínimo, a Brasil, si te muestro mi pasaporte vas a ver que tiene cinco páginas con los sellos de entrada a la Argentina. Ya estoy resignado a estos trámites, me pongo ahí en la cola porque ya sé que es inevitable, porque no llegamos a tener un acuerdo entre la Policía Federal de Brasil, la Policía Federal Argentina, las aduanas de los dos países, para que la gente que hace tres, cuatro viajes por semana entre San Pablo y Buenos Aires no tenga ese tipo de demoras con*

o cumplimiento de compromisos adquiridos por la Argentina. Documentación que deberá presentar todo argentino para salir del país a un país limítrofe: Pasajeros Mayores de Edad: DNI, Cédula de Identidad y/o Pasaporte de su nacionalidad Vigente. Cualquiera sea el documento que presente, se deberá presentar en buen estado de preservación. Pasajeros Menores de Edad: Si viajan solos/ o en compañía de solo uno de sus padres: - DNI, Cédula de Identidad y/o Pasaporte de su nacionalidad Vigente. Cualquiera sea el documento que presente, se deberá presentar en buen estado de preservación. - Permiso/Autorización de Viaje del padre faltante: Si vive en la Ciudad de Bs. As., dicho permiso lo tramita ante escribano público y lo legaliza ante el Colegio de Escribanos de esta ciudad; si su domicilio es de Provincia, similar trámite u opcionalmente ante la justicia en lo civil del departamento judicial de su zona. - Partida de Nacimiento, o Libreta de Matrimonio; con el fin de demostrar paternidad. Documentación que deberá presentar todo argentino para salir del país a un país No limítrofe: Pasajeros Menores de Edad: Si viajan con ambos padres: - Pasaporte Argentino Vigente. El documento deberá estar en buen estado de preservación. - Partida de Nacimiento, o Libreta de Matrimonio; con el fin de demostrar paternidad. Si viajan solos/ o en compañía de solo uno de sus padres: - Permiso/Autorización de Viaje del padre faltante: Si vive en la Ciudad de Bs. As., dicho permiso lo tramita ante escribano público y lo legaliza ante el Colegio de Escribanos de esta ciudad; si su domicilio es de Provincia, similar trámite u opcionalmente ante la justicia en lo civil del departamento judicial de su zona. - Partida de Nacimiento, o Libreta de Matrimonio; con el fin de demostrar paternidad. Pág web: www.mininterior.org.ar

*el trámite. Es una lucha, porque se sigue sin distinguir entre una persona que está haciendo negocios y una persona que está haciendo turismo, entre una persona que está haciendo negocios que viene de Estados Unidos y una que viene de Argentina, y un turista coreano; no hay diferencia y esto es grave porque impide la libre circulación no solamente de bienes sino también de personas...*⁴⁴.

IV. Conclusiones finales

Presentadas las distintas propuestas y basándose en el procesamiento de la información generada, se obtuvieron resultados que posibilitan presentar las siguientes conclusiones finales:

Es posible afirmar que la previa remisión al estudio del derecho comunitario europeo constituyó una etapa esclarecedora y positiva, ya que permitió concluir que el tema de la libre circulación de los profesionales es una cuestión que no necesariamente debe ser abordada en el ámbito del MERCOSUR desde la competencia comunitaria. Si bien en la experiencia europea la adopción a nivel comunitario del derecho derivado a través de órganos supranacionales ha sido un sistema eficiente para obtener la libre circulación de los profesionales liberales, en el ámbito del MERCOSUR tal sistema resulta imposible y extremadamente complejo de llevar a la práctica, por las características particulares que presenta y sobre todo por carecer de una estructura institucional de naturaleza supranacional.

Por ello, es posible establecer que condiciones tales como el reconocimiento mutuo de títulos, el principio de armonización y coordinación de las legislaciones nacionales, el de no discriminación y de igualdad de trato y el de confianza recíproca entre los Estados deben estar presentes en toda propuesta tendiente a crear dicho sistema, cuya ejecución no necesita imprescindiblemente de un derecho comunitario con órganos supranacionales.

El diagnóstico general de la situación actual de los profesionales liberales en los países integrantes del MERCOSUR, permitió establecer que todo profesional liberal que desee circular libremente en el territorio de otro Estado parte del MERCOSUR para poder ejercer su profesión, dispone del sistema de Convalidación de Títulos Extranjeros a través de los respectivos Convenios de Convalidación existentes, y del sistema y/o procedimiento de reválida, que se efectúa por intermedio de las universidades, en el caso de ausencia de cualquier convenio suscrito entre

⁴⁴ Artículo: Entrevista al Embajador Adhemar Gabriel Bahadian, Cónsul General del Brasil en la Argentina: «La necesidad de flexibilizar las normas sobre circulación de personas entre Brasil y Argentina. Lo que los profesionales deben conocer para utilizarlas». Revista de Derecho Internacional y del Mercosur. La Ley, Año 6 N°2, Abril de 2002, pág. 229. Pág web: <http://www.ridi.org/adi/rdim/ano6n2>

el Estado que otorgó el título universitario y el Estado donde se pretende ejercer la profesión.

Del mismo modo, fue posible establecer y concluir, mediante el análisis de los datos recogidos en el ámbito de nuestro proceso de integración, que no hay ninguna disposición de derecho derivado que se haya incorporado efectivamente al ordenamiento interno de cada uno de los Estados partes, con la finalidad de facilitar la libre circulación y el libre ejercicio de un profesional liberal en el territorio de otros Estados partes, en las mismas condiciones que los nacionales, donde el profesional desee ejercer su servicio profesional.

Es posible afirmar que en dicho ámbito existe una serie de acuerdos y protocolos que muestra cómo fue evolucionando el reconocimiento de los títulos y/o diplomas, al solo y único efecto de realizar estudios de postgrado, para perfeccionamiento y formación de docentes universitarios e investigadores, o para la realización de actividades académicas (por ejemplo: impartir clases de postgrado en universidades extranjeras). Pero los mismos no hacen referencia ni en forma directa ni indirecta al reconocimiento de los títulos y/o diplomas universitarios cuyo efecto implica la habilitación para el ejercicio profesional en el país de que se trate.

El trabajo permitió concluir que sólo a través del Mecanismo Experimental de un Acuerdo de Acreditación de Carreras de Grado Universitario se comenzó a definir, procesar y elaborar sobre cuáles son las acciones necesarias para crear un mecanismo que logre articular las asimetrías jurídicas, académicas y administrativas existentes en materia de formación y acreditación universitaria, que posibiliten el reconocimiento de los títulos de grado universitario y la posterior habilitación para su ejercicio en cualquiera de los países del MERCOSUR. No obstante ese mecanismo aún está en su fase de desarrollo e instrumentación.

La investigación realizada permitió comprobar que se intenta facilitar la libre circulación del profesional liberal a través del Mecanismo para el Ejercicio Profesional Temporario, supliendo así la exigencia del previo reconocimiento de los títulos de grado universitario, inclusive de la reválida; pero dicho mecanismo está sujeto al cumplimiento de una serie de requerimientos que tornan difícil su aplicación e instrumentación.

Si bien se torna imprescindible lograr la armonización de las legislaciones nacionales relativas a la acreditación de los títulos y/o diplomas extranjeros, como condición previa para poder ejercer la profesión en otro Estado distinto al que otorgó el título; puede concluirse que no se puede lograr la efectiva y plena circulación solamente mediante dicha armonización. En efecto, es además necesario armonizar las legislaciones migratorias de cada uno de los países y los numerosos acuerdos adoptados en el ámbito del MERCOSUR, buscando reglamentar y articular la solicitud del permiso de residencia (la Visa), en el territorio de otro Estado, y de esa forma poder circular y ejercer la profesión de que se trate.

A pesar del encomiable esfuerzo que vienen desarrollando las asociaciones profesionales existentes en los países miembros en su labor conjunta, tendiente a fiscalizar y controlar las actividades de los profesionales con el objetivo de lograr su libre circulación y ejercicio; se puede concluir de toda la información recabada, y sobre todo analizando la experiencia del derecho comunitario europeo, que el mecanismo resultará más eficiente si se lo aborda como una atribución y responsabilidad de los Estados partes, concibiendo esa responsabilidad y atribución no como una competencia exclusiva de cada Estado parte, sino como una competencia comunitaria.

Otra propuesta consiste en corregir y mejorar el Mecanismo Experimental de Acreditación de Carreras de Grado Universitario, con el objetivo de obtener la habilitación automática y directa por el Estado de acogida, (aquel donde ejercerá su profesión) a todo aquel profesional cuyo título de grado universitario fue obtenido previamente a la acreditación académica por su respectivo órgano nacional de control. De esta forma, se podrá efectivizar, en el ámbito del MERCOSUR, el mencionado mecanismo de reconocimiento mutuo de los títulos de los profesionales liberales, aplicable en el derecho comunitario europeo.

En cuanto al Mecanismo para el Ejercicio Profesional Temporario, se proponen correcciones para lograr que el otorgamiento de las licencias, por intermedio de las asociaciones o entidades profesionales, para ejercer la profesión en otro Estado parte, tenga carácter obligatorio. Obligatoriedad que debe observarse no sólo en la constitución de las asociaciones profesionales que sean necesarias para que cada profesional que ostente un título de grado se vea obligado a colegiarse; sino también en que este mecanismo no se presente a las asociaciones profesionales como una opción, sino que posea carácter imperativo y permanente.

Indudablemente, al alcanzarse una propuesta de mecanismo y/o sistema que reúna las condiciones o especificaciones analizadas, la vida de un profesional nacional de cualquiera de los países del MERCOSUR, sufrirá un profundo cambio al ampliársele considerablemente su campo de actuación. El profesional liberal tendrá otras y nuevas oportunidades para ejercer su profesión con las consecuencias positivas que ello implica.

Efectivamente, significará una mayor demanda laboral y una mayor oferta de trabajo, lo que traerá aparejado la búsqueda de la capacitación profesional, generando mayor movilidad. Esto implicará la satisfacción de una amplia gama de servicios que acarreará, en consecuencia, una real y profunda transformación en las condiciones económicas tanto para los prestadores como para los usuarios de tales libertades, siendo destinatarios finales de este crecimiento económico los ciudadanos del MERCOSUR.

LA POLÍTICA ANTÁRTICA ARGENTINA Y SU COMPROMISO CON EL TRATADO ANTÁRTICO

*ARGENTINE ANTARCTIC POLICY AND ITS COMMITMENT
WITH THE ANTARCTIC TREATY*

*Miryam COLACRAI **

RESUMEN

El artículo aborda los aspectos salientes del Tratado Antártico, su evolución y permanente actualización en sus 50 años de vigencia, reconociendo la fórmula “libertad-privilegio-compromiso” que asumen las Partes.

Subraya que, tanto la preservación de los intereses en el marco del régimen como la participación activa dentro del mismo y, en todas sus convenciones relacionadas, tomando parte en la adopción de decisiones, emergen como rasgos visibles de la continuidad en la política antártica argentina. A la vez, esas acciones basadas en el cumplimiento de las disposiciones del Tratado, son una contribución permanente a legitimarlo.

También destaca aspectos singulares y continuidades relevantes que marcan el diseño, desempeño, complejidades y desafíos relativos a la Política Antártica durante el mismo período, incorporando en el análisis la dimensión regional y los avances en la relación bilateral argentino-chilena. Finalmente presenta algunas reflexiones y esboza algunas propuestas con proyección futura.

* Profesora titular de Teoría de las Relaciones Internacionales. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UNR); Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires; Investigadora del CONICET. Directora de Proyectos del Centro de Estudios en Relaciones Internacionales de Rosario (CERIR) 222. Contacto: miryamcolacrai@gmail.com - mcolacrai@fcpolit.unr.edu.ar

ABSTRACT

The article approaches the main aspects of the Antarctic Treaty, its evolution and permanent updating along fifty years since it came into force, taking into account the formula "freedom-privilege-commitment" assumed by all Parts involved.

It underlines the idea that the preservation of Argentine interest within the framework of the Treaty, the permanent and active participation in its decision making process, arises as a visible mark of continuity in the Argentine policy. At the same time, the set of actions developed by the country well-lined to the Antarctic Treaty and its purposes, contribute to its legitimacy.

Singular aspects and lines of continuity are considered in the article, dealing with the development of actions and the complexities and challenges faced by Argentina related to its Antarctic policy. It also refers to the regional level and the increasing relationship between Argentina and Chile.

Finally, the article puts some ideas under consideration in order to improve Argentine activities and promote cooperation in Antarctica.

PALABRAS CLAVES

Tratado Antártico. Política Antártica Argentina. Política Exterior. Relaciones bilaterales Argentina-Chile. Países con Capacidades Específicas.

KEY WORDS

Antarctic Treaty. Argentine Antarctic Policy. Foreign Policy. Argentina-Chile Bilateral Relations. Issue Specific Powers.

SUMARIO

Consideraciones iniciales. El Tratado Antártico: como régimen internacional exitoso y contribución genuina a la paz, al desarrollo de la Ciencia y al respeto del medio ambiente. El Tratado Antártico y la Política Antártica Argentina: el momento de inflexión. Características de la primera década de participación argentina en el Tratado Antártico. El período 1976-1983 en la Política Antártica Argentina: Combinación compleja de factores internos, internacionales y regionales. La Política Antártica Argentina desde la vuelta a la democracia. Signos distintivos de un accionar crecientemente involucrado con el Régimen Antártico (1984-2011). Reflexiones finales.

Consideraciones iniciales

La Argentina en la Antártida exhibe líneas de continuidad ancladas en el rico pasado histórico y en la concreción de su interés nacional en la región de manera superlativa al establecer, el 22 de febrero de 1904, la primera estación permanente en la isla Laurie del grupo de las Orcadas del Sur. Posteriormente, al firmarse el Tratado Antártico (1959) y su entrada en vigor en 1961, sumará a dicho interés nacional los compromisos que el país asume responsablemente dentro de dicho régimen. Ambos constituyen la piedra angular de las acciones que la Argentina despliega en la región antártica.

Si consideramos la relevancia que tiene el Tratado en sí mismo y el Sistema del Tratado Antártico que de él se derivó –al que nos parece importante denominar “régimen antártico”, siguiendo las nuevas teorías de las Relaciones Internacionales– y la legitimidad que éste ha adquirido en sus 50 años de vigencia, sin dudas tendremos que reconocer que los esfuerzos por su mantenimiento, las diversas actualizaciones –sin cambiar su esencia– y la funcionalidad que dicho régimen tiene, se debe a que las partes que lo forman han sabido darle sustento y trabajar en pos de su legitimidad. Precisamente, en este aspecto, no es menor el rol que han cumplido desde las Potencias hasta los Estados que tienen menor desarrollo relativo. Y, con todo ello, han hecho una notable contribución al orden internacional, manteniendo a la región alejada de las tensiones y conflictos estatales que se dan en otros espacios y garantizando un delicado equilibrio ecológico. Ni más ni menos que lo que esta región tan particular del planeta necesita, para ser sustentable en el tiempo... y con ello, la propia vida humana en el mismo.

Sobre la base de estas consideraciones preliminares, en este trabajo nos proponemos dar cuenta de aquellos aspectos salientes del Tratado Antártico –cuyos 50 años de vigencia estamos conmemorando– que son consecuentes con su propósito ordenador y en los cuales reside la fórmula “libertad-privilegio-compromiso” que asumen las partes, entre ellas la Argentina.

Subrayaremos que, tanto la preservación de los intereses en el marco del régimen como la participación activa dentro del mismo y, en todas sus convenciones relacionadas, tomando parte en la adopción de decisiones, emergen como rasgos visibles de la continuidad en la política antártica argentina. A la vez, esas acciones basadas en el cumplimiento de las disposiciones del Tratado, deben ser valoradas como una contribución permanente a legitimarlo.

También destacaremos aspectos singulares y continuidades relevantes que marcan el diseño, desempeño, complejidades y desafíos relativos a la Política Antártica en un periodo de algo más de 50 años. Finalmente presentaremos algunas reflexiones y propuestas con vistas a tendencias futuras.

El Tratado Antártico: como régimen internacional exitoso y contribución genuina a la paz, al desarrollo de la Ciencia y al respeto del medio ambiente

Cuando en las consideraciones iniciales decíamos que el “Sistema del Tratado Antártico” conforma un “régimen internacional”¹, nos ajustábamos a definiciones de uso en el campo de las Relaciones Internacionales que combinan factores jurídicos, políticos, ideacionales, de conocimientos y de valores. Así cuando se habla de régimen internacional se hace referencia a un conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos para la adopción de las decisiones en un área dada de las relaciones internacionales, establecido por voluntad de las Partes que lo integran en función de expectativas y objetivos que se percibieron mejor preservados de manera conjunta. Su establecimiento ayuda a la coordinación de las conductas de sus miembros, alimentándose y fortaleciéndose de la dinámica de la cooperación y negociación en las que descansa su propia esencia constitutiva.

En toda su trayectoria se ha dado continuidad en sus objetivos principales garantizando la paz, la cooperación científica y la preservación de su ecosistema, como así también el consenso en las decisiones que adoptan las Partes Consultivas (hoy 28) dentro de este marco de negociación multilateral.

Sobre la base del Tratado Antártico, donde reside el núcleo de principios y normas básicas al que se han incorporado progresivamente nuevas reglas, procedimientos y temáticas –todos los cuales conservan una interdependencia funcional con aquél– el *régimen antártico* ha logrado mantener su vigencia y fortalecerse a través del tiempo. Lo ha demostrado frente a presiones que en las décadas de los setenta y los ochenta pretendían un cambio de régimen y su reemplazo por otro sustentado ya en la concepción de Patrimonio Común de la Humanidad, ya bajo la figura de Parque Mundial. Esto permitiría ubicarlo en el contexto de las relaciones internacionales, cada vez más complejas y conflictivas, como un experimento político internacional exitoso, en condiciones de exhibir claramente su efectividad y legitimidad. En este sentido, resultan de interés las declaraciones de Paul Berkman, exdirector del Programa de Geopolítica del Océano Ártico de la Universidad de Cambridge, quien sostuvo, en una entrevista con la agencia de noticias EFE, que “*El Tratado de la Antártida será visto un día como la Carta Magna de la diplomacia pacífica y la cooperación internacional*”².

¹ Se han ensayado conceptos diferentes para designarlo, por ejemplo sistema con diferentes subsistemas; régimen con subregímenes; sistema con diferentes regímenes como componentes. Cada una de las Convenciones Especiales que se encuentran integrando al propio Sistema serían, en alguna medida, los subsistemas y/o subregímenes. De ello resulta que en todos los casos se intenta dar cuenta de la existencia de un todo interrelacionado que genera regularidades en el comportamiento de sus partes.

² Ver CAPLAN, SERGIO G., «Relaciones Internacionales Polares, Cronología y Fenomenología».

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo del mismo, nos detendremos en algunos de sus aspectos principales. Si nos focalizamos en sus orígenes, constituye el primer compromiso internacional respecto de la no nuclearización de un área en el mundo, se pronuncia expresamente por la no militarización y mantiene un equilibrio funcional entre los países que participan en calidad de Estados que exhiben derechos territoriales y aquéllos que no revisten ese carácter. Asimismo, se compromete con la protección de los recursos naturales. Podría decirse que en la adopción de estos principios ordenadores radica su pragmatismo, su aspiración al equilibrio y su respeto por las condiciones previas de los Estados parte.

La regla de la unanimidad (instrumento de significativo peso político) y la centralidad que tienen las Partes Consultivas en el mismo, desempeñan un rol determinante en el mantenimiento del equilibrio en su proceso decisorio. A la vez, la práctica de las inspecciones –concesión que sería impensable desde una óptica de soberanía irrestricta– ofrece al régimen un resorte eficaz y, a la vez, un mecanismo de control para garantizar el cumplimiento de los compromisos que las Partes han asumido en términos de paz y ciencia.

Precisamente la importancia que le reconoce el propio Tratado Antártico a la Ciencia –como prerrequisito para garantizarse un lugar protagónico en las decisiones–, su relación con el SCAR como así también los cuerpos científicos tanto de la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos como del Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente Antártico, son ejemplos del efecto que tiene la “comunidad epistémica” (esto es, comunidad del conocimiento) en este ámbito de cooperación internacional.

La flexibilidad y pragmatismo que también caracterizan al régimen se manifiestan tanto en la relación entre sus miembros como con respecto al mundo exterior. En el primer caso, la compatibilización de intereses, el desarrollo de conductas reguladas por la propia normativa consensuada y la impermeabilidad con relación a conflictos o disputas que pudieran complicar la relación de algunos de sus miembros en otros ámbitos de la política o la economía mundial, también operan como estabilizadores del sistema y contribuyen a su mantenimiento³. Además de ello, el acomoda-

menología», en *Observatorio Polar*, CAEI, Invierno Sur, 2011, p.5. Disponible en www.caei.com.ar/es/pfp/polar/polar11.pdf. acceso 18 de noviembre de 2011.

³ Al respecto se suele señalar como el hecho más significativo en este sentido, la Guerra de Malvinas (1982), como una situación que podía haber amenazado la «Pax Antártica», trasladando la disputa anglo-argentina a aquella región. Ello no sólo no ocurrió sino que en el marco de las reuniones propias del Sistema del Tratado Antártico, sus relaciones se desarrollaron con normalidad. Tómese nota de esta observación «...the episode served to confirm the treaty's ability to preserve peace and stability in Antarctica, and particularly to insulate

miento externo implica la capacidad de adaptación por parte del propio régimen a las nuevas realidades y preocupaciones que afectan a la comunidad internacional, tanto en lo que respecta a actores como a temas.

En estas observaciones respecto de la vigencia y legitimidad del Tratado Antártico convendría agregar también que en 1991, según el art. XII, par. 2 de este instrumento, cumplidos los 30 años de su entrada en vigor “cualquier” Parte con estatus consultivo, podría haber solicitado la realización de una Conferencia para discutir sobre la revisión del mismo. Esto implicaba que sin el requerimiento del consenso (el cual es necesario siempre, excepto en este caso señalado expresamente) de haberse presentado una propuesta en ese sentido, era obligatorio llevar a cabo una nueva conferencia antártica para la discusión de un nuevo tratado. Ello, evidentemente no ocurrió, lo cual debería capitalizarse, también, entre sus fortalezas.

Hoy el régimen antártico no sólo no ha sido reemplazado por otro sino que se ha revitalizado incorporando el Protocolo relativo a la Protección del Medio Ambiente Antártico (firmado en 1991 y vigente desde 1998) el cual denota su permanente y progresiva preocupación por las cuestiones ambientales consignada desde sus inicios⁴.

Por otra parte, en lo que respecta a su crecimiento y fortalecimiento institucional, podemos reconocer un signo de madurez en la adopción de la Secretaría Permanente para el Tratado Antártico (2001) cuya misión es facilitar la comunicación y coordinación de la información y ofrecer una apoyatura administrativa eficiente para el buen funcionamiento de las Reuniones Consultivas.

Este régimen se ha consolidado sobre la base de tres factores combinados que se encuentran en los fundamentos del mismo: *poder, intereses y conocimientos*. Esta trilogía es empleada en los estudios más actuales sobre regímenes internacionales y tiene una aplicación muy ilustrativa y comprensiva para la realidad antártica.

No sólo la presencia de las Grandes Potencias ha sido importante para el mantenimiento del régimen. Algunas visiones de las relaciones

it from disputes arising between its parties elsewhere. In fact, the treaty's cooperative qualities were highlighted by the manner in which during the war itself Argentine and British representatives sat down together at Hobart (may 1982) and Wellington (june 1982) to discuss Antarctic marine and mineral resource questions respectively (BECK, PETER, «The Antarctic Treaty System after 25 years», in *The World Today*, vol. 42, n° 11, november 1986, p. 197).

⁴ Esta idea acerca del gradualismo de la agenda ambiental del STA, se ha desarrollado en algunos trabajos anteriores. Ver COLACRAI, MIRYAM «El Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente. Aportes para una mayor conciencia ambientalista y desafíos a los intereses argentinos» en *Relaciones Internacionales*, La Plata, mayo de 1993, n° 4, pp. 47-55.

internacionales, consideran que sólo los “*overall powers*” garantizan la estabilidad y mantenimiento de los regímenes. En los análisis clásicos con un contenido fuertemente geopolítico suele darse cuenta de ello⁵. Sin embargo –y aquí hay un hallazgo importante– desde otras perspectivas (que también toman en cuenta el “poder”, pero con una visión más amplia) se ha comenzado a prestar atención a la capacidad y continuidad de algunos estados en el sostenimiento y continuidad de su actividad antártica, que los posiciona como detentadores de un “*issue specific power*”⁶. Esta categoría de Estados no necesariamente se corresponde con los criterios de poder tradicionales, sino que tiene que ver con “capacidades específicas, ligadas a la particularidad de la región”.

En función de ello, se reconoce que el sustento del Tratado Antártico ha dependido, entre otras cosas, de la participación continua de una coalición de estados poderosos (*overall powers*) conjuntamente con estados con “poder específico en la cuestión”. Es por ello que puede afirmarse que las medidas adoptadas en diferentes momentos del desarrollo del régimen antártico no siempre han sido el resultado de la voluntad de los Grandes; más aún ellos también han tenido que negociar en la búsqueda de consenso. En ese sentido, convendría recordar la propuesta argentina de inclusión del principio de “no nuclearización” y la chilena relativa a la “conservación de los recursos vivos”, durante la negociación del Tratado Antártico en la Conferencia de Washington (1959). Esta posibilidad de introducir cambios o plantear nuevas negociaciones por parte de los Estados no identificados como *overall powers* quedó también a la vista cuando Australia, acompañada por Francia y Bélgica, optó por no ratificar la Convención de Minerales en 1989. Finalmente, otro ejemplo más cercano en el tiempo es el referido a la negociación sobre la sede de la Secretaría del TA en Buenos Aires y la reiterada oposición británica, la cual finalmente fue levantada en 2001⁷.

⁵ Ver al respecto, FRAGA, JORGE A., *La Antártida. Reserva ecológica*, Ed. Instituto de Publicaciones Navales, Buenos Aires, 1992, p.11. Además, claramente el autor pone énfasis en la variable «poder» al señalar: «están en el TA los 5 Grandes con poder de veto en el Consejo de Seguridad de la ONU: EEUU, URSS, Francia, Reino Unido y China; también están los 7 ricos (países industrializados de Occidente: EEUU, Francia, Reino Unido, Alemania, Japón y Canadá (éste último como adherente), los Países de la Comunidad Económica Europea». (*Ibidem*, pág.96). Por su parte, Quadri se manifiesta en un sentido similar, al reconocer: «la influencia que han tenido en este proceso la calculada, coherente y persistente acción de las grandes potencias antárticas» (Ver QUADRI, RICARDO P., *La Antártida en la Política Internacional*, Ed. Pleamar, Buenos Aires, 1984, p. 90).

⁶ Una interesante lectura del «poder» entendido como una «capacidad especial», que es requerida por el tipo particular de actividades científicas en la Antártida aparece debidamente citada en VAN DER LUGT, CORNELIS, «An international environmental regime for the Antarctic: critical investigations», en *Polar Record*, vol. 33, n° 186, 1997, p. 230).

⁷ La designación de Buenos Aires, finalmente fue adoptada por decisión 1 de

Con lo anteriormente dicho es posible realzar, desde una óptica jurídica pero significativamente política, que la práctica del consenso involucra a todas las Partes Consultivas por igual.

El análisis nos lleva ahora a tomar en cuenta la presencia de “intereses” que los estados participantes han percibido mejor preservados en el marco del “régimen”. Ello condujo a que prevaleciese un criterio “pragmático y funcional” que está en la base misma de la conformación del Sistema del Tratado Antártico como en todo su desarrollo posterior.

Por su parte, la incorporación de nuevas ideas, la circulación de información, el asesoramiento permanente de los cuerpos científicos como así también el progresivo incremento de los conocimientos que el propio “régimen” ha sido capaz de generar y los efectos que éste ha tenido en el cambio de conductas de las partes involucradas como en “terceros estados” sientan un precedente muy importante a la hora de considerar las variables de tipo cualitativo.

Asimismo y, como muy claramente fuera expresado en la Declaración de la última Reunión Consultiva del Tratado Antártico, celebrada en Buenos Aires coincidiendo con los 50 años de su vigencia (2011), “las Partes Consultivas y No Consultivas han estado aplicando en forma consistente las disposiciones del Tratado Antártico, incluyendo el art. IV, tanto individual como colectivamente, consolidándose de este modo la cultura de cooperación antártica internacional en paz y armonía consagrada en el Tratado”. (Declaración de Buenos Aires, 2011).

Entonces la trilogía conformada por las variables relativas al poder, los intereses y los factores ideacionales –prácticas, valores y conocimientos– interactuando produjo una combinación adecuada y fructífera para que este régimen pueda arribar a sus 50 años de vigencia.

Presentadas aquellas características claves del régimen antártico, analizaremos los aspectos relevantes de la acción argentina en consonancia con su participación en el mismo.

El Tratado Antártico y la Política Antártica Argentina: el momento de inflexión

La negociación, firma (1959) y ratificación del Tratado Antártico (1961) marcan un punto de inflexión en la Política Antártica argentina. Hasta ese momento, se había desarrollado una mirada estrictamente nacional con relación a las cuestiones antárticas, comprendidas dentro del conjunto de temas de soberanía territorial.

Con la entrada en vigor del Tratado Antártico en 1961, el tradicional

2001, en la XXIV^o Reunión Consultiva del Tratado Antártico, celebrada en San Petersburgo.

ejercicio de “políticas cerradamente nacionales” por parte de los Estados presentes en la región desde el siglo XIX fue dando paso a la cooperación internacional y la adopción de decisiones consensuadas entre los Estados Partes del mismo.

Dentro de ese marco, la Argentina, que contaba en su haber con actividad permanente e ininterrumpida desde 1904 (aunque con importantes antecedentes presenciales desde un siglo atrás), se convirtió en Parte Consultiva y, por lo tanto, en actor de su proceso decisorio, aportando su experiencia y resguardando, a la vez, los derechos proclamados sobre un sector, evitando así conflictos que pudieran haberla marginado del Sistema.

Para el diseño y ejecución de la Política Antártica esto implicaba un cambio cualitativo ya que posicionaba a la Argentina como un actor en las decisiones antárticas y garante del sostenimiento de principios que consagraban la cooperación científica internacional, el desarme, la no militarización y la no nuclearización como así también, la valoración de los aspectos ambientales y de conservación de recursos al sur del paralelo 60° latitud sur. Fue, entonces, una decisión estratégica, con visión de avanzada para la época, apuntar al “desarme” en plena Guerra Fría y entender que la Argentina debía ser un sujeto activo de la política mundial.

También implicó un importante cambio y *aggiornamento* de la Política Exterior por cuanto la multilateralización no había sido una práctica demasiado empleada por la Argentina hasta bastante avanzada la mitad de la década del cincuenta. A partir de allí, consideramos que la continuidad –aunque existan matices entre diferentes gobiernos– en la Política Antártica se debe entender en virtud de la existencia y persistencia del Tratado Antártico y al compromiso asumido en este marco.

Como decíamos, es posible encontrar algunos signos diferenciados o matices a lo largo de 50 años de vigencia del Tratado Antártico y podrían establecerse algunas etapas.

Características de la primera década de participación argentina en el Tratado Antártico

Esos primeros años combinaron, en un juego de “malabarismo político”, el acomodamiento a la nueva situación creada por la inserción en el régimen antártico con una inclinación a conservar márgenes de acción autónoma.

En el plano interno, se dictó la Ley 18513 (1969) –conocida, también, como “Ley Antártica”– que fijó las bases jurídicas, orgánicas y funcionales para el planeamiento, programación, dirección y control de la actividad antártica argentina.

En virtud de ella, fue creada la Dirección Nacional del Antártico, de la cual dependía el Instituto Antártico Argentino, ambos en la órbita del Ministerio de Defensa. Aunque el manejo de las relaciones exteriores

en materia antártica quedaba en manos de la Cancillería, a través de su área respectiva, se establecía en la misma que el Ministerio de Defensa era la instancia más adecuada para ejercer la supervisión general de la actividad antártica. Esta última consideración funcional resultaba, por lo que se desprende de ella, un tanto difusa. El diseño de las acciones a realizar, la instalación de nuevas bases gestionadas por las respectivas Fuerzas y las estructuras burocráticas que se organizaron durante el gobierno de la denominada Revolución Argentina, sintonizan con una perspectiva centrada en la defensa nacional y la seguridad y en la variable territorial.

La actividad nacional antártica desplegada durante esos años, reconoce algunos hitos relevantes, entre ellos: el establecimiento de la Estación científica "Almirante Brown" en 1965 por el Instituto Antártico Argentino, que readaptaba y transformaba el exdestacamento naval homónimo, la participación en los programas del "Año del Sol Quieto" (desarrollado entre el 1º de enero de 1964 y el 31 de diciembre de 1965), la llegada al Polo Sur de la Primera Expedición Terrestre Argentina, conocida como Operación 90 (1965), la habilitación de nuevas bases: Petrel (1967) y Vicecomodoro Marambio (1969), centro de las comunicaciones aéreas. Durante ese verano polar, en enero de 1969, se realizaron cuatro cruceros turísticos a la Antártida, a cargo de la Empresa Líneas Marítimas del Estado (ELMA). Unos años más tarde, en diciembre de 1973, la Argentina realizaría el primer vuelo experimental Buenos Aires-Marambio-Canberra-Christchurch, con retorno a Buenos Aires con lo cual se probaba la factibilidad de vuelos que optasen por esa ruta, en camino a Oriente⁸.

Las Medidas Para la Conservación de la fauna y la flora antártica de 1964, que fueron el resultado de las recomendaciones de la Primera y Segunda Consultiva Antártica (sobre la base del artículo IX del Tratado Antártico) y, posteriormente, la firma de la Convención para la Conservación de Focas Antárticas (1972) que luego sería ratificada por nuestro país en 1977, muestran con claridad cómo la Argentina va adecuando sus acciones con relación a los recursos y el medio ambiente antártico.

El período 1976-1983 en la Política Antártica Argentina. Combinación compleja de factores internos, internacionales y regionales

En gran medida, este período, en el plano de la política internacional en su conjunto, asiste a situaciones que ponen a la Antártida en el ojo de la tormenta, sobre todo en virtud del interés que despertaban sus potenciales recursos. Así, la Crisis del Petróleo, las nuevas tendencias

⁸ Ver al respecto PALAZZI, RUBÉN OSCAR, *Alas sobre el Sexto Continente*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 1999, p. 100.

del Derecho del Mar, las presiones vinculadas con el incremento poblacional en el mundo y la escasez de alimentos (cuestiones que, muchas veces, adquirirían un tono catastrófico), fueron disparadores para que las cuestiones antárticas cobraran una relevancia que no habían tenido anteriormente.

A nivel regional, particularmente en lo que hace al Cono Sur, se percibía un escenario donde predominaban rasgos de competencia y conflictividad, sostenido por “diplomacias militares” que, de alguna manera vinieron a reflotar rivalidades entre los Estados, algunas de las cuales tenían profundas raíces históricas. La cuestión antártica ocupó muchas veces el centro del debate de tono confrontativo y se escribieron diversas doctrinas geopolíticas sobre la Antártida y las aspiraciones de los países sudamericanos. Asimismo, la búsqueda de protagonismo antártico por parte de países más lejanos, generaba dudas respecto del futuro antártico. Una respuesta a ello fue privilegiar el control del espacio como parte de la estrategia nacional.

La Política Antártica implementada por el gobierno argentino en ese período pareció tener un “doble estándar”. Por un lado, se sostuvo la pertenencia al régimen al que se percibió como garante del “equilibrio pragmático”, y por otro, se desarrollaron acciones con una connotación predominantemente “territorialista” –es decir, con un fuerte apego al aspecto relativo a la soberanía, contenido en las disposiciones del art. IV del Tratado Antártico–. Entre las acciones, podemos destacar un mayor despliegue de bases, el establecimiento de “poblaciones”, el registro de nacimientos en las estaciones antárticas, todo lo cual realizaba la imagen relativa al ejercicio de soberanía⁹.

Por su parte, en el contexto del régimen antártico, fue suscripta la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (1980) que la Argentina ratificó en 1982 y se daban los primeros pasos, en ese mismo año, encaminados a negociar una futura Convención relativa a los minerales antárticos. En ambos casos, debe reconocerse la activa participación de la diplomacia argentina.

El escenario que planteaba la época, como se ha visto, combinaba

⁹ Entre la Argentina y Chile, el período comprendido entre los años setenta y ochenta exhibió rasgos que podrían caracterizarse como «la Política de espejo»: poblamiento, adquisición de buques polares, rompehielos y tecnología antártica, todas situaciones que se dieron casi simultáneamente. Estas acciones han sido caracterizadas como de «competencia y coexistencia distanciada», para arribar finalmente a la década de los noventa, cuando se inicia un ciclo de cooperación antártica que presenta rasgos singulares, si se lo compara con otros momentos de la relación bilateral. (Ver COLACRAI, MIRYAM, «Reflexiones en torno al Régimen Antártico y las relaciones argentino-chilenas» en *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, CERIR, Rosario, diciembre de 2003, Serie Docencia n° 73, 2ª Parte, pp. 41-42).

varias situaciones complejas focalizadas alrededor de las “potencialidades” que ofrecía la Antártida. Por un lado, el creciente interés ante una eventual explotación de los recursos antárticos, el horizonte incierto de 1991 que, para muchos, significaba que habría de producirse una revisión del Tratado Antártico. Por otro, existía una competencia por el equilibrio regional en términos estratégicos, lo cual también estimulaba e incrementaba el interés de otros estados sudamericanos en su acercamiento a la Antártida.

La Política Antártica Argentina desde la vuelta a la democracia. Signos distintivos de un accionar crecientemente involucrado con el Régimen Antártico (1984-2011)

Este período coincide en sus inicios con la vuelta a la democracia en la Argentina (diciembre de 1983) y llega hasta nuestros días, arribando a la XXXIV Reunión Consultiva del Tratado, coincidente con los 50 años de vigencia del mismo. Se trata, según nuestro criterio, de una interesante y rica etapa, compleja y dinámica en la propia evolución del régimen antártico y de la consolidación de la participación activa de la Argentina en el régimen.

Los signos más evidentes pueden encontrarse en la adopción de una concepción ampliada de los intereses nacionales que le otorgó creciente atención a la cooperación internacional, resignificó la investigación científica y contribuyó a crear un espacio de concertación latinoamericana.

También se le confirió mayor visibilidad a la Política Exterior en la cuestión antártica, sobre todo a partir de 1992, en prosecución de la sede de la Secretaría del Tratado Antártico.

En este período se dictaron y pusieron en marcha diversos planes y políticas antárticas, algunas de carácter sectorial, otras enunciadas como políticas nacionales.

En 1985 desde la Dirección Nacional del Antártico se intentó producir una serie de importantes ajustes y reorientar los objetivos prioritarios del quehacer nacional en la Antártida. (Recordemos que esa Política fue aprobada, como Directiva del Ministerio de Defensa, por resolución ministerial n° 332, del 23 de agosto de 1985).

La intención de conferirle relevancia a la presencia argentina en la región antártica se concentró en la prioridad del quehacer científico, a partir del cual sería posible generar una situación de prestigio para el país. Se valorizó *la ventaja de la cercanía geográfica, por cuanto dicha situación posibilitaría que la Argentina se convirtiese, a futuro, en un proveedor internacional de servicios internos (recordemos para este aspecto, la referencia que hicimos en este trabajo sobre «issue specific power»)*. También se apuntó a una participación más relevante dentro del Sistema Antártico y una mayor capacidad de negociación.

El acento fue puesto, fundamentalmente en diversos medios y factores instrumentales que, dando prestigio al país en sus actividades antárticas, le permitieran el “logro de una ventajosa situación relativa y de negociación dentro del marco del dinámico Sistema Antártico”¹⁰. También impulsaba –con un criterio moderno– un modo de vincular funcionalmente la actividad económica con la Ciencia, en la medida en que los beneficios económicos pudieran reinvertirse para ampliar las capacidades científicas y técnicas.

La política antártica elaborada en 1985, fue reconocida sólo como una “política sectorial” ya que no contó con la aprobación de la Cancillería, y fue observada por las Fuerzas Armadas. Probablemente, un trabajo coordinado y de consultas con las diferentes instancias gubernamentales involucradas –metodología que luego sería empleada para diseñar la Política Nacional Antártica de 1990– le hubiese abierto el camino para su reconocimiento en la esfera nacional.

De todos modos, muestra una nueva mirada sobre el quehacer antártico y significa un importante paso hacia las nuevas tendencias y prioridades que tendrían su proyección en los años siguientes.

El desarrollo de una actividad científica de mayor envergadura, la cooperación y el intercambio con el resto de los países antárticos, el ofrecimiento de colaboración con diversos Estados que se incorporaban a la investigación antártica y una apertura especial para con los latinoamericanos, fueron signos importantes de los “nuevos tiempos”, tendencia que fue creciendo gradualmente. También lo fue la mirada innovadora acerca de las posibilidades que podrían abrirse a la Argentina, dada su ubicación tan cercana a la Antártida, en el campo de los servicios de aprovisionamiento y apoyo logístico a otros países con actividad en la región.

Un recorrido general sobre la cuestión antártica a nivel internacional pone en evidencia que eran tiempos difíciles y turbulentos para el régimen antártico, ya que se había instalado la Cuestión de la Antártida en la Asamblea General de las Naciones Unidas y crecía la voz crítica de las Organizaciones No Gubernamentales, respecto de las acciones y de la legitimidad de las medidas que habían llevado hasta esos momentos los estados antárticos.

Los años noventa coincidieron con una dinámica particularmente auspiciosa para el funcionamiento y afirmación del “régimen antártico”, alejándose toda posibilidad de revisión del Tratado en 1991, fecha que había sido utilizada muchas veces para poner en duda su continuidad. La discusión central giró alrededor de los temas ambientales y se avanzó en el fortalecimiento del TA al incorporarse el Protocolo para la Protección

¹⁰ Ver al respecto *Ministerio de Defensa, Dirección Nacional del Antártico, Política Antártica Argentina, Buenos Aires, 1986, pp. 1-3.*

del Medio Ambiente Antártico; además, se introdujeron medidas procesales innovadoras y se negoció arduamente la Secretaría para el TA.

La negociación del “Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente”¹¹ sería el colofón de la progresiva preocupación por las cuestiones ambientales demostrada desde sus inicios y de las contribuciones que también en este aspecto ofreció la Argentina. Aquí debe recordarse que también en la frustrada Convención para los Minerales Antárticos nuestro país había tenido una participación destacada. No obstante, a la hora de hallar nuevas alternativas, la Argentina coincidió con la alternativa de propiciar una moratoria respecto de las actividades mineras y trabajar para que no se debilitara el Sistema Antártico, aportando en la recomposición del consenso.

Fue aprobado por la ley 24.216 (1993) y el 28 de octubre de 1993 se depositó el instrumento de ratificación¹².

En el ámbito de las decisiones internas, en el transcurso de 1990, el Ministerio de Relaciones Exteriores auspició una revisión analítica de la Política Antártica en todos sus aspectos. Se constituyó un Grupo de Trabajo Interministerial integrado por organismos del Ministerio de Defensa y otras dependencias, entre ellas la Dirección Nacional del Antártico y del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su Dirección de Antártida.

El propósito era consensuar los distintos enfoques y puntos de vista, tanto en lo político, como en lo científico y lo logístico, de modo de consolidar definiciones sobre los objetivos, políticas y prioridades en la acción antártica argentina. Esto se inspiraba en la necesidad de que se fijase, de manera centralizada desde el Ejecutivo, una política nacional al respecto que tuviese en cuenta una adecuada correspondencia entre el quehacer antártico argentino y las nuevas realidades del Sistema Internacional así como las modificaciones que el propio Sistema Antártico venía produciendo en su dinámica interna.

¹¹ En líneas generales, el régimen al que se arribó en octubre de 1991 apunta a la protección integral del medio ambiente cubriendo todas las actividades humanas en la Antártida, a la cual se designa como «Reserva Natural consagrada a la paz y a la ciencia». Confiere una particular responsabilidad a las partes que llevan a cabo actividades en la región, impulsando un minucioso control del impacto ambiental que ellas conllevan e incluye la modalidad de las inspecciones (al igual que el TA).

¹² Al efectuar el depósito del instrumento de ratificación, la Argentina formuló la siguiente declaración interpretativa: «La República Argentina declara que dado que el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente es un acuerdo complementario al Tratado Antártico, y que su artículo 4 respeta totalmente lo dispuesto en el artículo IV, inciso 1, párrafo a) de dicho Tratado, ninguna de sus estipulaciones deberá interpretarse o aplicarse como afectando sus derechos, fundados en títulos jurídicos, actos de posesión, contigüidad y continuidad geológica en la región comprendida al Sur del paralelo 60, en la que ha proclamado y mantiene su soberanía».

Estos esfuerzos se concretaron en el Decreto N° 2316 del 5 de noviembre de 1990¹³ que definió la Política Nacional Antártica a partir del tradicional objetivo de “afianzar los derechos argentinos de soberanía en la región”. Animados por el objetivo general, fueron puntualizados el fortalecimiento del Tratado Antártico y el logro de una mayor capacidad para influir en su proceso de toma de decisiones. Asimismo, en el marco de la Política Nacional de Integración Latinoamericana, se promovió la cooperación con los países de la región, incluyendo la realización de aquellas actividades conjuntas mediante las cuales se fortalecieran los intereses comunes. Se le asignó una atención especial a la protección del medio ambiente antártico y sus ecosistemas dependientes y asociados, a la conservación de los recursos pesqueros y la preservación de los recursos minerales en el ámbito de aplicación del Tratado. Se ubicó como una prioridad la investigación científica y tecnológica en correspondencia con las actividades que la Argentina deseaba profundizar (en ese momento se estaba pensando fundamentalmente en recursos vivos y minerales, dado que la prohibición de esta última actividad recién sobrevendría con la adopción del Protocolo Ambiental en 1991 y su entrada en vigor en 1998).

También se remarcó la necesidad de lograr una mayor eficacia de la presencia argentina, concentrándola en el respaldo a la actividad científico-tecnológica nacional y en la posibilidad de prestar a otros países los servicios y el conocimiento necesario para facilitar sus tareas antárticas. Vinculado con ello, la adecuación y el fortalecimiento de las capacidades portuarias y logísticas de Ushuaia y demás puertos patagónicos, como escalas de acceso a la Antártida, requerían se les prestase una atención especial.

Otros dos aspectos sustantivos enunciados en esta Política Nacional son los referidos a la elaboración de un Plan Científico-Técnico Antártico, con énfasis en la investigación científica¹⁴ y sobre los criterios para optimizar Bases y la presencia geográfica de la Argentina¹⁵.

¹³ Conforme al artículo 4° del decreto en cuestión quedan derogadas todas las políticas, directivas y disposiciones dictadas previamente en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, en materia de objetivos, estrategias y prioridades para la Política Nacional Antártica (Ver *Boletín Oficial de la República Argentina*, Buenos Aires, 8 de noviembre de 1990).

¹⁴ La elaboración de un Plan Científico-Técnico Antártico debía apuntar al conocimiento de los recursos minerales y pesqueros, el medio ambiente incluyendo los procedimientos indispensables para evaluar en todos los casos las consecuencias de cada actividad sobre el medio ambiente y los fenómenos antárticos de alcance global. También se promovía el desarrollo de tecnologías específicamente antárticas. Se especificaba, además, que, toda actividad científico-técnica relativa a la Antártida podría ser realizada solamente en tanto y en cuanto fuese parte integral de dicho Plan, de acuerdo a las normas vigentes para la República, acorde con el Tratado Antártico y su Sistema.

¹⁵ Al respecto en su numeral IV se sostenía: «el objetivo, las políticas y las prioridades de esta política antártica determinarán el despliegue de las bases argentinas en la Antártida. La determinación del número y ubicación de las mismas propenderá a optimizar la actividad científica y el costo logístico-

El interés por la cooperación latinoamericana- ya introducido como una aspiración en la Política de 1985- quedó claramente puesto de manifiesto cuando desde la Argentina se llevó adelante la iniciativa de conformar un foro que, a partir de reuniones periódicas (RAPAL), congregara a los “administradores de programas antárticos latinoamericanos”. Desde 1990, esas reuniones también son una muestra de continuidad en la política de intercambiar experiencias, consensuar posiciones, hallar alternativas para optimizar las respectivas actividades y proyectar a futuro programas conjuntos. Particularmente la relación con Chile, en un marco de creación de medidas de confianza mutua y acercamiento en varias dimensiones, ocupó un lugar destacado.

La positiva evolución que tuvo la relación bilateral argentino-chilena, constituye no sólo un capítulo especial de nuestra Política Exterior sino que impacta en las relaciones regionales, por ser ellos países con una gran tradición antártica. El puntapié inicial de una “renovada” búsqueda de cooperación en la Antártica, se concretó en la “Declaración Conjunta sobre la Antártida” entre los presidentes Patricio Aylwin Azócar (Chile) y Carlos Menem (Argentina), en la reunión celebrada el 29 de agosto de 1990. Con ella se ratificaban las anteriores Declaraciones Conjuntas (1941-1947-1948-1971-1974), se promovieron intercambios y se planteó la posibilidad de llegar a un “Programa Argentino-Chileno de Cooperación Científica Antártica”. A partir de entonces, las cumbres presidenciales siempre han incluido aspectos antárticos de relevancia, incluso han establecido compromisos ambientales expresos. Una actividad que pone en evidencia la cooperación bilateral es el desarrollo conjunto de la “Patrulla Naval Combinada Antártica”. En cuestiones relativas a los recursos vivos marinos antárticos, ratificaron conjuntamente su total compromiso con la CRVMA y su firme decisión de enfrentar cualquier “imposición de regulaciones y gravámenes incompatibles con aquélla”.

En línea con los avances ya señalados, deben destacarse tanto el tratamiento de cuestiones antárticas en el ámbito de la Comisión Parlamentaria Conjunta¹⁶ como así también, la inclusión de la cooperación antártica como un punto significativo en el Tratado de Maipú (2009) firmado por las entonces Jefas de Estado Cristina Fernández de Kirchner

operativo, teniendo en cuenta la conveniencia de mantener las bases establecidas antes de la entrada en vigor del Tratado Antártico. También se destacaba la conveniencia de establecer bases nacionales operadas conjuntamente por la combinación de los operadores actuales».

¹⁶ Recuérdese que en la Primera Sesión Parlamentaria Conjunta, celebrada por diputados argentinos y chilenos en la Base chilena Frei el 7 de marzo de 2009, se rechazó el reclamo inglés de un millón de km². como su plataforma en áreas antárticas. Asimismo, en la XVII Reunión Plenaria de la Comisión Parlamentaria Conjunta argentino-chilena, en Buenos Aires, el 28 de abril de 2011, instaron a los Poderes Ejecutivos para que concreten la instalación de una base científica conjunta en la Antártida.

y Michelle Bachelet. Como parte de la continuidad del compromiso sobre cooperación antártica argentino-chilena, debe señalarse, también, la creación del “Comité Ad-hoc Sistema del Tratado Antártico” que consta en la reciente Declaración Presidencial del 16 de marzo de 2012, firmada por la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner y el presidente de Chile Sebastián Piñera Echenique. Dicho Comité tendrá por objeto reflexionar y promover posiciones conjuntas en los diferentes foros y regímenes del referido Sistema, previéndose para el segundo semestre de 2012 la celebración, en Chile, de la primera reunión constitutiva del mismo.

También la cooperación científica internacional encarada por la Argentina se ha venido consolidando a la par del propio fortalecimiento del régimen. Así, los diferentes programas de investigación e intercambio científico sostenidos en el tiempo¹⁷, permiten ubicar al país ya como receptor cuanto como proveedor de dicha cooperación.

En suma, si hacemos un balance de la Política Antártica desplegada en la última etapa abordada, se percibe que la misma ha madurado conforme a los niveles de afirmación del “propio régimen antártico”. Ello queda expresado tanto en el esfuerzo coherente y sostenido en el tiempo en prosecución de la Secretaría del Tratado Antártico –con lo cual se definió y se llevó adelante una política de Estado– como en la legislación acorde con los compromisos asumidos y en una reformulación de la estructura organizacional responsable del quehacer antártico.

Al respecto, son datos a tomar en cuenta la adopción de medidas concretas para un efectivo ordenamiento de las actividades argentinas en la región, poniendo especial atención en los controles ambientales y en la calidad de la investigación científica.

En primer lugar, debe destacarse la regulación de actividades económicas y de conservación vinculada con los recursos vivos marinos antárticos en virtud de la Ley 25263, en consonancia con los cánones establecidos en la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA) y los compromisos asumidos por el estado argentino como parte contratante de la misma y miembro de su Comisión.

En el plano organizacional, constituye una innovación importante el Decreto N° 207/2003, en virtud del cual la Dirección Nacional del Antártico y el Instituto Antártico Argentino pasan a la órbita del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

El régimen antártico y la participación argentina en el mismo expresan el compromiso por mantener un área donde el equilibrio pacífico,

¹⁷ En términos generales, la Argentina ha venido desarrollando actividades de investigación científica en el marco de proyectos o acuerdos de cooperación científica y técnica con Austria, Bulgaria, Japón, Estados Unidos, Italia, Suecia, Francia, Polonia, España, Australia, Alemania, Reino Unido, Uruguay, Canadá y Finlandia, entre otros.

la negociación permanente entre las partes, la investigación científica y el respeto al medio ambiente constituyen la guía de las políticas a llevar adelante.

Reflexiones finales

La trayectoria de 50 años de “Política Antártica” enmarcada en la inserción argentina en el régimen antártico, no hace sino ratificar la línea de continuidad de este capítulo de nuestra Política Exterior.

En alguna medida, las dificultades para decidir entre Ciencia y presencia (es decir, ocupación espacial) fue un debate siempre presente. Sin embargo, con el desarrollo de las diversas actividades, la Política Antártica argentina entendió que esa era una ecuación para sumar y no para plantear como dilema.

La proyección futura de la Argentina en la Antártida tiene que ser de continuidad y profundización de los compromisos asumidos, de innovación en la investigación científica dotándola de una base presupuestaria suficiente, acompañada de la logística necesaria de modo tal que pueda desplegarse en un marco de optimización de esfuerzos y también de resultados. Quizá debería verse como un signo promisorio la participación –por primera vez– de un Ministro de Ciencia, Tecnología e Innovación Científica cuando se desarrolló en Buenos Aires la última Reunión Consultiva del Tratado Antártico (2011).

La temática antártica también requiere un trabajo sostenido y coordinado en los planos de política interna y regional. En ese sentido, es dable esperar que se continúen realizando los mayores esfuerzos para integrar en la política antártica los aportes y propuestas de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en su proyección antártica y como una de las “puertas a la Antártida”. La dimensión regional y el espacio asignado a la cooperación latinoamericana de nuestra Política Antártica deben profundizarse en aras de una mayor concertación y, por qué no, en la puesta en marcha de planes realmente innovadores de investigación para ser realizados de manera conjunta. De ese modo, es posible continuar dándole legitimidad y fortaleza al Tratado Antártico.

**CONTRIBUCIÓN AL ANÁLISIS DE LA OPINIÓN
CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE
JUSTICIA CONCERNIENTE A LA CONFORMIDAD CON EL
DERECHO INTERNACIONAL DE LA DECLARACIÓN
UNILATERAL DE INDEPENDENCIA RELATIVA A KOSOVO**

*CONTRIBUTION TO THE ANALYSIS OF THE ADVISORY
OPINION GIVEN BY DE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
CONCERNING THE ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL
LAW OF THE UNILATERAL DECLARATION OF
INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO*

*Facundo M. Gómez PULISICH**

RESUMEN

El presente trabajo consiste en un análisis de ciertos aspectos examinados por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva del 22 de julio de 2010, concerniente a la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. En una primera parte se estudiarán algunos temas relacionados con el alcance y significado de la cuestión formulada por la Asamblea General de la ONU y con la identificación de los autores de la declaración unilateral de independencia. En una segunda parte se desarrollarán las consecuencias de lo analizado con anterioridad con respecto a la interpretación y aplicación del derecho internacional especial y general. En particular, se reflexionará sobre lo determinado por la Corte con relación a la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el principio de integridad territorial.

* Abogado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). *Master en études internationales avec spécialisation en droit international, Institut de hautes études internationales et du développement (IHEID)*, Ginebra. Doctorando en derecho internacional, (IHEID). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

El autor agradece al Dr. MARCELO G. KOHEN, Profesor de derecho internacional en el IHEID, Ginebra, por sus comentarios relacionados con el presente artículo. Su contenido es de única responsabilidad de su autor.

PALABRAS CLAVES

Opinión consultiva – Corte Internacional de Justicia – Kosovo – Declaración unilateral de independencia – Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad – Principio de integridad territorial.

ABSTRACT

This article focuses on the analysis of some aspects considered by the International Court of Justice in its Advisory Opinion of 22 July 2010 related to the accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo. The first part concerns some issues related to the scope and meaning of the question raised by the United Nations General Assembly, as well as the identity of the authors of the unilateral declaration of independence. The second part examines the consequences of the analysis previously made with regard to the interpretation and application of special and general rules of international law. In particular, United Nations Security Council Resolution 1244 (1999) and the principle of territorial integrity will be considered.

KEY WORDS

Advisory Opinion – International Court of Justice – Kosovo – Unilateral declaration of independence - Security Council Resolution 1244 (1999) - Principle of territorial integrity.

SUMARIO

Introducción. **I.** Las cuestiones fundamentales. **A.** El significado de la cuestión planteada por la Asamblea General. **1)** El orden jurídico internacional: un sistema complejo. **2)** El principio “Lotus”: una noción incorrectamente aplicada. **B.** La identificación de los autores de la declaración unilateral de independencia. **1)** El texto y las circunstancias de la declaración unilateral de independencia. **2)** El comportamiento del Representante Especial del Secretario General de la ONU. **II.** La interpretación y aplicación del Derecho Internacional. **A.** La aplicación de la *lex specialis*: la Resolución 1244 (1999) del Consejo Seguridad. **1)** La interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad. **2)** La aplicación de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. **B.** La aplicación de la *lex generalis*: el principio de integridad territorial. **1)** La noción restringida del principio de integridad territorial. **2)** La inexistencia de una supuesta neutralidad con relación a la secesión. Conclusiones.

Introducción

El ejercicio de la competencia consultiva ha sido habitualmente considerado como un momento apropiado para que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) pueda analizar ciertas cuestiones de una trascendencia fundamental para el derecho internacional. En un número importante de casos, dicha ocasión ha sido finalmente aprovechada. De esta manera, la opinión consultiva (OC) concerniente a la *Reparación de los daños ocasionados al servicio de las Naciones Unidas*, aquella referente al *Sahara occidental* o una de las últimas, relativa a las *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*, son algunos de los ejemplos que nos permiten confirmar lo anteriormente mencionado. En otros casos, por el contrario, dicha oportunidad no ha sido del todo explotada¹. La OC referida a la *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, emitida por la CIJ el 22 de julio de 2010, debería ser considerada como perteneciente a este último grupo. En efecto, frente a la cuestión planteada por la Asamblea General (AG), a través de la Resolución 63/3 del 8 de octubre de 2008, la CIJ se dedicó a limitar el verdadero alcance de la pregunta propuesta para poder, *a posteriori*, restringir el ámbito de validez de las normas pertinentes. De esta manera, no se explayó sobre ciertas cuestiones de suma relevancia para el derecho internacional como aquella concerniente a la identificación del derecho aplicable en los procesos de secesión, a la interpretación y aplicación de un régimen de administración internacional constituido a partir de una resolución del Consejo de Seguridad (CS) o a la validez de los actos unilaterales de entidades diferentes del Estado. Ello se ha visto claramente manifestado por la variedad de críticas y comentarios efectuados por parte de la doctrina².

¹ A título de ejemplo, podríamos hacer referencia a la OC referente a la Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, emitida por la CIJ el 8 de julio de 1996.

² Ordenado por orden alfabético: ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, PAZ, «Tu quoque, Corte? La banalización de los poderes del Consejo de Seguridad en la opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII (2011), 1, pp. 55-77; ARP, BJÖRN, «The ICJ Advisory Opinion on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo and the International Protection of Minorities», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, n° 08, pp. 847-865; BOTHE, MICHAEL, «Kosovo – So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo’s Independence», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, n° 08, pp. 837-839; BURRI, THOMAS, «The Kosovo Opinion and Secession: The Sounds of Silence and Missing Links», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, n° 08, pp. 881-889; CARDONA LLORENS, JORGE, «La relevancia (o no) de la administración internacional de Kosovo en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010: perplejidades de un lector», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII (2011), 1, pp. 79-98; CHRISTAKIS, THEODORE, «The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International

El propósito del presente trabajo no consiste en realizar un análisis minucioso de cada uno de los temas analizados por la CIJ, sino de proponer, por el contrario, ciertas reflexiones sobre la interpretación llevada a cabo por ella de ciertos temas de una importancia fundamental (I) y su posterior repercusión en la aplicación de las normas pertinentes (II).

I. Las cuestiones fundamentales

Esta primera parte será consagrada al análisis de dos cuestiones. La primera, concerniente a la apreciación por parte de la CIJ de la pregunta formulada por la AG (A). La segunda, relacionada con la identificación de los autores de la declaración unilateral de independencia (DUI) (B).

A. El significado de la cuestión planteada por la Asamblea General

De acuerdo con la Resolución 63/3 de la AG, la solicitud de OC tenía como principal objetivo obtener una respuesta al siguiente interrogante:

Law Something to Say about Secession?», *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pp. 73-86; CIRKOVIC, ELENA, «An Analysis of the ICJ Advisory Opinion on Kosovo's Unilateral Declaration of Independence», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, n° 08, pp. 895-912; CORTEN, OLIVIER, «Territorial Integrity Narrowly Interpreted: Reasserting the Classical Inter-State Paradigm of International Law», *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pp. 87-94; ESPÓSITO, CARLOS, «El discreto ejercicio de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Kosovo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII (2011), 1, pp. 125-146; HANNUM, HURST, «The Advisory Opinion on Kosovo: An Opportunity Lost, or a Poisoned Chalice Refused?», *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pp. 155-161; HOWSE, ROBERT & TEITEL, RUTI, «Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo?», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, n° 08, pp. 841-845; JAMAR, HANNA & VIGNESS, MARY KATHERINE, «Applying Kosovo: Looking to Russia, China, Spain and Beyond After the International Court of Justice Opinion on Unilateral Declarations of Independence», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, n° 08, pp. 913-928; JIMÉNEZ PIERNAS, CARLOS, «Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII (2011), 1, pp. 29-51; KOHEN, MARCELO G. and DEL MAR, KATHERINE, «The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of «Independence from International Law»?», *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pp. 109-126; MOLITERNO, JAMES E., «What the ICJ's Decision Means for Kosovars», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, n° 08, pp. 891-893; MUHARREMI, ROBERT, «A Note on the ICJ Advisory Opinion on Kosovo», *German Law Journal*, 2010, vol. 11, n° 08, pp. 867-880; PETERS, ANNE, «Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?», *LEIDEN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, 24 (2011), pp. 95-108; WELLER, MARC, «Modesty Can Be a Virtue: Judicial Economy in the ICJ Kosovo Opinion?», *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pp. 127-147; WILDE, RALPH, «Self-Determination, Secession, and Dispute Settlement after the Kosovo Advisory Opinion», *Leiden Journal of International Law*, 24 (2011), pp. 149-154.

“¿Se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones de autogobierno de Kosovo?”³. Era la primera vez que la Corte se veía frente a la necesidad de responder a una pregunta que, *de manera expresa*, solicitaba la determinación de la conformidad con el derecho internacional de un comportamiento en particular⁴. Por el contrario, no era la primera oportunidad donde la misma debía llevar a cabo dicho análisis para dar una respuesta a la solicitud de OC. En efecto, en todas aquellas opiniones en las que la pregunta consistió en determinar la legalidad o las consecuencias jurídicas, de acuerdo con el derecho internacional, de un acto, hecho o situación jurídica en particular, la Corte se vio frente a la obligación de analizar, previamente, dicha conformidad⁵.

A los efectos de identificar el alcance de la cuestión formulada por la AG, la CIJ lleva a cabo una interpretación de sus términos que merece ser recordada y analizada⁶. Según ella, la determinación de la conformidad con el derecho internacional de la DUI implicaría simplemente verificar si el ordenamiento jurídico internacional prohíbe o no dicho comportamiento⁷. Por consiguiente, frente a la necesidad de identificar únicamente una norma prohibitiva, la Corte no debería verificar si el derecho internacional confiere “a Kosovo” un derecho positivo de declarar unilateralmente su independencia⁸. De ello concluye, a su vez, que en el derecho internacional

³ A/RES/63/3. Versión original en inglés: «Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?». Versión en francés: «La déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo est-elle conforme au droit international?».

⁴ Toda cuestión planteada a la CIJ puede versar, indirectamente, sobre la conformidad de un hecho, acto o situación jurídica con el derecho internacional. De acuerdo con el artículo 65 del Estatuto de la CIJ, la misma «podrá emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica». Según lo afirmado por la Corte en su opinión consultiva de 1975 sobre el Sahara Occidental « Les questions soumises par l'Assemblée générale ont été libellées en termes juridiques et soulèvent des problèmes de droit international [...] Ces questions sont, par leur nature même, susceptibles de recevoir une réponse fondée en droit » (Sahara occidental, avis consultatif, CIJ Recueil 1975, p. 18, par. 15.). Sin embargo, es la primera vez que se plantea una cuestión en esos términos.

⁵ Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 244 y siguientes, par. 37 y siguientes; Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 181 y siguientes, par. 86 y siguientes.

⁶ La CIJ lleva a cabo el análisis del «alcance y sentido de la cuestión planteada» a partir del párrafo 49 y hasta el párrafo 56 de su opinión consultiva. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=21&case=141&code=kos&p3=4>, pp.19-21.

⁷ *Ibid.*, p. 21, par. 56.

⁸ *Ibid.*

puede existir una situación donde un acto como la declaración bajo análisis no represente una violación de una norma internacional ni tampoco el ejercicio de un derecho otorgado por dicho ordenamiento⁹.

Dicha interpretación es, por lo menos, acotada, principalmente por dos razones¹⁰. En primer lugar, la misma implica el desconocimiento de la relación existente entre las diferentes normas primarias que conforman el ordenamiento jurídico internacional y la ignorancia de la posible existencia de normas secundarias mediante las cuales se podría llegar a analizar la validez de un acto jurídico internacional (1). En segundo lugar, la interpretación llevada a cabo por la Corte implicaría reconocer, de manera indirecta, la aplicación del principio llamado "Lotus" a un comportamiento no estatal (2). Dos preguntas podrían formularse, a su vez, con relación a esta última cuestión: si el principio "Lotus" realmente existe en el derecho internacional y si el mismo puede ser aplicado a un acto llevado a cabo por una persona jurídica diferente a un Estado.

1) El orden jurídico internacional: un sistema complejo

El derecho internacional se encuentra actualmente conformado por una variedad importante de reglas jurídicas, tanto primarias como secundarias¹¹. En efecto, junto al conjunto de normas que dieron origen

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Para un análisis de la interpretación llevada a cabo por la mayoría de la CIJ de la cuestión planteada por la AG, se recomienda la lectura de los siguientes documentos: Dissenting Opinion of Judge KOROMA (Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, op. cit. [nota 6]), p. 1, par. 3; Declaration of Judge SIMMA (*ibid.*), pp. 1-3, pars. 1-10; Opinion disidente de M. le Juge BENNOUNA, (*ibid.*), pp. 5-7, pars. 27-35; Separate opinion of Judge YUSUF (*ibid.*), p. 2, pars. 4-6; CHRISTAKIS, THEODORE, «The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?», op. cit. (nota 2), pp. 78-80; KOHEN, MARCELO G. and DEL MAR, KATHERINE, «The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of «Independence from International Law»?», ob. cit. (nota 2), pp. 111-114; PETERS, ANNE, «Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?», ob. cit. (nota 2), pp. 95-108.

¹¹ Para el presente análisis, hemos tomado como punto de partida la clasificación de reglas jurídicas llevada a cabo por H. L. A. HART. De acuerdo con dicho autor, un sistema jurídico se encuentra habitualmente compuesto por dos tipos de reglas: «[...] Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private. Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type provide for operations which lead not

al derecho internacional y que establecieron ciertas obligaciones para los Estados (*primary rules*), se encuentran aquellas otras que poseen como principal objetivo regular las reglas primeras (*secondary rules*)¹². De esta manera, mediante las reglas secundarias, se logra el reconocimiento de las primeras (*rules of recognition*)¹³, su modificación (*rules of change*)¹⁴ o la identificación de los procedimientos a tener en cuenta para su efectiva aplicación (*rules of adjudication*)¹⁵. El artículo 38 del Estatuto de la CIJ, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (CVDT) y el derecho consuetudinario concerniente a la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, son algunos de los ejemplos habitualmente citados para hacer referencia a las normas secundarias en el derecho internacional¹⁶.

Frente a dicho panorama, la afirmación según la cual la determinación de la conformidad con el derecho internacional de un acto jurídico, como la DUI en cuestión, implicaría sólo verificar la existencia de una norma prohibitiva y, por consiguiente, la falta de necesidad de constatar el otorgamiento de un derecho a la secesión, resulta incompleta principalmente por dos motivos. En primer lugar, porque frente a la exigencia de determinar dicha conformidad, la CIJ debería cotejar si una norma prohibitiva existe y, en caso afirmativo, si se encuentra vigente una excepción a la misma a través de otra regla que conceda un derecho. En efecto, habitualmente, las disposiciones que poseen como principal objetivo el otorgamiento de un derecho o facultad restringen el ámbito de validez material de aquellas que establecen una obligación general de hacer o de no hacer¹⁷. Así, por ejemplo, el derecho de paso inocente, reconocido por el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar de 1982 (CNUDM), actúa como una excepción a la obligación de

merely to physical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations.» HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Law Series, 1988, pp. 78-79. Con relación a la aplicación de dicha clasificación al derecho internacional: ABI-SAAB, GEORGE, «Cours général de droit international public», *RCADI*, vol. 207 (1987), pp. 114-118; DUPUY, PIERRE-MARIE, «L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public (2000)», *RCADI*, vol. 297 (2002), pp. 74-77.

¹² HART, H. L. A., *ibid.*, pp. 91-95.

¹³ *Ibid.*, pp. 92-93.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 93-94.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 94-95.

¹⁶ ABI-SAAB, GEORGE, *Cours général de droit international public*, ob. cit. (nota 11), pp. 114-118; DUPUY, PIERRE-MARIE, «L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public (2000)», ob. cit. (nota 11), pp. 74-77.

¹⁷ BOBBIO, NORBERTO. *Essais de Théorie du Droit* (recueil de textes) – traduit par Michel Guéret avec la collaboration de Christophe Agostini, France: Bruylant L.G.D.J., 1998, pp. 124-125.

respetar las competencias soberanas sobre el mar territorial, reconocidas al Estado ribereño¹⁸. El mismo razonamiento podría ser aplicado a la relación existente entre el artículo 51 de la Carta de la Naciones Unidas, mediante el cual se reconoce el derecho inmanente de legítima defensa, y la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza armada codificada a través del artículo 2.4 del mismo instrumento. En la OC bajo análisis, si se hubiese determinado que, como resultado de la DUI, las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo hubieran violado las obligaciones que emanan de la Resolución 1244 (1999) del CS o el principio de integridad territorial, la Corte hubiese tenido que verificar si dicha administración era titular del derecho a la libre determinación de los pueblos, derecho habitualmente invocado como excepción al principio precedentemente mencionado.

En segundo lugar, la interpretación llevada a cabo por la Corte con relación al contenido de la pregunta planteada por la AG resulta incompleta porque implica dejar de lado, de forma indirecta, el análisis de la conformidad de un acto unilateral con relación a las normas secundarias existentes en el derecho internacional¹⁹. Varias son las circunstancias en las que el intérprete se ve frente a la necesidad de verificar la validez de un acto jurídico sobre la base de lo establecido por el derecho convencional o consuetudinario. Así, a título de ejemplo, la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado podría impugnarse si el Estado correspondiente no hubiese respetado de manera manifiesta reglas de importancia fundamental establecidas en su Constitución para la celebración de convenios internacionales²⁰ o si la manifestación de dicho consentimiento hubiese sido dado por un órgano que no poseyera, al momento de su expresión, los poderes suficientes para hacerlo²¹. En las

¹⁸ Según el artículo 2 de la CNUDM de 1982 «1. La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial. 2. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar. 3. La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional.»

¹⁹ KOHEN, MARCELO G. and DEL MAR, KATHERINE, «The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of «Independence from International Law?»», *ob. cit.* (nota 2), pp. 111-114.

²⁰ Artículo 46 de la CVDT de 1969 «1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.»

²¹ Artículo 47 de la CVDT de 1969 «Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado

circunstancias *sub examine*, la declaración de independencia fue promulgada en un momento en el que se encontraba vigente una serie de normas que actuaban como marco jurídico y cuyo fundamento estaba dado por la Resolución 1244 (1999) del CS. Por consiguiente, la determinación de la conformidad con el derecho internacional de dicha declaración implicaba, a su vez, la verificación de su validez con relación a las normas de procedimiento expresamente establecidas para regular el funcionamiento y la toma de decisiones de las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo.

2) El principio “Lotus”: una noción incorrectamente aplicada

A los efectos del presente análisis, dos conclusiones pueden ser deducidas del razonamiento seguido por la CIJ en el párrafo 56 de su OC del 22 de julio de 2010²². En primer lugar, la determinación de la conformidad con el derecho internacional de un acto, hecho o situación jurídica en particular implicaría simplemente la identificación de una norma prohibitiva. En segundo lugar, si dicha norma prohibitiva no existiera, el acto, hecho o situación en cuestión no violaría el ordenamiento jurídico internacional y, por consiguiente, debería ser considerado como conforme con el mismo. Ello no sólo implica, como ya lo hemos visto en el título precedente, el dejar de lado el análisis de la relación existente entre las normas primarias, tanto prohibitivas como permisivas, y la interpretación

determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores.»

²² «56. [...] the General Assembly has asked whether the declaration of independence was «in accordance with» international law. The answer to that question turns on whether or not the applicable international law prohibited the declaration of independence. If the Court concludes that it did, then it must answer the question put by saying that the declaration of independence was not in accordance with international law. It follows that the task which the Court is called upon to perform is to determine whether or not the declaration of independence was adopted in violation of international law. The Court is not required by the question it has been asked to take a position on whether international law conferred a positive entitlement on Kosovo unilaterally to declare its independence or, *a fortiori*, on whether international law generally confers an entitlement on entities situated within a State unilaterally to break away from it. Indeed, it is entirely possible for a particular act - such as a unilateral declaration of independence - not to be in violation of international law without necessarily constituting the exercise of a right conferred by it. The Court has been asked for an opinion on the first point, not the second.» Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 21, par. 56.

de ciertas normas secundarias concernientes a la validez de los actos jurídicos internacionales, sino también supone la aplicación, en forma indirecta, de una supuesta presunción según la cual todo lo que no estuviera expresamente prohibido para un Estado en el derecho internacional, se encontraría permitido²³. Presunción habitualmente reconocida en dicho ordenamiento gracias a lo estipulado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en su célebre sentencia del 7 de septiembre de 1927, correspondiente al caso *Lotus*²⁴.

²³ Dicha presunción es habitualmente deducida de la parte final del siguiente párrafo: «Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas.» Affaire du «Lotus», arrêt N° 9, 1927, C.P.J.I., Série A, N° 10, p. 18. Según el Juez NYHOM «Le raisonnement de l'arrêt paraît être qu'à défaut d'une règle du droit positif les rapports entre les États dans la matière en litige sont régis par une liberté absolue» (Opinion dissidente de M. Nyholm, *ibid.*, p. 60).

²⁴ El caso *Lotus*, una controversia entre Francia y Turquía, surge como resultado del arresto, juzgamiento por parte de los tribunales turcos y posterior condenación del capitán Demons, de nacionalidad francesa, a sesenta días de prisión y al pago de una multa de veintidós libras, por los hechos ocurridos el 2 de agosto de 1926. En dicha ocasión, como consecuencia de la colisión que tuvo lugar entre los navíos *Lotus*, de pabellón francés, y *Boz-Kourt*, de pabellón turco, fallecen ocho individuos de nacionalidad turca. Dos datos relacionados con los hechos del caso resultan de suma importancia remarcar: la colisión entre ambas embarcaciones tuvo lugar en alta mar y las ocho víctimas se encontraban en el navío *Boz-Kourt* al momento de su fallecimiento (Affaire du «Lotus», arrêt N° 9, 1927, C.P.J.I., Série A, N° 10, p. 10). Frente al comportamiento llevado a cabo por el gobierno y los tribunales turcos, y *a posteriori* de varias protestas presentadas por Francia, ambos gobiernos acuerdan, el 6 de septiembre de 1926, someter la controversia ante la CPJI (*ibid.*, p. 12). De acuerdo con el compromiso firmado por ambos gobiernos, dicho tribunal debía responder las siguientes dos preguntas: «1) La Turquie a-t-elle, contrairement à l'article 15 de la Convention de Lausanne du 24 juillet 1923 relative à l'établissement et à la compétence judiciaire, agi en contradiction des principes du droit international -et si oui, de quels principes- en exerçant, à la suite de la collision survenue le 2 août 1926 en haute mer entre le vapeur français *Lotus* et le vapeur turc *Boz-Kourt* et lors de l'arrivée du navire français à Stamboul, en même temps que contre le capitaine du vapeur turc, des poursuites pénales connexes en vertu de la législation turque, contre le sieur Demons, officier de quart à bord du *Lotus* au moment de la collision, en raison de la perte du *Boz-Kourt* ayant entraîné la mort de huit marins et passagers turcs? 2) En cas de réponse affirmative, quelle réparation pécuniaire, s'il doit en résulter une selon les principes du droit international dans des cas semblables, serait due en faveur du sieur Demons?» (*ibid.*, p. 5). En las presentaciones escritas y orales realizadas por cada una de las partes en la controversia, dos posiciones quedaron claramente identificadas con relación a la respuesta que la CPJI debería dar a la primera pregunta. La delegación francesa, por su parte, afirmaba que para que el comportamiento del Gobierno turco pudiera

Con posterioridad a la sentencia de la CPJI, el reconocimiento del principio "Lotus" ha sido fuertemente criticado por algunos autores²⁵. Ello se debió principalmente a su contradicción con la teoría de las competencias del Estado, ampliamente analizada por la doctrina francesa²⁶. A partir de la constitución de la ONU, las críticas a dicho principio comienzan a basarse en otro tipo de argumentos. El desarrollo de un derecho contemporáneo caracterizado fundamentalmente por tener como principal objetivo el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales²⁷ y la realización de la cooperación internacional²⁸, la ampliación importante de su ámbitos de validez material y personal, y el reconocimiento de un orden público internacional²⁹, nos lleva a cuestionar la necesidad de adoptar una posición extremadamente positivista³⁰ y considerablemente simplista frente a la necesidad de determinar la legalidad de un acto, hecho o situación jurídica que no ha sido expresamente regulado por el orden jurídico internacional³¹. En efecto,

ser considerado conforme a los principios del derecho internacional, el mismo debería probar la existencia de una norma que le otorgue el derecho a ejercer la jurisdicción penal sobre los hechos ocurridos el 2 de agosto de 1926. En caso de no ser así, la República de Turquía no habría actuado conforme a los principios del derecho internacional y, por consiguiente, habría incurrido en un comportamiento ilícito. Por el contrario, según la posición de la delegación turca, el derecho internacional no establecía norma prohibitiva alguna que le impidiera ejercer su jurisdicción penal en el caso bajo análisis y, como resultado de ello, su comportamiento debía ser considerado por la CPJI como conforme a los principios del derecho internacional (*ibíd.*, p. 18). En base a dichos argumentos, la CPJI dictó una sentencia cuyo contenido favoreció la posición adoptada por la República de Turquía. En efecto, como resultado de una mayoría establecida gracias al voto preponderante de su Presidente, la Corte concluyó que dicho Estado no había violado los principios del derecho internacional, según lo estipulado en el artículo 15 de la Convención de Lausanne del 24 de julio de 1923, como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción penal sobre un ciudadano francés, por los hechos acaecidos el 2 de agosto de 1926 (*ibíd.*, p. 32).

²⁵ BASDEVANT, JULES, «Règles générales du droit de la paix», *RCADI*, vol. 58 (1936), pp. 593-608; BOURQUIN, MAURICE, «Règles générales du droit de la paix», *RCADI*, vol. 35 (1931), pp. 101-107; CASTBERG, FREDE, «La méthodologie du droit international public», *RCADI*, vol. 43 (1933), pp. 349-351; ROUSSEAU, CHARLES, «L'indépendance de l'État dans l'ordre international», *RCADI*, vol. 73 (1948), pp. 201-212.

²⁶ ROUSSEAU, CHARLES, «L'aménagement des compétences en droit international», *RGDIP*, 1930, pp. 420-460.

²⁷ Artículo 1, párrafo 1, de la Carta de la ONU.

²⁸ Artículo 1, párrafo 3, de la Carta de la ONU.

²⁹ Artículo 53 de la CVDT de 1969.

³⁰ SIMMA, Bruno & PAULUS, Andreas L., «The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View», *AJIL* (93), 1999, p. 304.

³¹ Según el Juez SIMMA, «in paragraph 56 the Advisory Opinion interprets

la concepción del derecho internacional como un *sistema jurídico* implica, indirectamente, el reconocimiento de un conjunto de normas jurídicas, tanto generales como particulares, relacionadas entre sí³². Por consiguiente, frente a la ausencia de una norma particular que regule la situación bajo análisis, las normas generales que justifican la existencia del sistema jurídico internacional cumplen una función fundamental para determinar su legalidad³³.

Dos OC podrían ser propuestas como ejemplo para justificar dichos argumentos. Las concernientes a la *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares* y a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado*, ambas dictadas por la CIJ el 8 de julio de 1996 y el 9 de julio de 2004 respectivamente. En el primer caso, la necesidad por parte de la CIJ de dejar de lado el principio *Lotus* se manifiesta con mayor claridad³⁴. A pesar de los argumentos presentados

the General Assembly's request to ask only for an assessment of whether the Kosovar declaration of independence was adopted in violation of international law [...] I find this approach disquieting in the light of the Court's general conclusion, in paragraph 3 of the operative clause (Advisory Opinion, paragraph 123), that the declaration of independence «did not violate international law». The underlying rationale of the Court's approach reflects an old, tired view of international law, which takes the adage, famously expressed in the «Lotus» Judgment, according to which restrictions on the independence of States cannot be presumed because of the consensual nature of the international legal order («Lotus», Judgment No. 9, 1927, PCIJ, Series A, No. 10, p. 18). As the Permanent Court did in that case (*ibid.*, pp. 19-21), the Court has concluded in the present Opinion that, in relation to a specific act, it is not necessary to demonstrate a permissive rule so long as there is no prohibition. [...] in a contemporary international legal order which is strongly influenced by ideas of public law, the Court's reasoning on this point is obsolete. By way of explanation, I wish to address two points in the present declaration. First, by unduly limiting the scope of its analysis, the Court has not answered the question put before it in a satisfactory manner. To do so would require a fuller treatment of both prohibitive and permissive rules of international law as regards declarations of independence and attempted acts of secession than what was essayed in the Court's Opinion. Secondly, by upholding the Lotus principle, the Court fails to seize a chance to move beyond this anachronistic, extremely consensualist vision of international law. The Court could have considered the scope of the question from an approach which does not, in a formalistic fashion, equate the absence of a prohibition with the existence of a permissive rule; it could also have considered the possibility that international law can be neutral or deliberately silent on the international lawfulness of certain acts. Declaration of Judge SIMMA, (Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. [nota 6]), p. 1.

³² KOHEN, Marcelo G., «L'avis consultatif de la CIJ sur la Licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires et la fonction judiciaire», EJIL (1997), pp. 344-345.

³³ *Ibid.*

³⁴ HANDEYSIDE, HUGH, «The Lotus Principle in ICJ jurisprudence: was the ship ever afloat?», Mich. J. Int'l L., 71 (2007-2008), pp. 86-93.

por los Estados que participaron en el procedimiento consultivo a favor de la aplicación del principio de libertad³⁵, se decidió llevar a cabo el análisis de ciertas normas de carácter general concernientes, entre otras, a la protección del medio ambiente³⁶, los conflictos armados (*jus in bello*)³⁷, la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza armada (*jus ad bellum*)³⁸ y al derecho a la legítima defensa³⁹. De esta manera, y a pesar de la ausencia de una norma que expresamente prohibiera la amenaza o el uso de armas nucleares, la CIJ llegó, en forma unánime, a las siguientes conclusiones: la inexistencia de un derecho que autorice la amenaza o el uso de armas nucleares⁴⁰, la ilicitud de dicho comportamiento cuando el mismo contradiga lo establecido en el artículo 2.4 de la Carta de la ONU⁴¹ y en el derecho internacional humanitario⁴² y, finalmente, la existencia de la obligación de continuar de buena fe las negociaciones concernientes al desarme nuclear⁴³.

En el segundo caso, la metodología utilizada por la Corte no difiere de manera sustancial con aquélla aplicada en el ejemplo precedente. Frente a la necesidad de determinar las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en territorio palestino ocupado, la CIJ consagró una parte importante de su OC a la identificación e interpretación de las normas aplicables⁴⁴. De esta manera, se detuvo en el análisis del artículo 2.4 de la Carta⁴⁵, el derecho internacional humanitario de la Haya y de Ginebra⁴⁶, y en el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁷, para concluir, entre otras cosas, que el comportamiento llevado a cabo por el gobierno de Israel había implicado la comisión de un hecho internacionalmente ilícito⁴⁸.

Sin embargo, si por lo afirmado hasta el momento, el principio de libertad resulta un argumento difícilmente sostenible para defender la legalidad internacional de un comportamiento llevado a cabo por un

³⁵ Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 238, par. 21.

³⁶ *Ibid.*, pp. 241-242, pars. 27-30.

³⁷ *Ibid.*, pp. 256-260, pars. 74-87.

³⁸ *Ibid.*, p.244, pars. 37-39.

³⁹ *Ibid.*, pp. 244-245, pars. 40-44.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 266, par. 2) A.

⁴¹ *Ibid.*, p. 266, par. 2) C.

⁴² *Ibid.*, p. 266, par. 2) D.

⁴³ *Ibid.*, p. 266, par. 2) F.

⁴⁴ Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, pp. 171-181, pars. 86-113.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 171-172, pars. 87-88.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 172-177, pars. 89-101.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 177-181, pars. 102-113.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 195, par. 142.

Estado, resta entender si el mismo puede ser aplicado a la DUI, un acto jurídico por excelencia adoptado por una entidad creada con el objeto de administrar el territorio de Kosovo de manera provisoria, de acuerdo con lo establecido por la Resolución 1244 (1999) del CS. Frente a dicho desafío, a los argumentos desarrollados en los párrafos precedentes se deben agregar las características particulares del sujeto en cuestión. Se trata de una entidad cuyas competencias fueron expresamente determinadas por la Resolución anteriormente mencionada y por los instrumentos adoptados en consecuencia, es decir, el marco constitucional de la MINUK. Ante dichas características, el principio de especialidad cobra una particular importancia y, por consiguiente, todo lo que no estuviera expresamente o implícitamente permitido, se encontraría prohibido. De esta manera, el comportamiento llevado a cabo por una entidad diferente al Estado deberá ser evaluado basándose en las competencias expresa e implícitamente reconocidas por su instrumento constitutivo. En efecto, como bien lo ha manifestado la CIJ en su OC concerniente a la *Reparación de los daños ocasionados al servicio de las Naciones Unidas*, con respecto a la ONU: “Alors qu’un État possède, dans leur totalité, les droits et devoirs internationaux reconnus par le droit international, les droits et devoirs d’une entité telle que l’Organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique”⁴⁹.

B. La identificación de los autores de la declaración unilateral de independencia

Al analizar el sentido y alcance de la pregunta formulada por la AG, la CIJ consideró oportuno detenerse a examinar una segunda cuestión: si la DUI había sido adoptada efectivamente por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo o si la misma, por el contrario, había sido emitida por una entidad diferente⁵⁰. Tres razones fueron esbozadas por la Corte para justificar dicha observación. En primer lugar, algunos de los Estados participantes en el procedimiento consultivo habían puesto en duda, a través de sus presentaciones escritas y orales, la identidad de los autores de la declaración⁵¹. En segundo lugar, gracias a un análisis de la evolución histórica del título de la Resolución 63/3, se concluye que la

⁴⁹ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif: C.I.J. Recueil 1949, p. 180.

⁵⁰ En efecto, la Corte consideró que el análisis de la identificación de los autores de la declaración de independencia podría llegar a tener una incidencia en la respuesta propuesta por la AG. *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 20, par. 52.

⁵¹ *Ibid.*, p. 20, par. 52.

AG no tuvo como objetivo restringir o limitar la posibilidad de que la Corte estudie el presente punto⁵². Por último, e independientemente de las dos razones mencionadas con anterioridad, la Corte recordó que la misma debe contar con plena libertad para examinar todos los elementos pertinentes y disponibles para emitir su OC. Para ello, hizo mención a lo afirmado en su OC de 1962, concerniente a “*Ciertos gastos de las Naciones Unidas (artículo 17, párrafo 2, de la Carta)*”⁵³.

Frente a dicho razonamiento, varias observaciones podrían ser formuladas. Con relación al primer argumento, la Corte hubiera podido preguntarse por qué los Estados Miembros que pusieron en duda la identidad de la entidad autora de la declaración recién en sus presentaciones realizadas ante la CIJ⁵⁴, no lo hicieron previamente, en la sesión de la AG durante la cual se discutió la solicitud de opinión consultiva⁵⁵. ¿No podría, acaso, haber llegado a la conclusión que por el hecho de no haberse discutido y, por el contrario, haberse finalmente aprobado el contenido de la cuestión propuesta por la República de Serbia durante dicha sesión, los Miembros de la ONU habrían reconocido, de manera implícita, que la declaración de independencia bajo análisis había sido adoptada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo? Por otra parte, y con respecto al segundo argumento utilizado, resulta cuestionable el hecho de que la Corte haya encontrado la necesidad de tener en cuenta la evolución histórica de la denominación de la Resolución para poner en duda el contenido de la pregunta adoptada por la AG cuando, con anterioridad, había especificado que, en el presente caso, la misma había sido formulada de manera clara⁵⁶. ¿Acaso, ante la necesidad de interpretar una Resolución de la AG que posee como principal objetivo solicitar una OC, la CIJ no debería haber tenido en cuenta y aplicado los

⁵² *Ibid.*, p. 20, par. 53.

⁵³ *Ibid.*, p. 20, par. 54. Efectivamente, en dicha oportunidad la Corte se expresó de la siguiente manera: «It is not to be assumed that the General Assembly would (...) seek to fetter or hamper the Court in the discharge of its judicial functions; the Court must have full liberty to consider all relevant data available to it in forming an opinion on a question posed to it for an advisory opinion.» (Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962, p. 157.)»

⁵⁴ Exposición escrita (EE) Autores de la DUI, par. 6.01 y siguientes; EE Albania, par. 40 y par. 103-105; EE Austria, par. 16; EE Estonia, p. 3; EE Finlandia, par. 17-18; EE Alemania, p. 25; EE Países Bajos, par. 3.3-3.4; EE Noruega, par. 13-17; EE Polonia, par. 3.40-3.41; EE Reino Unido, par. 1.12-1.13; EE Estados Unidos, p. 32-33.

⁵⁵ KOHEN, MARCELO G. and DEL MAR, KATHERINE, «The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of «Independence from International Law?»», ob. cit. (nota 2), p. 117.

⁵⁶ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 19, par. 51.

principios de interpretación codificados a través de los arts. 31 y 32 de la CVDT y, por consiguiente, concluir que por el hecho de que la pregunta formulada por la AG era clara, no había necesidad alguna de recurrir a otros elementos para su interpretación y posterior reformulación?

Varias de las observaciones precedentemente realizadas fueron expuestas por algunos Estados que participaron en el procedimiento consultivo ante la CIJ⁵⁷. No obstante, esta última decidió no tenerlas en cuenta y, por el contrario, determinó que la declaración de independencia había sido adoptada por alguien diferente a las instituciones de autogobierno de Kosovo constituidas basándose en la Resolución 1244 (1999) del CS⁵⁸. Para llegar a dicha conclusión, se tuvieron en cuenta los siguientes elementos: en primer lugar, el texto de la declaración y ciertas circunstancias particulares que rodearon su adopción (1) y, por último, la reacción (o no reacción) frente a la misma del Representante Especial del Secretario General de la ONU (2)⁵⁹.

1) El texto y las circunstancias de la declaración unilateral de independencia

Los primeros argumentos tenidos en cuenta por la CIJ para justificar su posición con relación a la identificación de los autores de la DUI fueron principalmente tres. En primer lugar, analizó los hechos que precedieron a la DUI y el contexto existente al momento de su adopción⁶⁰. En ese sentido, la Corte consideró relevante para la interpretación de la declaración lo ocurrido durante el “proceso de determinación de la situación final” de Kosovo (*final status process / processus de détermination du statut final*)⁶¹, como si el hecho de que las negociaciones no hubiesen derivado en un acuerdo entre las Partes (la República de Serbia y las instituciones de autogobierno de Kosovo) fuera un argumento jurídico válido para justificar el acto unilateral que la DUI representa. Sin embargo, la Corte no desarrolla este punto. Simplemente se ocupó de explicar el contenido de la Resolución 1244 (1999) del CS⁶².

⁵⁷ Ver, en otras, las observaciones escritas presentadas por la República de Serbia y la República Argentina.

⁵⁸ En efecto, según la CIJ: «The Court thus arrives at the conclusion that, taking all factors together, the authors of the declaration of independence of 17 February 2008 did not act as one of the Provisional Institutions of Self-Government within the Constitutional Framework, but rather as persons who acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo outside the framework of the interim administration.» Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 39, par. 109.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 36-39, pars. 102-109.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 37, par. 104.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

En segundo lugar, la Corte se dedicó a analizar el texto de la DUI. La circunstancia de que en la misma se destacara el fracaso de las negociaciones entre las partes involucradas en la controversia⁶³ y la intención de encontrar una solución definitiva a la situación de Kosovo, a los efectos de que sus habitantes pudieran llegar a tener una visión clara de su futuro⁶⁴, resultaron puntos de suma importancia para que la CIJ llegara a la conclusión de que los autores deseaban actuar fuera del marco institucional establecido a partir de la Resolución 1244 (1999) del CS⁶⁵. Dichas afirmaciones fueron confirmadas a través de otros indicios del texto de la DUI: la intención de asumir las obligaciones internacionales de Kosovo⁶⁶, la omisión de la mención de la Asamblea de Kosovo en la versión albanesa de la declaración⁶⁷ y, finalmente, la utilización de expresiones diferentes a aquéllas habitualmente empleadas por dicho órgano⁶⁸.

Como tercer y último argumento⁶⁹, la Corte tuvo en cuenta ciertos aspectos relacionados con el procedimiento seguido para la adopción de la DUI. En efecto, el hecho de que durante la sesión correspondiente hayan participado funcionarios, como, por ejemplo, el Presidente de Kosovo, que no eran miembros de la Asamblea de Kosovo⁷⁰, y que la DUI no haya sido transmitida al Representante Especial del Secretario General para su publicación en el Diario Oficial⁷¹, también resultaron ser elementos relevantes para determinar que la DUI había sido adoptada por un ente diferente a las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo, creadas con base en la Resolución 1244 (1999) del CS.

Frente a dichos argumentos y al razonamiento seguido por la CIJ, cabe preguntarse cuál es la cuestión jurídica en juego y cuáles son las herramientas o reglas provistas por el derecho internacional para identificar sus efectos jurídicos. Con relación al primer interrogante, se intenta simplemente identificar el ente o persona jurídica responsable de la adopción de la DUI para determinar, como resultado de ello, las consecuencias jurídicas de dicho acto, en base a lo estipulado por el sistema jurídico internacional. Se trata, en definitiva, de una cuestión de *atribución*

⁶³ *Ibid.*, p. 37, par. 105.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, p. 28, par. 106.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 28, par. 107.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ El argumento concerniente al silencio del Representante Especial del Secretario General será analizado en el siguiente título.

⁷⁰ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 28, par. 107.

⁷¹ *Ibid.*

de un comportamiento a un sujeto de derecho. Ahora bien, esta primera afirmación lleva necesariamente a la respuesta correspondiente al segundo interrogante. En efecto, si el problema consiste en asignar un comportamiento a un ente en particular, las normas del derecho internacional concernientes a la atribución del mismo resultan de una importancia fundamental. Principalmente, aquéllas que regulan la situación en la que el sujeto en cuestión lleva a cabo un comportamiento que, en principio, excede las competencias otorgadas por dicho ordenamiento.

En la actualidad, las normas secundarias del derecho internacional que mejor analizan la cuestión concerniente a la atribución de un comportamiento a un sujeto de derecho, son las relacionadas con la responsabilidad del mismo como resultado de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Hasta el momento, dos proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) relativos a dicha materia, se encuentran actualmente disponibles. La diferencia entre ambos proyectos reside principalmente en el sujeto *sub examine*. En el primer caso, se han llegado a codificar las normas relacionadas con la responsabilidad del Estado por la comisión de un acto ilícito internacional⁷². En el segundo caso, en cambio, los sujetos en cuestión son las organizaciones internacionales⁷³. A los efectos de analizar el razonamiento seguido por la CIJ, de las disposiciones de ambos instrumentos concernientes a la atribución de un comportamiento, dos principios pueden ser retenidos. En primer lugar, el comportamiento será atribuido al sujeto en cuestión (Estado u organización internacional) si el primero es llevado a cabo por uno de sus órganos⁷⁴. A su vez, serán considerados como “órganos” aquellos funcionarios que hayan sido identificados como tales por el ordenamiento jurídico interno de dicho sujeto. En segundo lugar, los actos u omisiones llevados a cabo por un órgano, que impliquen un exceso de las competencias expresamente otorgadas por el ordenamiento jurídico interno del Estado o por el instrumento constitutivo de la organiza-

⁷² Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, pp. 31-143.

⁷³ Draft articles on the Responsibility of International Organizations, with commentaries. Adopted by the International Law Commission at its sixty-third session, in 2011, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/66/10). Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two, pp. 2-104.

⁷⁴ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Article 4, ob. cit. (nota 72), pp. 40-42; Draft articles on the Responsibility of International Organizations, with commentaries, Article 6, *ibid.*, pp. 17-19.

ción internacional, serán atribuidos al sujeto en cuestión siempre y cuando se constate que el mismo haya actuado en calidad de tal⁷⁵.

Frente a los principios básicos precedentemente enunciados, se podría preguntar si éstos han sido tenidos en cuenta por la CIJ en su razonamiento con relación a la identificación de los autores de la DUI. La respuesta, a nuestro entender, es claramente negativa. En efecto, la Corte consideró como un elemento de suma importancia la intención manifestada de manera expresa por los autores de la DUI, aspecto no tenido en cuenta por el derecho internacional para atribuir un comportamiento a un sujeto de derecho. Por el contrario, la CIJ debería haber tratado de identificar si, al momento de la adopción de la DUI, cada uno de los signatarios de dicho instrumento se encontraba actuando en calidad de órgano de las instituciones de autogobierno de Kosovo.

2) El comportamiento del Representante Especial del Secretario General de la ONU

Otro de los argumentos empleados por la CIJ para justificar su posición con relación a la autoría de la DUI fue el concerniente al comportamiento del Representante Especial del Secretario General de la ONU (RESG)⁷⁶. Si ante previas iniciativas por parte de la Asamblea de Kosovo tendientes a obtener la independencia, dicho Representante había determinado de manera expresa la incompatibilidad del mencionado proceder con respecto al marco constitucional correspondiente, su supuesto silencio con relación a la DUI del 17 de febrero de 2008 podría llegar a reflejar una interpretación de la declaración bastante particular⁷⁷. Según lo afirmado por la CIJ, la falta de reacción por parte del RESG implicaría considerar a la DUI como un acto llevado a cabo por una entidad diferente a las instituciones de autogobierno de Kosovo tendiente a producir sus efectos fuera del régimen jurídico concerniente a la administración provisoria⁷⁸.

Si bien, por las características del sistema jurídico internacional, la inexistencia de una manifestación expresa por parte de un sujeto de derecho frente a un acto o hecho que pueda llegar a afectar sus derechos subjetivos, debería ser tenida en cuenta por el intérprete para determinar

⁷⁵ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Article 7, *ibid.* (nota 72), pp. 47-49; Draft articles on the Responsibility of International Organizations, with commentaries, Article 8, *ibid.*, pp. 26-29.

⁷⁶ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), pp. 38-39, pars. 108-109.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 38-39, par. 108.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 39, par. 108.

si hubo o no una modificación en la situación jurídica correspondiente, la conducta seguida con posterioridad a la DUI por los principales órganos a cargo de la supervisión de la administración del territorio kosovar, el Secretario General de la ONU (SG) y el RESG, no se caracterizó por la inacción. En la reunión del CS desarrollada el 18 de febrero de 2008, un día después de haberse aprobado dicha declaración, el SG se manifestó de la siguiente manera: “Yesterday, my Special Representative for Kosovo informed me that *the Assembly of Kosovo’s Provisional Institutions of Self-Government* held a session during which it adopted a declaration of independence, which declares Kosovo an independent and sovereign State”⁷⁹. De ello se deduce que tanto para el propio SG como para el RGSG, la DUI había sido adoptada por los órganos encargados de administrar el territorio Kosovar basándose en lo dispuesto por la Resolución 1244 (1999) del CS y las normas internacionales dictadas en consecuencia. Dicha afirmación fue repetida por el SG en su informe correspondiente a la MINUK, presentado ante el CS el 28 de marzo de 2008⁸⁰. Sin embargo, si la primera afirmación llevada a cabo por el SG fue ignorada por la CIJ, la segunda fue considerada como un mero informe periódico consagrado a las actividades de la MINUK, cuyo objetivo era simplemente tener al CS informado de la evolución de la situación en Kosovo y no adoptar una posición jurídica con respecto a la autoría de la DUI⁸¹.

II. La interpretación y aplicación del derecho internacional

La determinación del alcance de la cuestión planteada por la AG de manera restrictiva y la identificación de una entidad diferente a las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo como autora de la DUI repercutieron considerablemente sobre la interpretación y posterior aplicación del derecho internacional correspondiente. Para el análisis de dichas consecuencias, trataremos en primer lugar el razonamiento seguido por la CIJ con relación a la Resolución 1244 (1999) del CS (*lex specialis*) (A) para, con posterioridad, estudiar la apreciación del principio de integridad territorial (*lex generalis*) (B).

⁷⁹ S/PV.5839, United Nations, Security Council, sixty-third year, 5839th meeting, Monday, 18 February 2008, 3 p.m., New York, p. 2 (cursivas agregadas por el autor).

⁸⁰ «On 17 February, the Assembly of Kosovo held a session during which it adopted a «declaration of independence», declaring Kosovo an independent and sovereign State», S/2008/211 of 28 March 2008, Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, par. 3.

⁸¹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 39, par. 108.

A. La aplicación de la *lex specialis*: la Resolución 1244 (1999) del CS

A partir de la segunda sección de la Parte IV de la OC, correspondiente al examen de la conformidad de la DUI con el derecho internacional⁸², la Corte inicia su análisis de la *lex specialis*, es decir, de la Resolución 1244 (1999) del CS y del marco constitucional de la MINUK adoptado de conformidad con lo establecido en dicha Resolución, poniendo de relieve tres puntos de particular importancia. En primer lugar, se destaca que la Resolución 1244 (1999) del CS contiene una serie de disposiciones obligatorias para los Estados Miembros de la ONU⁸³. En efecto, la misma había sido adoptada de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta de la ONU y sobre la base de lo estipulado por los artículos 24 y 25 del mismo instrumento y, por consiguiente, podría representar un documento obligatorio para sus destinatarios⁸⁴. En segundo lugar, determina que los reglamentos adoptados en nombre de la MINUK por el Representante Especial del Secretario General, entre ellos el que establece el marco constitucional correspondiente, son parte del derecho internacional⁸⁵. Para ello, la Corte se basa en el fundamento de validez de dichos reglamentos: la Resolución 1244 (1999), un acto jurídico *internacional* por excelencia⁸⁶. Por último, la Corte señala que la Resolución 1244 (1999) del CS y el marco constitucional correspondiente se encontraban vigentes al momento de adoptarse la DUI⁸⁷. Ello fue considerado de esa manera ya que ninguno de los instrumentos mencionados poseía una cláusula de extinción ni había sido derogado por los órganos competentes⁸⁸. Como resultado de dicho análisis, la CIJ llega a concluir que tanto la Resolución 1244 (1999) del CS como el marco constitucional promulgado en consecuencia forman parte del derecho internacional y deben ser tenidos en cuenta para dar una respuesta a la pregunta formulada por la AG⁸⁹.

Sin embargo, si la identificación del derecho aplicable a la DUI fue llevada a cabo de una manera clara y precisa, su interpretación y posterior aplicación por parte de la CIJ fue el resultado de un proceso parcial. En efecto, la Resolución 1244 (1999) del CS fue finalmente interpretada (2) sin tener en cuenta ciertos instrumentos o comportamientos previamente identificados como relevantes para dicho proceso (1).

⁸² A partir del párrafo 85 de la opinión consultiva. *Ibid.*, p. 32.

⁸³ *Ibid.*, p. 32, par. 85.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 32-33, par. 88.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 33-34, par. 91.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, p. 34, par. 93.

1) *La interpretación de las resoluciones del CS*

Para algunos autores, la identificación de los parámetros a tener en cuenta para la interpretación de las resoluciones del CS, es un punto de la OC a subrayar de manera positiva⁹⁰. En efecto, de una manera más completa a lo afirmado en otras oportunidades en la que debió analizar y aplicar dichos instrumentos⁹¹, la CIJ destinó, en esta ocasión, los párrafos 94 y 95 de la OC para hacer una descripción de las normas secundarias pertinentes⁹². En primer lugar, destacó que las reglas relativas a la interpretación de los tratados internacionales, detalladas en los artículos 31 y 32 de la CVDT de 1969, podrían ser aplicadas a las resoluciones del CS, siempre y cuando se considerasen las diferencias existentes entre ambos documentos⁹³. A diferencia de lo que ocurre con los primeros, las resoluciones son elaboradas por un órgano colegiado y en el marco de un proceso diferente al tenido en cuenta para la conclusión de un tratado⁹⁴. Las mismas son adoptadas sobre la base de un procedimiento de votación expresamente detallado en Carta de la ONU (artículo 27) y su texto refleja la posición del órgano en cuestión⁹⁵. Por otra parte, las resoluciones del CS pueden generar efectos jurídicos para todos los Estados Miembros de la Organización⁹⁶. Con base en dichas diferencias, a los fines de interpretar el contenido de una resolución del CS, la CIJ podría llegar a examinar tanto las declaraciones efectuadas por los representantes de los Estados Miembros del CS en la sesión durante la cual la misma fue adoptada, como así también otras resoluciones emitidas por el mismo órgano y referentes al mismo tema⁹⁷. A su vez, podrá evaluar la práctica ulterior

⁹⁰ KOHEN, MARCELO and DEL MAR, KATHERINE, «The Kosovo Advisory Opinion and UNSCR 1244 (1999): A Declaration of «Independence from International Law?»», ob. cit. (nota 2), p. 123.

⁹¹ En la opinión consultiva de 1971 sobre Namibia, la CIJ debió determinar los efectos jurídicos de la Resolución 276 (1970) del CS y, para ello, identificó en términos generales los elementos a tener en cuenta para su interpretación. En este sentido, se puso énfasis no sólo en el texto del instrumento, sino también en los debates que precedieron su adopción, las disposiciones de la Carta de la ONU invocadas en el documento y, en general, todos los elementos que pudiesen llegar a ayudar para precisar las consecuencias jurídicas de las resoluciones del CS. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 53, par. 114.

⁹² Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), pp. 34-35, pars. 94-95.

⁹³ *Ibid.*, p. 34, par. 94.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, p. 35, par. 94.

de los órganos pertinentes de la ONU y de los Estados sobre los cuales el contenido de la resolución en examen tenga alguna incidencia⁹⁸.

Del análisis realizado por la CIJ con relación a los parámetros a tener en cuenta para la interpretación de las resoluciones del CS, se podrían formular las siguientes dos observaciones. En primer lugar, las diferencias existentes entre dichos actos unilaterales y los tratados internacionales van a repercutir únicamente en lo que respecta a los elementos utilizados para la interpretación de los primeros, y no en la relación existente entre los diferentes medios de interpretación⁹⁹. En efecto, con relación a los instrumentos a ser considerados para identificar el sentido de las cláusulas que componen cada una de las resoluciones del CS, el intérprete podrá acceder a las declaraciones efectuadas por los representantes de los Estados Miembros del CS durante la elaboración y negociación de su contenido, a otras resoluciones pertinentes y a la práctica correspondiente de los demás órganos de la ONU y de los Estados afectados. Herramientas diferentes a aquellas expresamente identificadas en los artículos 31 y 32 de la CVDT de 1969. Sin embargo, la relación existente entre los medios de interpretación que surge de dichas disposiciones no se verá modificada. Por consiguiente, el intérprete podrá tener en cuenta los instrumentos mencionados *sólo* en aquellos casos donde se vea frente a la necesidad de aclarar los términos empleados en el documento o de confirmar la interpretación llevada a cabo con base en el análisis del texto de la Resolución¹⁰⁰.

En segundo lugar, si las reglas de interpretación codificadas a través de los artículos 31 y 32 de la CVDT de 1969 podrían llegar a ser aplicadas a las resoluciones del CS, debería tenerse en cuenta, a su vez, el principio del efecto útil¹⁰¹. Sobre la base del mismo, el intérprete debería suponer que

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Para un análisis de las diferencias existentes entre los medios de interpretación de los tratados internacionales y de las resoluciones del CS, se recomienda la lectura del siguiente artículo escrito por MICHAEL C. WOOD: «The Interpretation of Security Council Resolutions», in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht: 1998, Volume 2, pp. 73-95.

¹⁰⁰ Dicha relación fue ampliamente reconocida por la CIJ: *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies* (article 4 de la Charte), Avis consultatif du 28 mai 1948, Recueil 1947-1948, p. 63; *Affaire Ambatielos* (compétence), Arrêt du 1^{er} juillet 1952 : C.I.J. Recueil 1952, p. 45; *Différend territorial* (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 27, par. 55; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahrein*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 21; *Affaire relative à Souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan*, arrêt du 17 décembre 2002, Recueil 2002, p. 653, par. 53.

¹⁰¹ SIMON, DENYS, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle, Éditions A. Pedone, Paris: 1981, pp. 332-364; DE VISSCHER, CHARLES, *Problèmes d'interprétation*

los autores de un tratado han elaborado e incorporado una disposición en el mismo para que pueda ser finalmente aplicada. De esta manera, el proceso de interpretación tiende a la aplicación efectiva (*ut res magis valeat quam pereat*) del instrumento en cuestión. Dicho principio ha sido claramente reconocido por la CPJI¹⁰² y la CIJ¹⁰³, y según la CDI, no fue incluido en el texto de la Convención porque el mismo se encontraba implícitamente resguardado por el principio de la buena fe¹⁰⁴.

2) La aplicación de la Resolución 1244 (1999) del CS

Ahora bien, si dichas observaciones son dignas de ser enfatizadas y estudiadas, su posterior aplicación en lo que respecta a la interpretación de la Resolución 1244 (1999) del CS merece, por el contrario, ser criticada. En efecto, la CIJ arribó a la conclusión de que la DUI no violaba dicho instrumento basándose, principalmente, en los siguientes tres argumentos. En primer lugar, la Corte decidió hacer hincapié en el silencio del instrumento con relación a su ámbito de validez material, es decir, destacó el hecho de que la Resolución 1244 (1999) del CS no contuviera una disposición concerniente a la situación definitiva de Kosovo ni a las condiciones que deberían respetarse para arribar a dicha situación¹⁰⁵.

judiciaire en droit international public, Éditions A. Pedone, Paris: 1963, pp. 84-92.

¹⁰² Certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne, avis consultatif du 10 septembre 1923, CPJI Série B, N° 6, p. 25 ; Acquisition de la nationalité polonaise, avis consultatif du 15 septembre 1923, CPJI Série B, N° 7, pp. 16-17 ; Écoles minoritaires en Albanie, avis consultatif du 6 avril 1935, CPJI Série A/B, N° 64, p. 20 ; Échange des populations grecques et turques (Convention VI de Lausanne, 30 janvier 1923, article 2), avis consultatif du 21 février 1925, CPJI Série B, N° 10, p. 25 ; Compétence de l'Organisation internationale du travail pour régler accessoirement le travail personnel du patron, avis consultatif du 23 juillet 1926, Série B, N° 13, pp. 18-19.

¹⁰³ Affaire du Détroit de Corfou, Arrêt du 9 avril 1949 : C.I.J. Recueil 1949, p. 24 ; Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 23.

¹⁰⁴ «The Commission [...] took the view that, in so far as the maxim *ut res magis valeat quam pereat* reflects a true general rule of interpretation, it is embodied in article 27, paragraph 1 [actual artículo 31, párrafo 1], which requires that a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in the context of the treaty and in the light of its object and purpose. When a treaty is open to two interpretations one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects, good faith and the objects and purposes of the treaty demand that the former interpretation should be adopted», Document A/6309/Rev. 1: Reports of the International Law Commission on the second part of its seventeenth session and on its eighteenth session, in Yearbook of International Law Commission 1966, Volume II, p. 219.

¹⁰⁵ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 40, par. 114.

Para fundamentar dicho argumento, trajo a colación la Resolución 1251 del 29 de junio de 1999, concerniente a Chipre, en la que el CS detalla en forma expresa los parámetros a tenerse en cuenta para arribar a una solución final de la situación existente en dicho país¹⁰⁶. Su objetivo era poner de relieve simplemente el hecho de que si el CS, a través de la Resolución 1244 (1999), hubiese tenido la intención de regular la situación definitiva de Kosovo o de establecer las condiciones correspondientes, lo hubiese hecho de manera expresa¹⁰⁷.

Como segundo argumento, la CIJ tuvo en cuenta, una vez más, lo no afirmado por la Resolución 1244 (1999), pero en esta ocasión, con relación a su ámbito de validez personal¹⁰⁸. Según ella, dicho instrumento tenía como principal propósito imponer determinadas obligaciones y otorgar ciertas atribuciones a los Estados Miembros de la ONU y a determinados órganos de dicha Organización, como ser, el Secretario General y su Representante Especial¹⁰⁹. A su vez, destacó que cuando el CS quiso imponer ciertas obligaciones a otros actores, lo hizo de manera expresa. Así, a través de los párrafos 14 y 15 de la Resolución 1244 (1999), se estableció que “todos los interesados, incluyendo la presencia internacional de seguridad, [aportarían] su entera cooperación al Tribunal para la ex-Yugoslavia” y que “el ALK y los demás grupos armados de albaneses en Kosovo [darían término] a todas las operaciones ofensivas y [que respetarían] las exigencias en materia de desmilitarización” respectivamente¹¹⁰. De ello, la CIJ concluye una vez más que si el CS hubiese querido imponer ciertas obligaciones a otros actores, lo hubiese hecho de manera expresa. Para fundamentar dicha interpretación, se hizo mención al contenido de tres resoluciones sobre Kosovo que precedieron el instrumento bajo examen –resoluciones 1160 (1998), 1199 (1998) y 1203 (1998)– en la que el CS estableció de manera expresa ciertas obligaciones con respecto a los dirigentes albaneses de Kosovo¹¹¹.

Por último, la CIJ se dedicó a determinar el sentido de la expresión “solución política” (*political settlement / règlement politique*), detallada en el párrafo 11, inciso c), de la Resolución 1244 (1999)¹¹². Otros conceptos similares, utilizados en diferentes partes del instrumento¹¹³, fueron

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 41, par. 115.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*, p. 41, par. 116.

¹¹² *Ibid.*, p. 42, par. 118.

¹¹³ «Proceso político» (párrafo 11, párrafo e), Resolución 1244 [1999] CS); «solución política» (párrafo 11, párrafo f), *ibid.*); «[...] Las negociaciones entre las partes para llegar a un arreglo no demorarán ni perturbarán el establecimiento de instituciones autónomas democráticas.» (Anexo 2, párrafo 8, *ibid.*).

empleados por varios Estados Miembros de la ONU que participaron en el procedimiento consultivo ante la Corte para justificar el argumento según el cual las Partes involucradas en la controversia (las autoridades de Belgrado y Pristina) debían solucionar sus diferencias a través de un proceso de negociación¹¹⁴. Sin embargo, la CIJ decidió limitar el sentido de dicha expresión teniendo principalmente en cuenta la finalidad del párrafo 11 de la Resolución¹¹⁵. En efecto, el mismo sólo pretendía enumerar las responsabilidades que incumbían a la presencia civil internacional en Kosovo, es decir, al Representante Especial del Secretario General y a la MINUK¹¹⁶.

De esta manera, a fin de identificar los efectos jurídicos de la Resolución 1244 (1999) del CS, *la CIJ priorizó su silencio y su objeto y fin por sobre su texto, las declaraciones efectuadas por los Estados Miembros del CS al momento de su adopción y la posterior práctica tendiente a especificar su alcance*. Parámetros, estos últimos, identificados por la Corte como de una importancia particular para llevar a cabo una interpretación de las resoluciones del CS conforme al derecho internacional. En efecto, tres observaciones podrían realizarse en este sentido. En primer lugar, la Resolución 1244 (1999) del CS hace referencia en varias oportunidades, directa o indirectamente, a la necesidad de garantizar la integridad territorial de la actual República de Serbia¹¹⁷. Si bien en algunas de esas

¹¹⁴ Exposición escrita (EE) Serbia, p. 269; EE Argentina, pp. 40-42, pars. 101-106; EE España, pp. 49-52; EE Chipre, p. 25, pars. 98-99.

¹¹⁵ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 42, par. 118.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ «Reafirmando la adhesión de todos los Estados Miembros al principio de la soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y los demás Estados de la región, expresada en el Acta Final de Helsinki y en el anexo 2» (décimo párrafo del preámbulo, Resolución 1244 [1999] del CS); «1. Decide que la solución política de la crisis de Kosovo debe basarse en los principios generales que figuran en el anexo 1 y su elaboración ulterior en los principios y demás elementos necesarios enunciados en el anexo 2» (parte dispositiva, primer párrafo, *ibid.*) ; «a) Promover el establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un autogobierno sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta el anexo 2 y los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648)» (parte dispositiva, párrafo 11 a), *ibid.*); «Facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648)» (parte dispositiva, párrafo 11 e), *ibid.*); «Los Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo de los Ocho han aprobado los siguientes principios generales para la solución política de la crisis de Kosovo: [...] «Un proceso político encaminado al establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que prevea un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo plenamente en cuenta los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federal de Yugoslavia y

menciones, se manifiesta en forma precisa quiénes se encuentran obligados a respetar dicha garantía, en otras no queda del todo claro. Las dudas con respecto al alcance de estas últimas cláusulas tendrían que haber llevado a la Corte a emplear otros medios de interpretación para determinar el verdadero ámbito de validez personal de la Resolución¹¹⁸.

En segundo lugar, en el instrumento bajo análisis se detallan conceptos tales como “solución definitiva”¹¹⁹, “proceso político”¹²⁰, “solución política”¹²¹ o “negociaciones entre las partes”¹²². Como se manifestó con anterioridad, dichas expresiones fueron tenidas en cuenta por algunos Estados participantes en el procedimiento consultivo para justificar la posición según la cual las Partes en la controversia (Serbia y Kosovo) debían llegar a un *acuerdo* con relación a la situación final de Kosovo¹²³. En lugar de ignorar los argumentos mencionados, la Corte tendría que haber intentado desentrañar, una vez más, el sentido de

los demás países de la región [...] (Anexo 1, *ibid.*); «Para lograr una solución de la crisis de Kosovo, deberá llegarse a un acuerdo sobre los principios siguientes: [...] 8. Un proceso político para el establecimiento de un acuerdo sobre un marco político provisional que disponga un gobierno autónomo sustancial para Kosovo, teniendo en cuenta plenamente los acuerdos de Rambouillet y los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia y de los demás países de la región [...]» (Anexo 2, *ibid.*). Vale aclarar que los acuerdos de Rambouillet hacen expresa mención al respecto de los principios de soberanía e integridad territorial de la República Federativa de Yugoslavia.

¹¹⁸ Ver las opiniones vertidas en contra de la mayoría de la CIJ por parte de los Jueces TOMKA y KOROMA en: Declaration of Vice-President TOMKA (Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. [nota 6]), p. 6, pars. 22-25; Dissenting opinion of Judge KOROMA, (*ibid.*), p. 4, par. 13.

¹¹⁹ «Decide que entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil estarán las siguientes: [...] a) Promover el establecimiento, hasta que se llegue a una solución definitiva, de una autonomía y un autogobierno sustanciales en Kosovo, teniendo plenamente en cuenta el anexo 2 y los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648)», párrafo 11 a), Resolución 1244 (1999) CS.

¹²⁰ «Decide que entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil estarán las siguientes: [...] e) Facilitar un proceso político encaminado a determinar el estatuto futuro de Kosovo, teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet (S/1999/648)», párrafo 11 e), *ibid.*

¹²¹ «Decide que entre las principales responsabilidades de la presencia internacional civil estarán las siguientes: [...] f) En una etapa final, supervisar el traspaso de [la] autoridad de las instituciones provisionales de Kosovo a las instituciones que se establezcan conforme a una solución política.», párrafo 11 f), *ibid.*

¹²² «[...] Las negociaciones entre las partes para llegar a un arreglo no demorarán ni perturbarán el establecimiento de instituciones autónomas democráticas», párrafo 8, anexo 2, *ibid.*

¹²³ Ver Exposiciones escritas detalladas en la nota 114.

dichos conceptos a través, principalmente, de la declaraciones llevadas a cabo por los Miembros del CS tanto al momento de la adopción de la Resolución 1244 (1999) del CS como con posterioridad¹²⁴.

Por último, dicho instrumento determinó, a través de su párrafo 19, que “las presencias internacionales civil y de seguridad se [establecerían] por un período inicial de 12 meses”¹²⁵ y que se mantendrían “después, a menos que el Consejo de Seguridad [decidiera] otra cosa”¹²⁶. A su vez, en su párrafo 21, el CS “decide seguir ocupándose activamente de esta cuestión”¹²⁷. Según lo afirmado por los Jueces Tomka y Bennouna, dichas cláusulas eran de suma importancia para precisar que, junto al acuerdo de las Partes en la controversia, una decisión del CS era la única opción restante para determinar la situación definitiva de Kosovo¹²⁸. Sin embargo, dichas cláusulas fueron dejadas de lado por la mayoría de la Corte.

B. La aplicación de la *lex generalis*: el principio de integridad territorial

A partir de la primera sección de la Parte IV de la OC, la Corte inicia su análisis con respecto a la conformidad de la DUI con la *lex generalis*, es decir, con el derecho internacional general¹²⁹. Desde el punto de vista metodológico, a diferencia de lo efectuado en otras OC¹³⁰, la CIJ no llevó a cabo una identificación previa del derecho aplicable. Por el contrario, se dedicó directamente a examinar la mayoría de los fundamentos expuestos por los Estados y entidades que habían tenido oportunidad de participar en las instancias orales y escritas del procedimiento consultivo. Como resultado del examen realizado, se determinó que el sistema jurídico internacional no establecía una prohibición aplicable a la DUI y que, por

¹²⁴ Ver: Declaration of Vice-President TOMKA (Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. [nota 6]), pp. 7-8, pars. 27-30; Dissenting opinion of Judge KOROMA (*ibid.*), pp. 5-6, par. 16.

¹²⁵ Resolución 1244 (1999) del CS.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Ver: Declaration of Vice-President TOMKA (Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. [nota 6]), pp. 7-8, pars. 27-30; Opinion dissidente de M. Juge BENNOUNA (*ibid.*), p. 12, par. 62.

¹²⁹ A partir del párrafo 79 de la opinión consultiva. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 29.

¹³⁰ Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 239, par. 23; Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif; C.I.J. Recueil 2004, p. 171, par. 86.

consiguiente, la misma no violaba el derecho internacional general¹³¹. Para arribar a dicha conclusión, se tuvieron en cuenta las siguientes tres consideraciones. En primer lugar, se constató la inexistencia de una norma jurídica que prohibiera las declaraciones de independencia efectuadas como resultado del surgimiento, a partir de la segunda mitad del siglo XX, de un número importante de nuevos Estados por fuera del proceso de descolonización iniciado a partir de los años sesenta¹³². En segundo lugar, con respecto al principio de integridad territorial, se determinó su inaplicabilidad a la DUI basándose en una interpretación restringida de su ámbito de validez personal¹³³. Por último, se consideró innecesario analizar la aplicación del principio de libre determinación de los pueblos o la noción de «secesión-remedio», debido principalmente a las conclusiones resultantes de la interpretación restringida de la cuestión formulada por la AG¹³⁴. En efecto, si el objetivo de la CIJ era simplemente identificar una norma prohibitiva, no había necesidad alguna de analizar la cuestión acerca de si los autores de la DUI eran titulares de un derecho otorgado por el derecho internacional general¹³⁵.

Frente a dicho análisis, dos observaciones pueden ser resaltadas. Si el razonamiento seguido por la CIJ con relación al ámbito de validez personal del principio de integridad territorial puede resultar incompleto (1), a partir de lo afirmado en el párrafo 81 de la OC con respecto a la práctica del CS, los argumentos según los cuales el derecho internacional general mantendría una posición de total neutralidad frente a los procesos de secesión ocurridos fuera de una situación colonial pasarían a ser claramente erróneos (2).

1) La noción restringida del principio de integridad territorial

De las presentaciones llevadas a cabo por cada uno de los Estados que decidieron participar en el procedimiento consultivo, dos posiciones pueden ser identificadas con relación a la función del principio de integridad territorial en la cuestión planteada por la AG. Por un lado, aquellos Estados que se habían mostrado claramente en favor de la legalidad de la DUI, llegaron a manifestar que el derecho internacional general mantenía una posición neutral frente a una declaración de independencia como la analizada en el presente caso¹³⁶. Si bien el sistema jurídico bajo análisis

¹³¹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 32, par. 84.

¹³² *Ibid.*, p. 30, par. 79.

¹³³ *Ibid.*, p. 30, par. 80.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 31, par. 83.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Exposición escrita (EE) Autores de la DUI, pars. 8.08-8.10; EE Estados Unidos, p. 50; EE Reino Unido, par. 5.13; EE Francia, par. 2.8; EE Alemania,

defendía en términos generales la integridad territorial del Estado en sus relaciones internacionales, no se manifestaba con respecto a aquellos procesos de secesión generados como resultado de una DUI. Por ello, para dichos Estados, este último tipo de comportamiento no implicaba una violación del derecho internacional general. Por el contrario, para aquellos Estados que sostenían una posición opuesta a la legalidad de la DUI y, por consiguiente, al reconocimiento de Kosovo como un Estado independiente, el acto unilateral en cuestión representaba una clara violación del principio de integridad territorial¹³⁷. Para fundamentar dicha afirmación, se basaron principalmente en la práctica llevada a cabo tanto por los Estados como por ciertas organizaciones internacionales universales y regionales, a partir de la segunda mitad del siglo XX, tendiente a aplicar lo dispuesto en el artículo 2.4 de la Carta de la ONU a situaciones internas en las que el principio de integridad territorial se veía amenazado por entidades no estatales¹³⁸.

Ante dichas consideraciones, la CIJ se limitó a afirmar lo siguiente: “[...] the scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between States”¹³⁹. Para llegar a dicha afirmación, se tuvieron en cuenta, *únicamente*, los siguientes tres instrumentos: el artículo 2.4 de la Carta de la ONU, la Resolución 2625 (XXV) de 1970 y el Acta Final de Helsinki sobre la seguridad y la cooperación en Europa del 1º de agosto de 1975¹⁴⁰. Frente a dicha constatación, dos interrogantes se imponen. En primer lugar, si lo determinado por la CIJ coincide en su totalidad con lo estipulado por el derecho internacional contemporáneo, desarrollado a partir de la segunda mitad del siglo XX. En segundo lugar, si basándose en la práctica desarrollada por los Estados y ciertas organizaciones internacionales a partir de 1945, el principio de integridad territorial podría ser oponible a aquellas entidades no estatales que pretendieran lograr un desmembramiento de una parte del territorio de un Estado actualmente constituido.

pp. 29-30; EE Albania, pars. 43-44; EE Austria, par. 24; EE Polonia, par. 2.2; EE Noruega, par. 10; EE Luxemburgo, par. 16; EE Japón, pp. 2-3; EE Irlanda, pars. 18-19; EE República Checa, p. 7; EE Estonia, p. 4; EE Dinamarca, pp. 3-4.

¹³⁷ Exposición escrita (EE) Argentina, pars. 69-82; EE Chipre, pars. 88-90; EE Egipto, pars. 26-51; EE España, pars. 20-55; EE Rusia, pars. 76-78; EE Rumania, pars. 63-109; EE Serbia, pars. 412-524.

¹³⁸ Ver particularmente la exposición escrita presentada por la República de Serbia, pars. 412-524.

¹³⁹ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 30, par. 80. En francés «La portée du principe de l'intégrité territoriale est donc limitée à la sphère des relations interétatiques».

¹⁴⁰ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 30, par. 80.

Con respecto al primer interrogante, nos parece oportuno destacar lo siguiente: limitar la aplicación del principio de integridad territorial únicamente a la relación existente entre Estados demuestra una visión parcial del derecho internacional contemporáneo. Como resultado del proceso de descolonización desarrollado a partir de los años sesenta, y el posterior reconocimiento del derecho a la libre determinación de aquellos pueblos sujetos a una subyugación, dominación o explotación colonial, el ámbito de validez personal de dicho principio se vio claramente modificado. En efecto, gracias a lo establecido por el cuarto párrafo de la Resolución 1514 (XV), del 14 de diciembre de 1960, los Estados se obligan a respetar la integridad territorial de los pueblos titulares del mencionado derecho¹⁴¹. Por otra parte, según lo establecido en su sexto párrafo, el derecho reconocido por dicho instrumento no podría ser invocado en aquellos casos donde, como resultado de su ejercicio, se produjera un quebrantamiento total o parcial de la unidad y la integridad del Estado¹⁴². Estas cláusulas estarían dirigidas no sólo a los Estados, sino también a las entidades no estatales, los pueblos, que pudieran hacer uso del derecho a la libre determinación¹⁴³.

¹⁴¹ En efecto, según dicho párrafo: «4. A fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad territorial de su territorio nacional». A su vez, la Declaración sobre los principios de derecho internacional concernientes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV), en el último párrafo correspondiente a la sección destinada al derecho a la libre determinación de los pueblos, afirma lo siguiente: «Todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país» (cursivas agregadas).

¹⁴² Según su sexto párrafo: «todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas». Dicha cláusula ha sido repetida y ampliada en la Resolución 2625 (XXV) del AG: «Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color» (cursivas agregadas).

¹⁴³ Durante las discusiones en la AG, concernientes al contenido de la Resolución 1514 (XV), la delegación guatemalteca propuso la incorporación de un nuevo párrafo mediante el cual se determinase que el principio de libre determinación de los pueblos no podía afectar, en ningún caso, el derecho de cada Estado a su integridad territorial. Los representantes de Afganistán, Irán e Indonesia explicaron que el párrafo 6 del proyecto afroasiático, finalmente adoptado, ya comprendía su propuesta. La delegación

A diferencia de lo expuesto con respecto al proceso de descolonización, la aplicación del principio de integridad territorial a un movimiento secesionista representa una cuestión más delicada. A efectos de determinar la ampliación del ámbito de validez personal de la norma consuetudinaria codificada a través del artículo 2.4 de la Carta de la ONU, los Estados que sostuvieron la ilegalidad de la DUI, presentaron como uno de sus principales argumentos la modificación de la misma, a partir de la segunda mitad del siglo XX, como resultado del desarrollo de una práctica constante y uniforme, con consciencia de obligatoriedad (*opinio iuris*), tendiente a extender la aplicación del principio de integridad territorial a aquellas entidades no estatales que tuvieran como principal objetivo el constituir un Estado independiente. Para ello, se hizo mención a un número considerable de resoluciones del CS en las que el mismo se manifestaba con respecto a ciertos conflictos secesionistas, como ser, los desarrollados, entre otros, en Georgia, Bosnia-Herzegovina y Azerbaián¹⁴⁴. A su vez, se hizo referencia a varias resoluciones de la AG y a un número importante de instrumentos convencionales, tanto multilaterales como regionales¹⁴⁵. Sin embargo, a pesar de dichos argumentos, la CIJ decidió mantener una posición “conservadora”. Aparentemente, las pruebas presentadas con relación a la evolución de la práctica no fueron suficientes para que la misma reconociera una modificación del derecho consuetudinario vigente. Para algunos autores, ello se debe principalmente al apego de la Corte a una metodología mucho más restrictiva, tendiente a reconocer una modificación de una norma vigente sólo en aquellos casos donde se verifique una práctica y una *opini3n iuris* compartida por *todos* los Estados Miembros de la ONU¹⁴⁶.

2) La inexistencia de una supuesta neutralidad con relación a la secesión

Un reducido número de Estados que participó en el procedimiento consultivo, defendió la legalidad de la DUI con relación a la *lex generalis* mediante el argumento según el cual dicho comportamiento no se encontraría regulado por el derecho internacional general¹⁴⁷. Esta posición se basa principalmente en la teoría de la neutralidad *absoluta* del derecho

guatemalteca decidió entonces retirar su proyecto de enmienda. Naciones Unidas, Asamblea General, 15º sesión, A/PV. 947, 14 de diciembre de 1960, pp. 1322-1325.

¹⁴⁴ Ver particularmente la exposición escrita presentada por la República de Serbia, pars. 412-524.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ CORTEN, OLIVIER, «Territorial Integrity Narrowly Interpreted: Reasserting the Classical Inter-State Paradigm of International Law», ob. cit. (nota 2), pp. 89-90.

¹⁴⁷ Exposición oral (EO) Burundi, CR 2009/28 (2009), p. 32 y siguientes.

internacional con relación a los procesos secesionistas que se produzcan por fuera de una situación colonial. Basándose en dicha teoría, la creación de un Estado en las circunstancias mencionadas debería ser considerada como un hecho jurídico que sólo estaría regulado por el principio de efectividad¹⁴⁸. En efecto, dicho fenómeno produciría sus efectos jurídicos en tanto y en cuanto se haya podido verificar la existencia de los elementos constitutivos del Estado (población, territorio y gobierno efectivo) y sin tener en cuenta el procedimiento mediante el cual dicha constitución se llevó a cabo. Una vez hecha la constatación de los elementos mencionados, el conjunto de Estados que conforman la comunidad internacional sólo tomaría nota de dicho fenómeno, sin contar con la posibilidad de emitir una opinión con relación a sus efectos jurídicos, inclusive en aquellos casos en los que, como resultado dicho proceso, se haya violado una norma imperativa (*jus cogens*) del derecho internacional.

Dichos argumentos han sido rechazados de manera indirecta por la CIJ¹⁴⁹. En efecto, mediante el párrafo 81 de la OC en el que se analizan algunos de los casos donde el CS había determinado la ilegalidad de ciertas declaraciones unilaterales de independencia, la Corte se expresa de la siguiente manera:

*“The Court notes, however, that in all of those instances the Security Council was making a determination as regards the concrete situation existing at the time that those declarations of independence were made; the illegality attached to the declarations of independence thus stemmed not from the unilateral character of these declarations as such, but from the fact that they were, or would have been, connected with the unlawful use of force or other egregious violations of norms of general international law, in particular those of a peremptory character (jus cogens) [...]”*¹⁵⁰.

De esta manera, el principio de neutralidad es dejado claramente de lado. En primer lugar, se especifica en forma expresa que un proceso de secesión podría implicar la violación de una norma imperativa (*jus cogens*) del derecho internacional como aquella concerniente a la abstención de recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza, codificada a través del artículo 2.4 de la Carta. En segundo lugar, se determina de manera

¹⁴⁸ Para entender esta doctrina, recomendamos la lectura de los siguientes artículos: CHRISTAKIS, T., «The State as a «Primary Fact»: Some Thoughts on the Principle of Effectiveness», en KOHEN, M. (ed.), *Secession: A Contemporary International Law Perspective* (2006), pp. 138-170; TANCREDI, A., «Normative «Due Process» in the Creation of State through Secession», KOHEN, M., *supra*, pp. 171-207.

¹⁴⁹ CHRISTAKIS, THEODORE, «The ICJ Advisory Opinion on Kosovo: Has International Law Something to Say about Secession?», ob. cit. (nota 2), pp. 81-83.

¹⁵⁰ Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ, 2010, ob. cit. (nota 6), p. 31, par. 81.

implícita las consecuencias de dicho comportamiento. En efecto, junto a la responsabilidad internacional como resultado de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado involucrado, la declaración unilateral de independencia en cuestión se encontraría viciada de nulidad absoluta y los Estados que conforman la comunidad internacional se verían frente a la obligación de no llevar a cabo el reconocimiento de la situación emergente de dicha declaración. Así, a título de ejemplo, la Corte hace referencia al caso de Chipre donde el CS, a través de su Resolución 541 del 18 de noviembre de 1983, consideró que la declaración publicada el 15 de noviembre de 1983 por las autoridades turcochipriotas, en virtud de la cual se pretendía crear un Estado independiente en Chipre septentrional, carecía de validez jurídica y exhortaba a todos los Estados a no reconocer otra entidad chipriota diferente a la República de Chipre¹⁵¹. Este último país había sido invadido en 1974 por la República de Turquía.

Conclusiones

De las reflexiones desarrolladas hasta aquí, surgen ciertas conclusiones:

Primeramente, la asimilación de la noción de “conformidad” o “ajuste” al derecho internacional de un acto, hecho o situación jurídica a la sola necesidad de identificar una norma prohibitiva refleja una visión, por lo menos, limitada de la complejidad del orden jurídico internacional contemporáneo. La diferenciación entre reglas primarias y secundarias hubiese permitido llevar a cabo un análisis más elaborado de la DUI. Junto al examen concerniente a la permisibilidad del comportamiento en cuestión, la CIJ hubiese tenido la oportunidad de realizar un estudio de su validez con relación a las normas secundarias contenidas en la Resolución 1244 (1999) del CS y en el marco constitucional de la MINUK. Además, la interpretación restringida por parte de la Corte de la cuestión planteada por la AG lleva a revivir una visión por demás positivista del derecho internacional que no coincide, una vez más, con sus ámbitos de validez material y personal actuales.

En segundo lugar, la metodología utilizada para la identificación de los autores de la DUI no se adecua a los parámetros habitualmente tenidos en cuenta por el derecho internacional para la atribución de un comportamiento a un sujeto de derecho. En vez de recurrir a reglas sólidas como las concernientes a la atribución de un hecho internacionalmente ilícito, los autores fueron individualizados con arreglo a lo expresamente indicado por la DUI. Dicho razonamiento podría llevarnos a concluir, de manera claramente inadmisiblemente, que un comportamiento produciría sus

¹⁵¹ S/RES/541 (1983), del 18 de noviembre de 1983.

efectos en un sistema jurídico en particular *sólo* a partir de lo determinado por su autor y sin tener en cuenta, por consiguiente, lo establecido de manera objetiva por las normas jurídicas que lo regulen. Por otra parte, resulta sumamente difícil comprender el supuesto silencio del RESG, teniendo en cuenta las claras manifestaciones por parte del SG que tuvieron lugar con posterioridad a la DUI.

En tercer lugar, lo analizado con relación a las dos cuestiones fundamentales lleva necesariamente a establecer su repercusión con respecto a la identificación y la interpretación del derecho aplicable. Si la limitación del alcance de la cuestión planteada por la AG afectó principalmente el análisis de la *lex generalis*, lo concerniente a los autores de la DUI produjo sus frutos esencialmente en lo que concierne a la aplicación de la *lex specialis*. En el primer caso, la CIJ se limitó a considerar los argumentos referentes al principio de integridad territorial, dejando de lado otros relativos a cuestiones de suma importancia como los correspondientes a la aplicación del principio a la libre determinación de los pueblos, a la existencia en el derecho internacional de la noción de “secesión-remedio” o a los efectos jurídicos del reconocimiento del Estado. En el segundo caso, la identificación de una entidad diferente a las instituciones de autogobierno de Kosovo, como los autores de la DUI, permitió al órgano judicial principal de la ONU interpretar de manera restrictiva la Resolución 1244 (1999) del CS y evitar de manera incorrecta la aplicación del régimen constitucional de la MINUK.

Por último, si de acuerdo con la OC, la DUI ha sido adoptada por una entidad diferente a las instituciones que poseen como fundamento la Resolución 1244 (1999) del CS y no ha violado, a su vez, norma alguna de carácter especial o general, resta determinar cuál sería su naturaleza y efectos jurídicos: cuestiones no resueltas por la CIJ e inconclusas hasta el momento. Teniendo en cuenta que el régimen de administración internacional continúa en vigor, quedará simplemente por interpretar el comportamiento seguido por parte de los órganos de la ONU, en particular el concerniente al CS y al SG, para alcanzar a comprender la situación final del territorio de Kosovo.

BLANCA

**POLÍTICA INTERNACIONAL
Y DERECHO INTERNACIONAL
EL ANÁLISIS DE LOS REGÍMENES INTERNACIONALES**

*INTERNATIONAL POLICY AND INTERNATIONAL LAW.
THE ANALYSIS OF INTERNATIONAL REGIMES*

*Alberto van KLAVEREN **

RESUMEN

La relación entre política y derecho internacional es compleja y se retroalimenta. Es incorrecto presentar al derecho internacional como un mero epifenómeno de las relaciones internacionales, que se limita a proyectar las relaciones de poder existentes. Tampoco conviene la visión del derecho internacional como un cuerpo normativo que refleja la interacción entre Estados que actúan racionalmente para maximizar sus intereses. Derecho y poder no son idénticos y aunque es obvio que hay un juego de racionalidades de intereses en toda negociación internacional, las normas que se adoptan responden también a valores e ideas que van surgiendo y evolucionando en las relaciones internacionales contemporáneas

PALABRAS CLAVES

Evolución- Derecho Internacional- Política Internacional, Organizaciones Internacionales- Regímenes Internacionales

* Especialista en Relaciones Internacionales. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Embajador, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Ex Director del Instituto de Estudios Internacionales y ex Viceministro de Relaciones Exteriores de la República de Chile. Ex Embajador ante la Unión Europea, Bélgica y Luxemburgo.

ABSTRACT

The relationship between international policy and international law is complex and is feeds back. It is wrong to present international law as a mere epiphenomenon of international relations, which is limited to project the existing power relationships. Neither persuades the vision of international law as a regulatory body that reflects the interaction between states acting rationally to maximize their interests. Law and power are not identical and although is obvious that there a set of rationalities of interest in any international negotiation, adopting norms also respond to values and ideas that emerge and evolve in international relations.

KEYWORDS

Development- International Law- International Politics- International Organizations- International Regimes.

SUMARIO

Introducción. 1. Una relación inescapable: derecho y política internacional. 2. Nuevos actores. 3. Regímenes internacionales. 4. Regímenes estables: el territorio. 5. Regímenes evolutivos: el uso de la fuerza. 6. Regímenes embrionarios: defensa de la democracia. **Conclusión**

Introducción

Pese al ámbito común que comparten, el derecho internacional y la disciplina de las relaciones internacionales han tendido a ignorarse mutuamente. Los juristas suelen hacer una distinción tajante entre el orden normativo y la política internacional. A su vez, los politólogos internacionales ignoran, cuando no menosprecian directamente, el derecho internacional¹.

Los autores más clásicos de la teoría de las relaciones internacionales, pertenecientes a la escuela realista de la disciplina, muy diferente por cierto a la escuela realista del derecho, consideraban que el derecho internacional tenía una importancia muy relativa y que su aplicación

¹ Este prejuicio puede estar retrocediendo. Véase por ejemplo dos secciones sobre derecho internacional en importantes manuales de relaciones internacionales: MICHAEL BYERS, «International Law», en CHRISTIAN REUS-SMIT y DUNCAN SNIDAL (eds.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 612-631, y KAL RAUSTIALA y ANNE-MARIE SLAUGHTER, «International Law, International Relations and Compliance», en WALTER CARLNAES, THOMAS RISSE y BERTH A. SIMMONS (eds.), *Handbook of International Relations*, London: Sage Publications, 2010, pp. 538-558.

siempre estaba determinada por la política del poder². E.H. Carr, por ejemplo, describía al derecho internacional como la expresión de los intereses de las potencias dominantes en el sistema internacional, razón por la cual tendía a ser observado cuando coincidía con esos intereses³. El escepticismo sobre el valor del derecho internacional suele ser también bastante agudo entre los actores de la política internacional que, enfrentados a decisiones difíciles, critican el excesivo legalismo de sus asesores jurídicos y tienden a rechazar las restricciones que el derecho internacional impone sobre sus acciones.

Por su parte, los juristas también contribuyen al divorcio entre las dos disciplinas. Las corrientes positivistas, muy dominantes en los medios latinoamericanos, tendieron a aislar el derecho internacional de su contexto histórico cultural y político. De manera implícita, en ocasiones lo han hecho equivalente en su aplicación al derecho interno, pese a las múltiples diferencias que se observan en esta materia. Así, el estudiante de derecho internacional, no sin cierta incredulidad, se ve enfrentado a un sistema casi cerrado de fuentes, invariablemente basado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, presentado a veces erróneamente como una jerarquía cerrada y excluyente de normas⁴. La idea de un sistema cerrado de fuentes lleva fácilmente a la conclusión que la diferencia principal con el derecho interno consiste en la aplicación y exigibilidad de las normas, más que en su generación y naturaleza. En esta línea, el estudio del derecho internacional se aleja expresamente de la política y se dejan fuera del análisis las consideraciones extrajurídicas. El orden jurídico internacional es presentado como un conjunto de normas neutrales, que debe ser aplicado de la manera más objetiva posible a una determinada situación, dejando de lado los aspectos políticos y las consideraciones morales o éticas.

1. Una relación inescapable: derecho y política internacional

Una corriente interesante de autores se ha centrado en la compleja relación existente entre derecho y política internacional, subrayando sus puntos de contacto, sus interacciones mutuas y la necesidad de profundizar su vinculación. Algunos estudios recientes han representado aportes de gran interés en este ámbito⁵.

² Véase por ejemplo E.H. CARR, *The Twenty Years' Crisis (1919-1939). An Introduction to the Study of International Relations*, 2nd ed., London, MacMillan, 1962 y HANS J. MORGENTHAU, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace* 3rd ed., New York, Alfred A. Knopf, 1965.

³ CARR, *Twenty Years' Crisis*, p. 189.

⁴ FRANCISCO ORREGO VICUÑA, «Creación del Derecho en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento?», *Estudios Internacionales*, N° 146, pp. 85-86.

⁵ Véase por ejemplo, LUIS HENKIN, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2nd ed., New York, Columbia University Press, 1979; FRIEDRICH W. KRATOCHWIL,

Rosalyn Higgins, una brillante jurista británica que ocupó la presidencia de la Corte Internacional de Justicia en forma reciente, recuerda en diversos ensayos compilados en una obra mayor, el debate permanente que se plantea entre quienes ven al proceso judicial internacional como un ejercicio neutral de aplicación de normas objetivas a un caso concreto y quienes en cambio lo consideran como un proceso de toma de decisiones que ocurre en un contexto específico y donde entran en juego valores y consideraciones respecto de las consecuencias políticas de un acto de adjudicación⁶. Higgins pone este debate en un contexto idiosincrático anglosajón, oponiendo la visión mayoritaria legalista británica a la visión más política del derecho internacional en los Estados Unidos, que no se restringe a la Escuela de Yale liderada por Myres McDougal, sino que comprende a la mayoría de sus colegas en ese país⁷. Por cierto, el debate no se restringe al mundo anglosajón y se proyecta con fuerza en otras tradiciones jurídicas.

Desde una posición más radical, el jurista finlandés Martti Koskenniemi, profundiza la relación entre la política y el derecho internacional, afirmando que este último es la otra cara de la política. En la medida en que la política no es una categoría fija, el derecho también se torna fluido, modificándose permanentemente para reflejar la transformación de la política⁸. Como lo recuerda el mismo autor, mientras algunos ven al derecho internacional como una utopía que niega las realidades del poder, contradictoriamente otros lo ven como una mera fachada destinada a legitimar las relaciones de poder a nivel internacional⁹.

Rules, Norms, and Decisions, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; ROBERT O. KEOHANE, «International Relations and International Law: Two Optics», *Harvard International Law Journal* 38:2, (1997), pp. 487-502; ANNE-MARIE SLAUGHTER BURLEY, «International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda», *American Journal of International Law* 87:2, (1993), pp. 205-239; CHRISTIAN REUS-SMIT (ed.), *The Politics of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; BETH A. SIMMONS y RICHARD H. STEINBERG (eds.), *International Law and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; DAVID ARMSTRONG, THEO FARRELL y HÉLENE LAMBERT, *International Law and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 y MARTTI KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2011. Desde una perspectiva distinta, que aplica el derecho internacional a las grandes crisis mundiales, véase por ejemplo GILBERT GUILLAUME, *Les grandes crises internationales et le droit*, Paris, Éditions du Seuil, 1994.

⁶ ROSALYN HIGGINS, *Themes and Theories*, Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 19-21.

⁷ *Ibid.* 20.

⁸ MARTTI KOSKENNIEMI, «The Politics of International Law», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* (CEBDI), Vol. VIII/IX. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004-2005, p. 163.

⁹ MARTTI KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia; The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

Sea como fuere, la relación entre política y derecho internacional es inescapable. La política internacional se plasma históricamente en normas e instituciones, que a su vez adquieren una autonomía propia, que puede ser más o menos completa. El derecho internacional inevitablemente desempeña un papel central en la justificación de las conductas internacionales, incluso en el caso de las grandes potencias. Y si bien ofrece un margen amplio de interpretación, impone límites, inhibe las conductas de los países y suele formar parte del contexto de una decisión. Los asesores legales de las cancillerías son consultados respecto de lo que puede o no hacerse en materia internacional y cuando su consejo no es funcional a una decisión, recibirán la solicitud de buscar un marco legal más propicio o una contra argumentación. Para un especialista en política exterior, el derecho internacional debe entenderse más como una fuente de interdependencia política que como un marco de gobierno, reconociendo que su carácter evolutivo ha producido un conjunto de acuerdos y principios que actúan como puntos de referencia a través de una variedad de enfoques ideológicos en el sistema internacional¹⁰. Otros análisis de política exterior pasan por alto esta realidad, omitiendo el marco legal de, a menudo, complejas matrices explicativas que incluyen variables externas e internas, percepciones, contextos psicológicos, estilos de liderazgo, prejuicios cognitivos, restricciones burocráticas, teoría de juegos, pero dejando de lado los marcos legales de las decisiones¹¹.

Las relaciones que se generan entre la política y el derecho internacional dependen de las circunstancias y del contexto. El derecho se origina en la política internacional, pero al mismo tiempo le impone límites, a veces muy claros. La prohibición del uso de la fuerza, originada en la experiencia y los instrumentos adoptados durante el período de entre guerras y plasmada ya de manera más clara en el Artículo 2 numeral 4 de la Carta de las Naciones Unidas, fue el producto de una determinada acción política. Una vez adoptada, su existencia ha limitado las posibilidades de acción de los Estados. Y cuando éstos han recurrido a la fuerza, lo han hecho invocando excepciones contempladas en la Carta de las Naciones Unidas o interpretando de una cierta manera esas disposiciones, es decir invocando el derecho internacional. Al mismo tiempo, el concepto de la responsabilidad de proteger, acogido de manera todavía muy cautelosa y controvertida en algunos documentos de Naciones Unidas, está poniendo en cuestión el carácter casi absoluto del principio.

¹⁰ CHRISTOPHER HILL, *The Changing Politics of Foreign Policy*, Houndmills, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2003, p. 177.

¹¹ Véase por ejemplo MARIJKE BREUNING, *Foreign Policy Analysis. A Comparative Introduction*, New York, Palgrave Macmillan, 2007 y ALEX MINTZ y KARL DE ROUEN Jr., *Understanding Foreign Policy Decision Making*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Algunas áreas del derecho internacional tienden a ser más estables que otras, especialmente aquellas que se refieren a límites, jurisdicción, inmunidades diplomáticas, etc. Sin embargo, reconocer esa realidad no equivale a sostener, como lo hizo en su época uno de los clásicos del realismo, Hans Morgenthau (quien inició su carrera como jurista), la existencia de un derecho internacional político y otro no político¹².

La relación entre el derecho internacional y la política es ambigua. Por una parte, el derecho puede reflejar intereses dominantes, como sucede en el caso del comercio internacional o de la regulación de la propiedad intelectual, o como sucedió en definitiva con la Parte XI, relativa a la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de la jurisdicción nacional, de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR), que fue modificada de manera bastante radical por un acuerdo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que si bien fue presentado como meramente interpretativo, realmente lo enmendó, acogiendo las pretensiones de Estados Unidos y de otros países industrializados¹³, cuya participación en la Convención se estimaba esencial.

Sin embargo, también es cierto que el derecho internacional puede disciplinar o limitar el margen de maniobra de los actores más poderosos y hegemónicos del sistema internacional en determinadas coyunturas. En las guerras recientes libradas por Estados Unidos y por otras potencias occidentales –en la ex Yugoslavia, Irak, Afganistán y Libia– se ha recurrido a la única instancia internacional que puede autorizar el uso de la fuerza –el Consejo de Seguridad– y aun si esta autorización no se ha otorgado, como sucedió en la segunda guerra de Irak, los países que la libraron han buscado legitimarla, sin mucho éxito en el último caso, en el derecho internacional. En el uso mismo de la fuerza los países y las organizaciones como la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) se han hecho asesorar permanentemente por juristas especializados, en la elección de los objetivos, el uso de las armas y la protección de la población civil¹⁴. El argumento no apunta a que estas intervenciones hayan sido legítimas, sino a la existencia de una cierta autocontención, mayor o menor, derivada de la existencia de normas de derecho internacional que pueden violarse en los hechos, pero cuya existencia no se desconoce. Incluso en un episodio tan emblemático de la política del poder durante la guerra fría como fue la

¹² HANS J. MORGENTHAU, «Positivism, Functionalism, and International Law», *American Journal of International Law* 34:2 (1940), pp. 275-276, citado en REUS-SMITH (ed.), *The Politics of International Law*, p. 273.

¹³ ANTONIO REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional. Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 558.

¹⁴ ARMSTRONG, FARRELL y LAMBERT, *International Law and International Relations*, pp. 206-207.

crisis de los misiles de octubre de 1962, las consideraciones de derecho internacional estuvieron presentes¹⁵.

La relación entre derecho y política se extiende a virtualmente todas las fuentes del derecho internacional. Su importancia es obvia en la negociación de tratados internacionales, sean bilaterales o multilaterales. Pero es igualmente relevante en el caso de la costumbre, tema muy poco analizado por los politólogos¹⁶, pero que sin embargo pretende reflejar una práctica consistente y generalizada de los estados, unida a la convicción de que representa una cierta obligación legal (*opinio juris*). Más allá de los múltiples problemas conceptuales y metodológicos que plantea la costumbre –¿qué tan extendida y uniforme debe ser?, ¿cómo se reconoce la *opinio juris*?, ¿cuándo una práctica se transforma en costumbre?– está claro que esta fuente tan clásica y venerable del derecho internacional tiende a evolucionar en el tiempo, como lo demuestra la evolución del derecho del mar y las normas sobre jurisdicción de los estados sobre sus zonas costeras, que nunca fueron uniformes ni estáticas. El divorcio entre el derecho y la política internacional y la falta de diálogo entre sus especialistas ha atentado contra un entendimiento cabal del surgimiento y alcance de la costumbre internacional, que resulta una fuente especialmente difícil de identificar y aplicar.

2. Nuevos actores

El proceso de adopción de normas internacionales tiende a hacerse más complejo. Sigue dependiendo fundamentalmente de los Estados, pero éstos actúan en la escena internacional de acuerdo a una variable de interacción de actores e intereses, muy lejos de los modelos de actor unitario, monolítico y racional que sostienen tanto la teoría realista de las relaciones internacionales como también, hasta cierto punto, los enfoques racionalistas propios de la teoría de juegos o del *rational choice*.

Los actores que intervienen en la formación de nuevas normas internacionales tienden a diversificarse. Cualquiera que sea nuestro juicio sobre el papel de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la adopción de nuevas normas internacionales, no se puede desconocer su influencia en la gestación de las normas consuetudinarias. La lucha contra el terrorismo ha llevado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la adopción de normas bastante extensas y elaboradas de carácter obligatorio, más allá de las múltiples convenciones internacionales que

¹⁵ ABRAHAM CHAYES y ANTONIA HANDLER CHAYES, *The New Sovereignty*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, p. 9.

¹⁶ Aunque esa deficiencia ha sido bien salvada por juristas. Véase por ejemplo, MICHAEL BYERS, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

abordan las distintas manifestaciones del terrorismo¹⁷. Por otra parte, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) asumen un papel creciente en la elaboración de nuevas normas internacionales en materia de derechos humanos, medio ambiente o desarme, participando en algunos casos en la adopción de nuevas convenciones o en otras instancias relevantes en el proceso de formación de normas internacionales¹⁸.

La interdependencia entre política y derecho internacional es también evidente en las organizaciones internacionales. Aun cuando ellas disponen siempre de su respectivo marco jurídico y dependen en último término de sus Estados miembros, en la práctica van cobrando grados variables de autonomía y tienden a definir sus propias tareas y funciones, de manera relativamente independiente de los Estados que las crearon y sin atenerse siempre estrictamente a sus estatutos originales¹⁹. Por cierto, sería excesivo sostener que las organizaciones internacionales pueden independizarse totalmente de los Estados que las forman, pero no cabe duda de que existe un grado variable de tensión entre sus burocracias y los mandantes que pretenden controlarlas. Esa tensión representa precisamente la política de las organizaciones internacionales, que ha influido en el desarrollo de identidades propias, sea del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional, de la Organización Mundial de Comercio, de las Naciones Unidas y sus agencias especializadas y de múltiples organizaciones regionales o funcionales. Estas identidades se han modificado a lo largo del tiempo, a veces de manera muy sustancial, como por ejemplo ha sucedido en el caso del Banco Mundial, que ha modificado sus enfoques e introducido condicionalidades relacionadas con el medio ambiente, la lucha contra la corrupción o la no discriminación, sin alterar necesariamente sus estatutos básicos²⁰.

Se produce así una combinación especial entre el derecho de las organizaciones internacionales, normalmente establecido en sus tratados constitutivos, y la política de estas entidades, que resulta de la interacción entre sus Estados miembros y sus tecnocracias. Así es como se han incorporado conceptos como desarrollo sostenible, respeto a los derechos humanos o buen gobierno, que gradualmente dan lugar a nuevas normas internacionales. Por su parte, las organizaciones van incursionando en asuntos internos de los Estados que antes les estaban vedados. Los informes regionales y nacionales del Programa de Naciones Unidas para

¹⁷ ALAN BOYLE y CHRISTINE CHINKIN, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 3-4.

¹⁸ Para una síntesis del papel de las ONGs en este ámbito, véase *Ibid.*, pp. 41-97.

¹⁹ MICHAEL N. BARNETT y MARTHA FINNEMORE, «The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations», *International Organization* 53:4, 699-732.

²⁰ ANTONY ANGHIE, «International financial institutions», en REUS-SMITH, *Politics of International Law*, pp. 217-237.

el Desarrollo, por ejemplo, lejos de mantenerse en el terreno más o menos neutral y técnico en el que comenzaron, están abordando crecientemente temas sensibles y reservados tradicionalmente a las competencias internas de los Estados, siendo además muy receptivos a los insumos de ONGs que suscitan rechazo en varios de los Estados miembros de Naciones Unidas. Este nuevo activismo representa una ampliación de las competencias de la entidad que no se deriva necesariamente de una modificación de su marco legal. Desde el punto de vista politológico, cabe preguntarse si esa mayor politización es un impulso interno de la propia organización, imputable a su burocracia, o bien un resultado de las aspiraciones de los Estados miembros que las controlan, que en general también han promovido esos mismos valores. Pero lo que está claro es que un mismo marco legal ha servido tanto para promover la neutralidad y el abstencionismo de las organizaciones internacionales como un papel mucho más intervencionista o activista, demostrando la maleabilidad de sus disposiciones, que normalmente no se han modificado.

3. Regímenes internacionales

El fin de la guerra fría y las crecientes necesidades de regular la globalización han conducido a un visible aumento de la legislación internacional, de nuevas instituciones globales y regionales y de órganos de solución de controversias, tanto entre los Estados como entre éstos y entes privados. Esta nueva realidad ha disminuido la división tradicional de los internacionalistas entre aquellos que veían al derecho internacional como un mero epifenómeno de las realidades del poder internacional y aquellos que sostenían que las relaciones entre los Estados estaban reguladas por el derecho internacional y que, cuando ello no sucedía, se estaba frente a una conducta patológica. Hoy los debates son mucho más matizados. Los teóricos de las relaciones internacionales prestan más atención a la evolución de las normas legales en su ámbito, mientras que los especialistas en derecho internacional comienzan a analizar la conducta de los Estados, los fenómenos de legalización de las normas y también la existencia de normas embrionarias caracterizadas como *soft law*. Lamentablemente, este debate todavía no es muy activo en la literatura latinoamericana (o incluso hispanoamericana), pese a la importancia que asume el orden normativo regional en América Latina, donde se ha ido cristalizando un sistema de normas e instituciones comunes que ha privilegiado la solución pacífica de las controversias²¹.

El concepto de régimen internacional, que surgió en la década de

²¹ Es la tesis de ARIE M. KACOWICZ, *The Impact of Norms in International Society. The Latin American Experience 1881-2001*. Notre Dame, Il., The University of Notre Dame Press, 2005.

1980 entre especialistas norteamericanos de las relaciones internacionales, ha permitido un diálogo más activo entre politólogos y juristas. Definido por los primeros como un conjunto, explícito o implícito, de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones, alrededor de los cuales convergen las expectativas de los actores en un área determinada de la política internacional²², su remisión, al menos parcial, al ámbito jurídico se hace evidente. Aunque el concepto de régimen internacional tiene una acepción más restringida en el derecho internacional²³, se puede definir como un conjunto de normas, primarias y secundarias, que regulan una cierta área de la actividad internacional, que no están necesariamente sometidas a la regla de la reciprocidad y que incluso pueden vincular a los Estados que no han consentido en su aprobación²⁴.

Los regímenes internacionales se basan en reglas e instituciones, pero pueden ir más allá como consecuencia de las exigencias de coordinación, incluyendo por ejemplo prácticas y decisiones informales, orientaciones, directrices, prácticas de facto que se alejan de normas y que buscan la realización de objetivos funcionales. En la medida en que avanza la globalización, los regímenes regulatorios se van haciendo menos nacionales y más internacionales, menos domésticos y más universales. El fenómeno es claro en materias comerciales, pero también se hace evidente en muchas otras áreas, como los derechos humanos, el medio ambiente, el desarme, los derechos de los pueblos indígenas, etc. Naturalmente, la globalización se extiende al ámbito jurídico y, cuando se habla de regularla o de domesticarla, se está pensando en la adopción de principios, normas, reglas y procedimientos en las múltiples áreas en que ello se considera necesario. De esta manera, los regímenes se van desnacionalizando de manera gradual y variable. Por otra parte, como lo demuestra la experiencia reciente y no tan reciente en temas tan diversos como el derecho internacional humanitario, la regulación medioambiental, los derechos humanos, el derecho comercial o el desarme, la participación en la elaboración de regímenes no se restringe sólo a Estados sino que incluye también a organizaciones internacionales, ONGs y también a actores privados.

El desarrollo de nuevos regímenes y la transformación de los antiguos no han estado exentos de problemas. Muchas veces, los límites de estos

²² STEPHEN D. KRASNER, «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables». En: SIMMONS y STEINBERG, *International Law and International Relations*, p. 3.

²³ Para un buen resumen del debate jurídico en este ámbito, véase el artículo de ORIOL CASANOVAS y LA ROSA, «Aproximación a una teoría de los regímenes en derecho internacional público», en ÁNGEL J. RODRIGO y CATERINA GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional, Coloquio en homenaje a ORIOL CASANOVAS*, Madrid: Tecnos, 2011, pp. 41-60.

²⁴ Basado libremente en CASANOVAS, *ibid.*, pp. 47-51.

regímenes son difusos. En ocasiones, se hace evidente una colisión de regímenes que responden a lógicas políticas diferentes. Para citar un ejemplo frecuente y que ya ha dado lugar a una jurisprudencia frondosa aunque no siempre unívoca, se puede mencionar la colisión entre los regímenes de libre comercio y aquellos relativos a la conservación de ciertas especies marinas. A veces, las disputas son dirimidas por la misma instancia, pero en otros casos pueden existir instancias alternativas o paralelas. La estructura descentralizada del orden internacional y del sistema jurídico que lo apoya, facilita este fenómeno. La expansión del derecho internacional y la multiplicación de instancias jurisdiccionales de carácter funcional o regional, han agudizado el problema de la fragmentación del derecho internacional, tema que ha sido objeto de tratamiento por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas²⁵. En su informe, la Comisión alude al surgimiento de interpretaciones diversas del derecho internacional general, al surgimiento de excepciones institucionalizadas al derecho internacional general, al conflicto entre distintos regímenes legales y a las diferencias en los procesos de adopción de normas internacionales. Aunque existen criterios para la solución de estos problemas, como la especificidad (*lex specialis*), la temporalidad (*lex posterior*), la jerarquía normativa (*ius cogens*, obligaciones *erga omnes*), el criterio de la interpretación sistémica (artículo 31, N° 3, letra c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) o la prevalencia de las obligaciones impuestas por la Carta de las Naciones Unidas (artículo 103 de la Carta), su aplicación tampoco está exenta de dificultades y contradicciones²⁶. Con todo, hay un cierto consenso en estimar que pese a esta fragmentación, que refleja en parte la diversidad y pluralismo de la comunidad internacional, se mantiene la unidad del derecho internacional, a través de la universalización del contenido de sus normas fundamentales, de la búsqueda de una cierta uniformidad en las soluciones sustantivas y a la adaptación de las normas y contenidos a los desarrollos recientes del derecho internacional y las necesidades de la comunidad internacional²⁷.

Los regímenes internacionales admiten múltiples clasificaciones. Pueden ser formales o informales, altamente institucionalizados o poco institucionalizados, pueden coincidir con organizaciones internacionales

²⁵ Informe y conclusiones del Grupo de Estudio sobre *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, 58° período de sesiones celebrado del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Suplemento N° 10 (A/61/10)*, Capítulo XII, párrafos 241-251, pp. 441-465.

²⁶ CASANOVAS, «Aproximación a una teoría», pp. 42-43.

²⁷ ÁNGEL RODRIGO HERNÁNDEZ, «La integración normativa y la unidad del derecho internacional público», en RODRIGO y GARCÍA, *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional*, p. 323,

o incluir a varias de éstas, pueden ser regionales o universales, pueden agruparse en categorías funcionales (derechos humanos, medio ambiente, comercio, inversión, finanzas, recursos naturales, desarme, seguridad colectiva, asuntos marítimos, corrupción, protección y promoción de la democracia, etc.), pueden ser rígidos o laxos, estables o evolutivos. No es éste el lugar para profundizar o agotar estas clasificaciones. Más bien, desde el punto de vista del tema central de este trabajo, la relación entre política y derecho internacional, interesa mencionar tres ejemplos de regímenes internacionales de características muy diversas, que ilustran las interacciones en este plano.

4. Regímenes estables: el territorio

Un valor central de la comunidad internacional se refleja en los principios de la integridad territorial de los Estados y de la estabilidad de las fronteras. El territorio y sus fronteras constituyen un elemento central para definir la identidad de los países. La globalización no ha alterado el carácter casi sagrado que la población de los países asigna al territorio en que vive o, más exactamente, que le pertenece. Ello no fue así en el pasado. El mundo medioeval no tenía fronteras definidas, tal como las conocemos en la actualidad. La autoridad sobre los territorios era cambiante y a veces se superponía. El cambio político desde la Edad Media al mundo moderno implicó la construcción de Estados territorialmente delimitados con autoridad exclusiva sobre ese espacio. Aunque ello sucedió en el siglo XVII (Paz de Westfalia), las fronteras se empezaron a definir con más claridad a partir del siglo siguiente. El régimen internacional existente en la época permitía los cambios territoriales, que podían ser pacíficos –cesiones en virtud de ventas o canjes– o bien violentos, a través de guerras o la ocupación de territorios habitados.

Una parte importante de las guerras libradas entre los siglos XVII y XX se originó en cuestiones territoriales y la mayoría de éstos terminó en redistribuciones territoriales. En contraste con esa realidad, los conflictos territoriales posteriores al término de la Segunda Guerra Mundial sólo excepcionalmente condujeron a redistribuciones territoriales²⁸. La adquisición por conquista, a veces definida como subyugación, era considerada como un modo legítimo de adquisición territorial hasta los comienzos del siglo XX.

Por otra parte, el territorio no coincidió necesariamente con las divisiones étnicas. En Europa Central y del Este muchas fronteras

²⁸ Según un estudio de KALEVI J. HOLSTI, *Peace and War: Armed Conflicts and International Order, 1648-1989*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, citado en MARK W. ZACHER, «The Territorial Integrity Norm: Boundaries and the Use of Force», en SIMMONS y STEINBERG, *International Law and International Relations*, p. 262.

tuvieron un carácter arbitrario y las principales potencias coloniales extendieron esa práctica a África y Asia, con resultados desastrosos. Pese a ello, los nuevos Estados mantuvieron sus límites, separando pueblos y etnias y manteniendo por lo mismo los gérmenes del separatismo.

A partir de la Primera Guerra Mundial se comenzó a cuestionar si los países victoriosos podían adquirir territorios de los vencidos, si los Estados debían respetar la integridad territorial de otros Estados y si el principio de la autodeterminación tenía precedencia sobre las fronteras existentes para configurar los Estados. Respecto del primer punto, se hizo evidente una tendencia crecientemente restrictiva, que permitió sólo cambios territoriales menores al cabo de la I Guerra, aun cuando hubo modificaciones más relevantes en las dependencias coloniales. Respecto del segundo punto, gracias a la influencia del Presidente Wilson de Estados Unidos, se consagró el principio de la integridad territorial en términos relativamente estrictos. Y respecto del tercer punto, en general se favoreció la integridad territorial por sobre la autodeterminación²⁹.

La tendencia hacia la primacía del principio de la integridad territorial se hizo más marcada después del término de la Segunda Guerra Mundial. Aunque se admitió algunas excepciones a favor de las potencias victoriosas –islas del Pacífico para los Estados Unidos, territorios polacos y países bálticos para la Unión Soviética, islas japonesas para la Unión Soviética–, el principio fue fundamental en el proceso de descolonización, respetándose aun cuando no coincidiera con divisiones étnicas, lingüísticas o religiosas o con la voluntad de las poblaciones afectadas. La Carta de las Naciones Unidas lo contempló en su artículo 2 N°4, y diversas resoluciones fundamentales lo han desarrollado³⁰.

La misma tendencia se observó en organizaciones regionales como la Organización de Estados Americanos (OEA), la entonces Organización para la Unidad Africana (OUA) o la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea (OSCE). La desintegración de la Unión Soviética se atuvo al mismo principio, en la medida en que se respetaron antiguas divisiones territoriales, aunque no coincidieran con divisiones étnicas. El interés de la comunidad internacional en preservar la integridad territorial se ha manifestado en conflictos armados recientes, como lo demostró la desintegración de la antigua Yugoslavia, pese a la persistencia de tensiones étnicas y el potencial de conflictos en los Estados resultantes de la desintegración. El caso de Bosnia-Herzegovina es especialmente ilustrativo a este respecto, en la medida en que hasta el día de hoy la configu-

²⁹ ZACHER, «*The Territorial Integrity Norm*», pp. 263-264.

³⁰ Véase por ejemplo la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la *Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*.

ración de ese Estado federal es resistida por muchos de sus componentes y que su misma existencia expresa más el resultado del proceso de paz impulsado por la comunidad internacional que la voluntad de sus propios habitantes. El principio de la integridad territorial explica la falta de desenlace de varios antiguos conflictos congelados como el que afecta a Transdniestra, que de hecho forma parte de Rusia, pero que formalmente se mantiene en un limbo legal entre Moldavia y su poderosa vecina. También explica la negativa de la comunidad internacional a reconocer la proclamación de la República Turca de Chipre del Norte o de las Repúblicas de Abjasia y Osetia del Sur, escindidas de hecho de Georgia y que están bajo la tutela de Rusia. En los conflictos africanos, alentados frecuentemente por tensiones separatistas, normalmente se rechaza la opción de la desintegración territorial y, en los casos en que ella se produce de hecho, como Somalia, es rechazada de plano por la comunidad internacional.

Los cambios territoriales de carácter coercitivo están proscritos en el sistema internacional actual. Las únicas divisiones de Estados que la comunidad internacional acepta son aquellas de naturaleza voluntaria, como sucedió en los casos de la antigua Checoslovaquia, de Eritrea y de Sudán. Y la experiencia de Kosovo demuestra que, a pesar de que una guerra previa evidencia la imposibilidad de que los kosovares vuelvan a formar parte del Estado serbio, que la voluntad de su población de formar un Estado está fuera de duda y que la Corte Internacional de Justicia determinó que “la declaración de independencia del 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional general porque el derecho internacional no contiene ‘prohibición de declaraciones de independencia’”³¹, hasta el año 2011 los miembros de las Naciones Unidas que reconocen a Kosovo como un nuevo Estado siguen siendo una minoría, aunque por cierto bastante influyente.

Puede que se discuta la efectividad de la prohibición del uso de la fuerza en determinados conflictos, como Irak, Afganistán, Libia o la lucha contra el terrorismo internacional. Pero lo que no está en duda es la efectividad de la prohibición cuando la fuerza se aplica para alcanzar conquistas territoriales.

La estabilidad de los regímenes territoriales se extiende también a aquellas áreas que están afectas a estatutos especiales. Es lo que sucede por ejemplo en el caso del régimen antártico³². Su tratado fundacional ha resistido el paso del tiempo y pese al interés de varias potencias de mo-

³¹ Opinión Consultiva, International Court of Justice, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, 22 de Julio 2010, párrafo 79.

³² Véase JORGE BERGUÑO, «El Tratado Antártico como régimen internacional», *Diplomacia*, 2009, N° 120, pp. 23-34, y MARIA TERESA INFANTE CAFFI, «El Sistema Antártico y el Desarrollo del Derecho Internacional», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional (CEDBI)*, Volúmenes VIII/IX, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2004/2005, pp. 281-347.

dificar algunos de los elementos constitutivos del régimen, éste se ha ido consolidando con el paso del tiempo. Y si en el caso de los espacios marítimos el nuevo derecho del mar ha conducido a una modificación muy profunda del régimen tradicional, esta modificación se ha llevado adelante respetando el valor y vigencia de los tratados preexistentes, como lo señalan claramente los artículos 74(4) y 83(4) de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, mientras que las áreas marítimas delimitadas se acogen igualmente al principio de estabilidad de las fronteras³³.

5. Regímenes evolutivos: el uso de la fuerza

Durante siglos el derecho internacional admitió la guerra como medio de solución de los conflictos entre los Estados y desarrolló un conjunto de normas específicas para regularla. De acuerdo a sus fundadores, el derecho internacional se dividía en derecho de la paz y derecho de la guerra, exigiendo una parte de la doctrina que esta última fuera justa³⁴. Históricamente el uso de la fuerza fue considerado como legal bajo ciertas condiciones. La posibilidad de librar guerras era un atributo de la soberanía y un recurso legítimo para asegurar la conservación de los Estados. La conquista era aceptada como título para la adquisición territorial³⁵. La legitimidad del uso de la fuerza entre los Estados se empezó a cuestionar en las postrimerías del siglo XIX y comienzos del siglo XX. El Pacto de la Sociedad de las Naciones no prohibió la guerra, sino que estableció una moratoria y una lista de guerras consideradas ilegales. Asimismo, estipuló una serie de requisitos procesales para que la guerra fuera considerada legal. En 1928 se suscribió un Pacto general de renuncia a la guerra, conocido como el Pacto Briand-Kellogg, que si bien no fue efectivo en su momento, sigue vigente hasta la actualidad y actuó como precedente relevante para tratados similares en el ámbito regional, como el Tratado Antibélico de No-Agresión y de Conciliación (Pacto Saavedra-Lamas), suscrito en 1933 principalmente por países americanos.

En definitiva, sólo con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas se contempla una prohibición clara y universal del uso de la fuerza y de la amenaza del uso de la fuerza, tal como lo expresa su artículo 2 N° 4: “los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la

³³ Véase *Case Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, sentencia de la Corte Internacional de Justicia, párrafo 85.

³⁴ Muy especialmente los teólogos-juristas de la Escuela de Salamanca. MANUEL DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª ed., Madrid, Tecnos, 2009, p. 1041.

³⁵ IAN BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 279.

integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas". Esta prohibición forma parte del derecho consuetudinario³⁶ y, según diversos autores, constituye una norma de carácter imperativo, es decir de *ius cogens*³⁷. El uso de la fuerza dentro de los Estados sigue siendo permitido, siempre que esté conforme con las normas internacionales relativas a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. También es posible que un Estado envíe fuerzas a otro Estado, a solicitud de su gobierno, para ayudarlo a restaurar el orden.

La prohibición del uso de la fuerza o de su amenaza entre los Estados conoce dos excepciones relevantes: la autorización del Consejo de Seguridad o el ejercicio de la legítima defensa, individual o colectiva, frente a un ataque armado. La primera está sujeta a una serie de disposiciones que forma parte de un sistema de seguridad colectiva contenido en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La segunda, está sujeta a principios básicos del derecho internacional consuetudinario relativo al uso de la fuerza, como la necesidad, la proporcionalidad y la inmediatez en la respuesta.

Es claro que el Consejo de Seguridad puede decidir medidas coercitivas para los Estados que violen la prohibición del uso de la fuerza. Sin embargo, en el uso de esa atribución no entran a jugar sólo criterios jurídicos sino que hay un fuerte elemento de politización. Y aunque los preceptos legales en este ámbito no hayan sido modificados desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, su interpretación ha variado significativamente, respondiendo a la evolución del sistema internacional. Como lo recuerda un destacado autor francés, es indispensable tener un conocimiento suficiente de la historia de las relaciones internacionales contemporáneas para comprender bien las mutaciones que han conocido los sistemas conocidos como de seguridad colectiva³⁸.

La seguridad colectiva, concepto básico en el ámbito del uso de la fuerza y de su prohibición, está en los hechos condicionada por la composición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la existencia del derecho a veto para sus cinco miembros permanentes. Es decir, tanto para autorizar el uso de la fuerza por parte de los Estados como para condenar su uso ilegítimo hace falta un acuerdo del Consejo, que puede ser bloqueado, como ha sucedido con frecuencia, por uno o varios de sus miembros permanentes.

En cuanto a la legítima defensa, en tiempos recientes algunos Estados han intentado expandir este derecho en al menos dos ámbitos,

³⁶ Véase *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicar. v. United States)*, sentencia de la Corte Internacional de Justicia, párrafo 176.

³⁷ REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional*, p. 666.

³⁸ PIERRE-MARIE DUPUY, *Droit International public*, 9^e ed. París, Dalloz, 2008, p. 631.

a menudo relacionados entre sí, como la lucha contra el terrorismo y la defensa preventiva. Aunque se mantiene una fuerte oposición de la comunidad internacional a aceptar de manera genérica esta ampliación de la legítima defensa, diversos Estados han tendido a reconocer la gravedad de la amenaza de los ataques terroristas y la necesidad de una estrategia para hacer frente a la amenaza de las armas de destrucción masiva. El resultado ha sido un tratamiento de caso a caso en la evaluación de la legitimidad del uso de la fuerza en esas circunstancias.

La prohibición del uso de la fuerza también se ha visto fortalecida por la proscripción de medios de destrucción disponibles para los Estados por medio de una serie de tratados, universales o regionales, aplicable tanto a armas de destrucción masiva, como nucleares, químicas o biológicas, como a aquellas convencionales que se consideran excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.

El crecimiento de las normas internacionales que restringen o proscriben el uso de la fuerza ha coincidido objetivamente con una disminución de las guerras interestatales, que se ha hecho particularmente evidente después de la Segunda Guerra Mundial. Y aunque las violaciones a la prohibición del uso de la fuerza han persistido, si bien de manera disminuida, éstas han tendido a justificarse a través de interpretaciones extensivas de las excepciones que contempla esta prohibición, tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en la costumbre internacional.

En una categoría distinta deben situarse aquellos casos en que el Consejo de Seguridad ha autorizado el uso de la fuerza por parte de Estados o conjuntos de Estados individuales (*coalitions of the willing*), por medio de acciones coercitivas delegadas, como sucedió en la primera guerra de Irak, provocada por la invasión de Kuwait (1991)³⁹.

Asimismo, tanto desde el punto de vista conceptual como de la práctica internacional, la evolución reciente más relevante en este ámbito se refiere a la intervención humanitaria o la responsabilidad de proteger, concepto más actual que se utiliza para distinguirlo del uso y abuso del término de la intervención humanitaria en la historia reciente de las relaciones internacionales. El concepto puede incluir el uso de la fuerza para detener la violación masiva de los derechos humanos, para restaurar el orden en Estados fallidos o bien para apoyar operaciones de ayuda y de reconstrucción en situaciones de conflicto. Por elevados que sean los valores que se pretende proteger, la realidad es que el concepto está ausente en la Carta de las Naciones Unidas, no tiene una base sólida en el derecho consuetudinario y además puede colisionar directamente con el derecho de cada Estado a su soberanía, integridad territorial e independencia política, consagrado como principio de no intervención en la Carta (artículo 2 N° 7) y en numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones

³⁹ BROWNIE, *Principles of International Law*, pp. 741-742.

Unidas. Obviamente, si la intervención incluye el uso de la fuerza, también tiene que ser armonizada con la prohibición contenida en el artículo 2 N° 4 de la Carta.

Durante la guerra fría, se registraron varios casos de intervención en que podrían haber estado presentes motivos humanitarios, en la medida en que pusieron fin a grandes masacres: India en Pakistán del Este (1971), Tanzania en Uganda ((1978), Vietnam en Kampuchea (1978) y Francia en el Imperio Centrafricano (1979). En el primer caso, la intervención contribuyó al nacimiento de un nuevo Estado, Bangladesh, mientras que en los otros precipitó cambios de régimen. Sin embargo, los Estados interventores fueron muy reticentes en aducir motivos humanitarios, utilizando en algunos casos justificaciones de legítima defensa frente a agresiones que en realidad fueron menores, si es que existieron⁴⁰. Durante la década de 1990, el Consejo de Seguridad autorizó intervenciones armadas para hacer frente a crisis humanitarias en Somalia (1992), Bosnia (1992), Ruanda (1994), Kosovo (1999), Timor Oriental (1999) y Liberia (2003). De acuerdo al Capítulo VII de la Carta, el Consejo puede en efecto determinar que una crisis humanitaria constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales (artículo 39) y en consecuencia puede también autorizar el uso de la fuerza para hacerle frente (artículo 42). Sin embargo, como lo recuerda un autor, el Consejo de Seguridad no ha calificado estas autorizaciones como intervenciones humanitarias, prefiriendo retener sus poderes discrecionales en este ámbito⁴¹. Por medio de una interpretación muy extensiva de la noción de “amenaza a la paz”, el Consejo también autorizó en 1994 el establecimiento de una fuerza internacional de paz para facilitar la restauración del gobierno democrático de Haití, en una decisión sin precedentes, que fue objeto de elogios pero también de críticas⁴².

Ha habido otros casos de intervención por coaliciones de Estados y organizaciones regionales en que no ha mediado una autorización clara del Consejo de Seguridad, como fue el caso de la intervención militar dirigida por los Estados Unidos en el norte de Irak para hacer frente a la represión de los kurdos (1991), de la Comunidad de Estados Independientes en Georgia (1992), Tayikistán (1993), de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental en las guerras civiles de Liberia (1990) y Sierra Leona (1997), algunas de las cuales fueron autorizadas *ex post facto*⁴³.

La intervención armada en la ex Yugoslavia de 1999, consistente en

⁴⁰ ARMSTRONG, FARRELL y LAMBERT, *International Law*, p. 132.

⁴¹ ANTONIO CASSESE, *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 347.

⁴² FALK, RICHARD, «The Haiti Intervention: A Dangerous World Order Precedent for the United Nations», *Harvard International Law Journal* 36:2, Primavera 1995, pp. 341-358.

⁴³ ARMSTRONG, FARRELL y LAMBERT, *International Law*, p. 134.

una campaña de bombardeos selectivos por parte de la OTAN por un período de 78 días, fue justificada como una intervención humanitaria para detener la represión en Kosovo. Sin embargo, su legalidad fue puesta en duda porque si bien el Consejo de Seguridad definió la situación en dicho territorio como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, no autorizó el uso de la fuerza para hacerle frente, básicamente debido a la oposición de China y Rusia. El resultado de la acción militar fue una comunidad internacional fuertemente dividida, en la que una mayoría de Estados, reunida en el Grupo de los 77, que representaba a 133 países, emitió una declaración en abril de 2000 rechazando el “así llamado ‘derecho’ de intervención humanitaria, que no tiene base legal en la Carta de las Naciones Unidas o en los principios generales del derecho internacional”⁴⁴.

Pero este tajante rechazo fue relativizado por declaraciones posteriores. En la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas, celebrada en septiembre de 2005, todos los Estados Miembros aceptaron oficialmente la responsabilidad de cada Estado de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En el Documento Final se estableció además que la comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas, tenía también la “la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta”, para ayudar a proteger a las poblaciones de esos crímenes. Los dirigentes mundiales también estuvieron de acuerdo en que cuando un Estado no cumpliera con esa responsabilidad, todos los Estados (la “comunidad internacional”) eran responsables de ayudar a proteger a las poblaciones amenazadas, y que primero deberían utilizar medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos. Más tarde, si esos medios resultan ser inadecuados y si “es evidente que las autoridades nacionales no protegen” a la población, la comunidad internacional debe actuar de manera “oportuna y decisiva” a través del Consejo de Seguridad y de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁵.

La reciente intervención militar en Libia representó otro caso de uso de la fuerza que contó con la autorización del Consejo de Seguridad, mediante sus resoluciones 1970 y 1973 de 2011, que fueron fundamentadas expresamente mediante razones humanitarias. Sin embargo, se debate la legalidad de la intervención. Hay dudas sobre las atribuciones que tenía el

⁴⁴ Declaración de La Habana aprobada por la Cumbre del Sur del Grupo de los 77, celebrada en La Habana del 10 al 14 de abril de 2000 http://www.g77.org/doc/docs/summitfinaldocs_spanish.pdf

⁴⁵ Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/60/1. 2005 World Summit Outcome. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760.pdf?OpenElement>

Consejo de Seguridad para autorizar el uso de la fuerza en un conflicto interno⁴⁶, sobre la justificación de la intervención⁴⁷ y sobre su cumplimiento efectivo, en la medida en que hay países que estiman que las fuerzas de la OTAN excedieron el mandato que les confirió el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁴⁸. Sin embargo, el triunfo de los rebeldes y los hallazgos de las masacres cometidas por las fuerzas del dictador Gadafi, requerido junto a miembros de su familia por el Tribunal Penal Internacional, tienden a justificar los motivos de la intervención.

Los casos anteriores demuestran el carácter controvertido que tiene el régimen que regula el uso de la fuerza en el sistema internacional actual. Hay dudas sobre el alcance de las competencias del Consejo de Seguridad, sobre el contenido de las normas consuetudinarias, sobre la interpretación de las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza y sobre la posibilidad de extender la responsabilidad de proteger incluso más allá de las resoluciones del Consejo de Seguridad, en caso de que uno o más de sus miembros bloqueen una intervención de carácter humanitario. Pero sobre lo que no caben dudas es que ha habido cambios en la aplicación del régimen, incluso sin alterar sus normas básicas.

6. Regímenes embrionarios: defensa de la democracia

La defensa y promoción de la democracia constituye una preocupación central de la política exterior de muchos de los actores del sistema internacional. Tres presidentes estadounidenses de muy distinta orientación –Clinton, Bush y Obama– la han identificado como uno de los objetivos principales de la política exterior de los Estados Unidos. Los países de la Unión Europea (UE), actuando tanto a título individual como en el contexto de las instituciones comunitarias, han subrayado su compromiso con la defensa y difusión de la democracia en el mundo.

El consenso es menor en Asia y África. En muchos países del antiguo Tercer Mundo se tiende a relativizar la vigencia de ciertos derechos humanos o se invocan condiciones políticas y culturales especiales que justificarían enfoques singulares en esta materia. El viejo argumento, tan utilizado por los antiguos regímenes comunistas, sobre la primacía de los derechos económicos y sociales o del derecho al desarrollo por sobre las libertades políticas o personales, también conserva su popularidad en esas áreas.

⁴⁶ MICHAEL W. DOYLE, «The Folly of Protection. Is Intervention Against Qaddafi's Regime Legal and Legitimate? *Foreign Affairs*, March 20, 2011. <http://www.foreignaffairs.com/articles/67666/michael-w-doyle/the-folly-of-protection>.

⁴⁷ Véase las explicaciones de las abstenciones de Alemania, Brasil, China, India y Rusia al aprobarse la resolución 1973 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/sc10200.doc>

⁴⁸ «Russia accuses NATO of going beyond UN resolution on Libya», *Russia Today*, 17 abril 2011, <http://rt.com/news/russia-nato-un-resolution-libya/>

Aun así, varios países asiáticos y africanos se han sumado a los esfuerzos que se despliegan en favor de un nuevo régimen internacional para la protección de los derechos humanos y la defensa de la democracia. La Unión Africana incluyó la democracia entre sus principios básicos y tiene atribuciones para condenar golpes de Estado en los países miembros e incluso puede expulsar a gobiernos surgidos de manera no democrática. Sin embargo, en la práctica, ha utilizado estas atribuciones de manera selectiva.

La existencia de situaciones que puede conducir a Estados fallidos ha provocado igualmente un mayor activismo internacional a favor de los procesos de democratización. Así, la restauración del gobierno democrático de Haití constituyó la justificación oficial para la constitución de una (primera) fuerza de paz de Naciones Unidas en Haití, como lo declaró expresamente la Resolución 940 (1994) del Consejo de Seguridad que la autorizó. Como ya se señaló, hay consenso en estimar que se trató de un hito muy significativo en la evolución de la acción internacional en favor de la democracia. En efecto, la intervención de las Naciones Unidas para restaurar la democracia en ese país, adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU, representó la primera vez que una crisis interna en que, en esencia, estaba en juego la recuperación democrática, provocaba medidas tan drásticas por parte del órgano máximo de la organización mundial⁴⁹.

En el continente americano, la democracia representa una de las piedras angulares del sistema interamericano y actuó como uno de los principios básicos para el establecimiento del Grupo de Río, el principal mecanismo de concertación política regional existente en América Latina. Si en el pasado esta reivindicación democrática tenía un carácter más bien retórico y mediante un uso manifiestamente parcial fue convertida en un arma de la guerra fría, en las últimas décadas ha dado lugar a acciones colectivas. El “Compromiso de Santiago con la Democracia y la Renovación del Sistema Interamericano” y la Resolución 1080 sobre “Democracia Representativa”, adoptados por la XXI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), representaron hitos importantes en esta dirección, desde el momento en que estos instrumentos establecieron un mecanismo de respuesta automática frente a situaciones de interrupción ilegal del proceso democrático en cualquier nación de la OEA. En la práctica, el Grupo de Río siguió una línea similar, pese a la resistencia de varios de sus miembros, llegando incluso a suspender en forma automática a aquellos países miembros donde se registró una interrupción del proceso democrático. La OEA adoptó la Carta Democrática Interamericana en el año 2001, instrumento que constituye el “núcleo central del Régimen Democrático Interamericano”⁵⁰, que pretende promover y defender la plena vigencia de la democracia en las Américas.

⁴⁹ ROLAND RICH, «Bringing Democracy into International Law», *Journal of Democracy* 12:3, Julio 2001, pp. 20-34.

⁵⁰ BEATRIZ M. RAMACCIOTTI, *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*. Córdoba, Argentina, Lerner Editora, 2010, p. 175.

En el contexto de este artículo cabe preguntarse hasta qué punto esta voluntad política se ha traducido en un nuevo régimen jurídico internacional para la protección y promoción de la democracia. Una revisión somera de los principales manuales de derecho internacional no arroja muchas luces en la materia; a lo sumo, se encuentran referencias al tema en los capítulos sobre la protección internacional de los derechos humanos, el principio de libre determinación o autodeterminación de los pueblos o el reconocimiento de los Estados, pero no hay un tratamiento sistemático y singular del tema y la cobertura que recibe es excepcional⁵¹. La literatura sobre regímenes internacionales tampoco es muy expresiva en esta materia. En una compilación muy extensa de artículos publicados en la prestigiosa revista *International Organization* sobre regímenes internacionales, no se incluyó un capítulo sobre el tema⁵². Los volúmenes que se refieren a la política del derecho internacional y el surgimiento de nuevos órdenes normativos tampoco profundizan el asunto. Y aunque hay buenos estudios sobre la defensa internacional de la democracia⁵³, el tema todavía no se incorpora al *corpus* central del derecho internacional.

En realidad, estamos frente a un régimen embrionario, que si bien ya tiene una cierta expresión jurídica, ésta no es comparable con los regímenes que hemos tratado anteriormente o con muchos otros que se han concretado en áreas como el comercio, el medio ambiente, los derechos humanos, el desarme, etc. Este régimen consistiría en un derecho, reconocido internacionalmente, a la democracia electoral, que se basa en los derechos humanos, pero que se extiende para asegurar la participación significativa de los gobernados en las decisiones políticas formales que los afectan⁵⁴. Los orígenes del régimen se encontrarían en el principio de libre determinación de los pueblos, aplicado en el proceso de descolonización consagrado en la Carta de las Naciones Unidas

⁵¹ Entre las excepciones, cabe destacar a CASSESE, *International Law*, p. 395, HUGO LLANOS MANSILLA, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Tomo III. *La persona humana ante el derecho internacional*. Santiago, Ed. Jurídica, 2008, pp. 203-208 y EDMUNDO VARGAS CARREÑO, *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007, pp. 268-272.

⁵² SIMMONS y STEINBERG, *International Law*, ob. cit.

⁵³ Véase por ejemplo THOMAS M. FRANCK, «The Emerging Right to Democratic Governance», *American Journal of International Law* 86 (1992), pp. 49-52; TOM FARER (ed), *Beyond Sovereignty. Collectively Defending Democracy in the Americas*. Baltimore, The John Hopkins University Press, 1996 y GREGORY H. FOX y BRAD D. ROTH (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000. Desde una perspectiva más politológica, véase HERALDO MUÑOZ (ed.), *Democracy Rising. Assessing the Global Challenges*. Boulder, Lynne Rienner, 2006.

⁵⁴ THOMAS M. FRANCK, «Legitimacy and the democratic entitlement», en FOX y ROTH, *Democratic Governance*, p. 26.

(Capítulos XI y XII), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor en 1976 (especialmente su artículo 25), en diversas resoluciones de la Asamblea General y de la antigua Comisión y actual Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en las Cartas fundacionales, resoluciones y prácticas de diversas organizaciones regionales, en protocolos de convenciones regionales y en sentencias de tribunales regionales de derechos humanos.

La práctica en este ámbito también apunta a un régimen internacional en formación: diversas organizaciones internacionales exigen que sus miembros tengan gobiernos democráticos y también adoptan cláusulas democráticas que permiten suspender o expulsar a aquellos Estados miembros donde se produzca una alteración del orden constitucional; algunos países han retenido el reconocimiento a Estados que no disponen de gobiernos democráticos; organizaciones internacionales y Estados han retenido o negado ayuda financiera o asistencia al desarrollo a regímenes autoritarios; algunos acuerdos comerciales o de asociación contienen “cláusulas democráticas”, que condicionan el mantenimiento de los beneficios a la existencia de regímenes democráticos en las Partes Contratantes. Y, por cierto, hay una práctica muy amplia de misiones de observación electoral, liderada por organizaciones internacionales tan representativas y universales como las Naciones Unidas y una serie de organizaciones regionales.

El régimen internacional para proteger y promover la democracia no está exento de dilemas y riesgos⁵⁵. El primer dilema se plantea con respecto al principio de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados, una de las piedras angulares del sistema internacional. La acción colectiva en favor de la restauración e incluso la defensa de la democracia pone en duda la noción de que la legitimidad política interna de un país corresponde a su jurisdicción exclusiva e introduce una importante excepción al principio clásico de la soberanía plena de los Estados. Por lo mismo, tanto el derecho internacional como diversos Estados mantienen importantes reservas frente a esta evolución. Está claro que la acción internacional en defensa de la democracia ya no está subordinada en términos absolutos al principio de la no intervención y que la relación entre ambos principios no tiene un carácter inmutable. Pero el derecho internacional recoge esta evolución de manera gradual⁵⁶.

Es importante agregar que la acción internacional que comienza a ser

⁵⁵ Los párrafos siguientes se basan en ALBERTO VAN KLAVEREN, «*La promoción de la democracia como principio de la política exterior de Chile*», preparado para un volumen editado por MARIO ARTAZA y CÉSAR ROSS (eds.) sobre la Política Exterior Chilena, en prensa.

⁵⁶ Véase el mesurado artículo de JAMES CRAWFORD, «Democracy and the body of international law», en FOX y ROTH, *Democratic Governance and International Law*, pp. 91-120.

legitimada en este ámbito asume un carácter multilateral y, en consecuencia, exige el apego a las normas y procedimientos fijados para estos efectos en las organizaciones internacionales, tanto globales como regionales, así como un consenso relativamente amplio por parte de la comunidad mundial. Son precisamente estas consideraciones las que permiten establecer un claro contraste entre el intervencionismo unilateral y la acción multilateral. Sólo esta última da pie para hablar de un régimen embrionario.

Un segundo dilema se refiere al concepto de democracia que está en la base de este nuevo activismo internacional o regional. No se trata tanto de revivir el viejo y distorsionado debate sobre el valor de la democracia formal, que marcó tan profundamente el pensamiento político latinoamericano durante los años 60 y 70, y que, afortunadamente en opinión de este autor, hoy parece superado. Tampoco se trata de tomar en serio las calificaciones interesadas que hacen los gobernantes sobre las diversas formas de democracia posibles y que han pretendido justificar la carencia de libertades básicas en regímenes muy dispares. Dejando a un lado consideraciones teóricas y filosóficas, la democracia puede ser definida con relativa claridad desde el punto de vista operacional. Ella incluye elecciones libres, secretas, informadas y competitivas, en que todos los ciudadanos adultos de un país pueden votar o ser votados. Implica la posibilidad real de alternancia en el poder, la existencia de un Estado de Derecho, de una división de poderes, de un poder judicial independiente y del libre juego entre el gobierno y una oposición que fiscaliza. Y, sobre todo, la democracia incluye la libertad de expresión, la libertad de asociación, el respeto al pluralismo, la libertad de prensa y otros derechos básicos. Descrita en esos términos, la democracia reúne los dos criterios que el destacado politólogo Robert Dahl considera como críticos: la posibilidad de oposición y la posibilidad de participación⁵⁷.

El dilema se plantea en el sentido de que en varios regímenes surgidos de elecciones razonablemente libres persisten situaciones muy graves en materias de derechos humanos. También puede producirse el caso de que la aplicación de los mecanismos para la defensa de la democracia no se desarrolle de una manera plenamente satisfactoria o no entregue los resultados esperados en términos de un proceso de verdadera consolidación democrática, como lamentablemente puede suceder en los Estados fallidos.

Asimismo, suele plantearse la necesidad de conciliar objetivos distintos y a veces contrapuestos de política exterior. Un objetivo tan loable como la defensa de la democracia no puede ser evaluado en forma aislada con respecto a otros intereses de la comunidad internacional como el

⁵⁷ ROBERT A. DAHL, *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven, Yale University Press, 1971.

mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales o la estabilidad en una cierta región. También puede surgir una contradicción entre intereses políticos y estratégicos. Esta última no afecta sólo a las grandes potencias, sino que también tiene vigencia en los ámbitos regionales. Guste o no guste, los atentados a la democracia en países vecinos suelen ser tratados con una natural cautela, con el fin de no interrumpir o afectar vínculos que se consideran fundamentales para una convivencia internacional razonable o para la defensa de intereses específicos de los Estados. La estabilidad de las relaciones vecinales puede llegar a primar sobre otras consideraciones, por legítimas que ellas sean.

Estas consideraciones nos remiten igualmente a la espinosa cuestión del “doble estándar”. ¿Corresponde aplicar el nuevo régimen para la defensa y promoción de la democracia en todos los casos? Cabe agregar que el problema del doble estándar no se deriva sólo de un problema de mayores o menores simpatías ideológicas. Está también la cuestión de la eficacia de la acción internacional. Resulta por lo menos dudoso que los partidarios de construir un régimen internacional mucho más fuerte para defender la democracia, que incluya una batería de sanciones que vayan desde el aislamiento diplomático y económico hasta la intervención internacional para restaurar la democracia, estén dispuestos a recomendar seriamente medidas drásticas para impulsar la democracia o hacer frente a una eventual interrupción de la democracia en los países mayores de una cierta región o bien a potencias económicas con las que se mantienen florecientes negocios. Aunque pueda resultar una conclusión cínica, siempre será más fácil aplicar sanciones enérgicas en este terreno a los países pequeños y más débiles. Estas consideraciones explican el carácter embrionario del régimen y la cautela con que ha sido observado por algunos tribunales internacionales⁵⁸.

Conclusión

El análisis anterior deja en evidencia el carácter fuertemente evolutivo del derecho internacional, verdadero cuerpo vivo de normas que refleja, a veces con cierto atraso, los cambios que se van registrando en la comunidad internacional. Este mismo carácter evolutivo produce incertidumbre respecto de normas que rigen en un ámbito. Incertidumbre sobre su contenido, pero también sobre su valor vinculante, incluso hasta el punto de generar un área gris, representada por las normas del *soft law*⁵⁹.

⁵⁸ Véase el análisis de CRAWFORD, ob. cit, de la sentencia del caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. United States)*, de la Corte Internacional de Justicia, 1986, pp. 99-100.

⁵⁹ Sobre el concepto de *Soft Law*, véase VERA GOWLLAND-DEBBAS, «Law-Making in a Globalized World», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional (CEDBI)*, Volúmenes VIII/IX, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2004/2005,

Las normas internacionales representan el resultado de la deliberación y práctica de los Estados y, en algunos casos, de sus propios ciudadanos. Sin embargo, una vez adoptadas, restringen los márgenes de acción de los Estados.

Los cambios de las normas del derecho internacional, pueden derivarse de nuevos valores que se van imponiendo en la comunidad internacional, o bien pueden resultar de una violación más o menos frecuente de una norma, con la finalidad de modificarla, como podría ser el caso de las intervenciones humanitarias que han tenido lugar en las últimas décadas, que representan usos de la fuerza no contemplados en la Carta de las Naciones Unidas.

La relación entre política y derecho internacional es compleja y se retroalimenta. Es incorrecto presentar al derecho internacional como un mero epifenómeno de las relaciones internacionales, que se limita a proyectar las relaciones de poder existentes. Tampoco convence la visión del derecho internacional como un cuerpo normativo que refleja la interacción entre Estados que actúan racionalmente para maximizar sus intereses⁶⁰. Derecho y poder no son idénticos y aunque es obvio que hay un juego de racionalidades de intereses en toda negociación internacional, las normas que se adoptan responden también a valores e ideas que van surgiendo y evolucionando en las relaciones internacionales contemporáneas. Y, una vez adoptadas, pueden asumir un “papel constitutivo en la formación de las identidades e intereses de los actores en la propia estructura del sistema internacional”⁶¹. El derecho surge de la interacción entre ideas y práctica, pero la norma de derecho se transforma en tal a través de procedimientos jurídicos específicos que contribuyen a su autonomía.

El concepto de régimen internacional sirve para ilustrar los procesos de generación, mantenimiento, reforma y caducidad de las normas que regulan un determinado ámbito, la variedad de normas, principios y prácticas que pueden aplicarse a ese ámbito, así como las formas en que interactúan la política y el derecho. Los regímenes reseñados anteriormente son meros ejemplos de esos procesos.

El proceso de globalización implica un desplazamiento de la actividad legislativa y regulatoria desde el ámbito interno de los Estados al plano

especialmente pp. 604-608; BOYLE y CHINKIN, *The Making of International Law*, pp. 211-229; KENNETH W. ABBOTT DUNCAN SNIDAL, «Hard and Soft Law in International Governance», *International Organization*, Vol. 54, 2000, pp. 421-451 y FRANCISCO ORREGO VICUÑA, «Creación del Derecho en una sociedad global», ob. cit., especialmente pp. 95-100.

⁶⁰ Tesis central de JACK L. GOLDSMITH y ERIC A. POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁶¹ ANNE-MARIE SLAUGHTER, ANDREW S. TULUMELLO y STEPAN WOOD, «International law and international relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship», *American Journal of International Law*, 92 (1998), p. 382.

internacional. La globalización requiere nuevos acuerdos multilaterales destinados a resolver problemas económicos, políticos, sociales y culturales altamente complejos, que demandan una acción cooperativa entre los Estados. En un mundo cada vez más interdependiente, virtualmente todos los Estados negocian, adoptan e implementan constantemente nuevos regímenes internacionales.

El derecho internacional, al igual que el derecho interno, surge a través de la política y se modifica según la evolución de la política. Sin embargo, una vez que las normas se adoptan, su ejecución no depende del poder relativo de los contendientes. La afirmación de que la política internacional y el derecho internacional están estrechamente vinculados entre sí no equivale a reducir el surgimiento de normas al juego de intereses de los actores políticos. El establecimiento de nuevas normas e instituciones jurídicas no se da en un vacío donde todo es negociable. Por el contrario, las nuevas normas surgen en el contexto de normas e instituciones preexistentes, que condicionan y limitan el rango de opciones abiertas a los participantes en el proceso. En suma, el derecho internacional refleja una realidad, pero al mismo tiempo la condiciona y la moldea.

BLANCA

**XXIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO
INTERNACIONAL**

***“JUAN VARISCO BONAPARTE
JORGE ALBERTO GINER”***

***Asamblea General Ordinaria de la Asociación
Argentina de Derecho Internacional - 2011***

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional del Litoral**

Santa Fe, 10, 11 y 12 de noviembre de 2011

BLANCA

PALABRAS DE APERTURA DEL XXIII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL “JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER” Y DE LA ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA 2011, DE LA SEÑORA PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL – A.A.D.I.

Dra. María Elsa UZAL

Estimados Amigos:

Es para la Asociación Argentina de Derecho Internacional, la A.A.D.I. y para mí, en particular, como su Presidente hoy, darles la bienvenida a este XXIIIº Congreso Argentino de Derecho Internacional, este año 2011 dedicado a la memoria de dos distinguidos internacionalistas, los Dres. Juan Varisco BONAPARTE y Jorge Alberto GINER, que serán especialmente honrados en este acto inaugural.

La Asociación Argentina de Derecho Internacional es un foro calificado donde se reúnen profesores y estudiosos del Derecho Internacional en sus diversas ramas y manifestaciones, el Derecho Internacional Público, Privado, el Derecho de la Integración, las Relaciones Internacionales, los Derechos Humanos y, también, dedicamos un espacio a la metodología y enseñanza de estas mismas disciplinas.

La ciudad de Santa Fe y más precisamente la Facultad de Derecho de la Universidad del Litoral abren sus puertas para recibirnos vaya pues, a sus autoridades y profesores, nuestro mayor agradecimiento.

Durante 3 días, habremos de reflexionar sobre las relaciones humanas proyectadas en el plano internacional hoy, como nunca, en la dinámica propia de una realidad global e interdependiente, que día a día se transforma, cambia y se convulsiona, en el marco de un inexorable progreso social que crece y se acelera de manera desconocida, a la exigencia y el son de los tiempos, muchas veces de un modo desarticulado e inconexo, asumiendo, formas nuevas y exigencias..., muchas, interpelando y cues-

tionando de modo desafiante y perentorio el orden establecido, poniendo a prueba y en crisis, rompiendo, incluso, los moldes conocidos... Todo ello, exige una elaboración y una respuesta, impone un análisis serio y exige articular un sistema de pensamiento adecuado para interpretar esa compleja y nueva realidad, que muchas veces nos sorprende con su novedad y otras veces, no hace más que reeditar viejos y conocidos problemas en una recurrencia, solo explicable como fruto de la desdeñosa omisión de las enseñanzas del pasado.

Sabemos, como señalaba Ralph DAHRENDORF, que para que exista progreso social es necesario que exista una dosis razonable de libertad y al mismo tiempo y en igual medida, una cuota igual de ligaduras con los valores y principios de la comunidad política y fundamentalmente, yo agregaría, de la comunidad “jurídica”.

Otra reflexión útil, es aquella que nos lleva a recordar que el derecho está inexorablemente ligado a las condiciones de la época en que surge y que sólo en subordinación a ellas, a causa de la limitación de esa naturaleza humana que lo produjo, realiza la idea de justicia que es la íntima esencia de la juridicidad y la raíz misma, por ende, de su concepto.

La sociedad es la resultante de la mediación operada por el derecho entre la voluntad de los sujetos que la componen en aras de posibilitar la convivencia social, de ahí, que se haya remarcado que la específica realidad del derecho y obviamente del imperativo jurídico es, justamente, constituir esa serie de vínculos y de alianzas, de que consta la vida social, con determinaciones asumidas que, al actuarse con determinadas características de certeza y constancia, subsisten como realidad válida para todos los sujetos. (LÓPEZ DE OÑATE F. *Filosofía del Derecho*, T. I, ob.cit. p. 221).

Se ha dicho, en una fuente que rescato, que el Estado es un organismo cuya fuerza no se mantiene más que si le es posible desarrollarse y crecer y que “la razón de Estado” indica también los caminos y metas de ese crecimiento. Por ello es que, la “razón del Estado”, consiste en reconocerse a sí mismo y a su ambiente y en extraer de ese conocimiento las máximas de su obrar, que revestirán siempre y a la vez, un carácter individual y general, permanente y mudable; máximas que se modificarán fluidamente de acuerdo con los cambios en el Estado mismo, en su ambiente y en la comunidad internacional en que se proyecta, pero tendrán también que responder a la estructura permanente del Estado individual, así como a las leyes vitales inmutables de todos los Estados en general. Lo concreto es que, para cada Estado hay, en cada momento, una línea ideal del obrar, una razón de Estado, cuya realización es el esfuerzo y afán de los políticos actuantes (véase: Friedrich MEINECKE, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, pp. 4/23).

No cabe aquí, ni es propio de la función de esta jornada, arribar a un juicio valorativo sobre el obrar y las decisiones que han llevado a las soluciones políticas y económicas cuyas secuelas hoy y a diario se analizan

en el marco de un nuevo orden internacional en el que se debaten e interactúan viejos y nuevos actores, ni si fueron correctas las decisiones que acompañaron esos procesos.

Hoy, la circunstancia del proceso histórico nos enfrenta a la necesidad de adecuar las pautas de acción clásicas con las nuevas establecidas, ante la necesidad de detenernos frente a la realidad de cada caso y de presentar objetivamente en la balanza los intereses que deben interactuar a fin de que las voluntades sigan ligadas entre sí y se recomponga el tejido social, que de otra manera, corre el riesgo de desintegrarse.

Comparto que el derecho debe perseguir en momentos de crisis, la construcción de una eticidad propia y específica, sobre cuyo fundamento viene a reconstituirse el mundo social, exteriorizando en la consideración jurídica, la realidad y las objetivas necesidades del hombre medio.

Sólo corresponde en esta sede procurar que, junto al valor del bien del Estado, se resguarden otros valores elevados que también piden para sí una vigencia incondicionada, me refiero, a los valores ético jurídicos sobre los que se soporta el Estado de Derecho y que han de ser obrados tanto por los tribunales como por la Academia.

Se ha señalado así que la específica eticidad del derecho consiste en posibilitar la sociedad como coexistencia e incluso en actuarla, a través de la actuación de los sujetos que lo encarnan. Sin embargo, no ha de procurarse sólo la mera coexistencia, sino la unión de todos los sujetos en el cumplimiento de su deber, en el marco de un juego de coordinaciones objetivas de conductas, en el que debe atenderse a la complejidad de manifestaciones que no se agotan en la bilateralidad de sus exteriorizaciones: ya impersonales generales, ya intrapersonales en los casos concretos, sino que se multiplican en diversidad de facetas interrelacionadas, a las que resulta muy difícil satisfacer con igual grado de tutela y sin imponer ciertos sacrificios, que muchas veces resultarán desiguales.

Las soluciones que deben administrarse, lo adelanto muchas veces, se hallan muy lejos del ideal griego de la justicia como expresión de equilibrio y armonía, sin embargo no cabe renunciar a la actividad de persuasión, procurando explicar adecuadamente el sentido y los motivos del nuevo derecho, aunando la fundamentación de lo justo natural y lo justo positivo en una cierta correlación de deberes y derechos fundantes de las propuestas y decisiones.

Con estas ideas y con estos objetivos, procuraremos ahondar en un sistema de pensamiento que, como diría SCHOPENHAUER, manteniendo su necesaria unidad, nos brinde una conexión arquitectónica apta, capaz de comprender la realidad internacional en la multiplicidad de sus manifestaciones.

De ahí que superando la formal multiplicidad de los fenómenos sociales y políticos, debamos buscar *los principios*, que son el fundamento

último y primero de la filosofía y de la ciencia, buceando en el fenómeno complejo del conjunto de hechos, valores, sentimientos, estimaciones, *policies* o políticas domésticas y en el de las dificultades de los casos, procurando construir o reconstruir el orden en las relaciones transordenamientos, esto es, que se proyectan sobre más de un ordenamiento jurídico, exhumando los principios del *ius gentium*, del *ius cogens*, a través de las manifestaciones más genuinas del entramado social multinacionalizado y de sus reglas, normas y principios.

En este enfoque principista y ético con apego riguroso al ideal de la búsqueda de la justicia y el bien común y con la agudeza valiente y saneadora del escarpelo, les propongo abordar en las diversas secciones y conferencias los temas seleccionados, en cada caso:

En la **Sección Derecho Internacional Público**: *La Aplicación del Derecho: "El valor de la Jurisprudencia en el Derecho Internacional Contemporáneo"*.

En la **Sección Derecho Internacional Privado**: *"Desafíos procesales y sustanciales del comercio internacional: desarrollo del "soft law" e impacto de las normas imperativas"*.

En la **Sección Derecho de la Integración**: *"MERCOSUR: Evolución y perspectiva a 20 años de la firma del Tratado de Asunción. Referencia a la región del Litoral"*.

En la **Sección Relaciones Internacionales**: *"Los problemas internacionales en el primer decenio del siglo XXI"*.

En la **Sección Derechos Humanos**: *"Derechos de las personas migrantes: implicancias en el derecho internacional y en el derecho interno"*.

En la **Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional**: *"Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado: Interacciones en el plano docente y metodológico"*.

La invitación está hecha, el desafío está lanzado, dejo inaugurado este XXIII Congreso Argentino de Derecho Internacional y la Asamblea General Ordinaria de la AADI que pasa a un cuarto intermedio para dar lugar a las votaciones para renovación de autoridades y admisión de nuevos miembros y que se reanudará el 12 de noviembre próximo a las 10:00 hs en el Aula Alberdi de esta Facultad, mientras que el Congreso sigue su labor.

Mis amigos, ahora, a trabajar y dar lo mejor de sí...

¡Muchas gracias!

RELATOS

BLANCA

SECCIÓN
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

BLANCA

XXIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
“JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER”

Sección Derecho Internacional Público

**LA APLICACIÓN DEL DERECHO: EL VALOR DE LA
JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL
CONTEMPORÁNEO**

*THE APPLICATION OF LAW: THE VALUE OF
JURISPRUDENCE IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW*

*Relator: Arturo Santiago PAGLIARI **

RESUMEN

El presente trabajo aborda los riesgos y peligros que para la unidad del derecho internacional significa la creciente diversificación de sus normas en órdenes normativos especiales y la proliferación de órganos de control jurisdiccionales en el ámbito de la comunidad internacional. Plantea el valor de la jurisprudencia en el derecho internacional contemporáneo y la necesidad de que las decisiones de los distintos tribunales internacionales guarden y respeten el orden jurídico internacional general. Para ello, sería necesario que dichas decisiones judiciales tengan correspondencia con los fallos y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia a los fines de preservar valores fundamentales como los de previsibilidad, seguridad jurídica y eficacia de las normas jurídicas generales del derecho internacional.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro fundador y Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Ex Presidente del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

PALABRAS CLAVES

Normas generales, regímenes especiales, *lex specialis*, interpretación, aplicación, jerarquía normativa, jurisprudencia, Corte Internacional de Justicia.

ABSTRACT

This work deals with the risks and dangers that the increasing diversification of International Law rules in special normative orders and the proliferation of jurisdictional control bodies within the sphere of the international community mean for the unity of International Law. The work considers the value of the case law in contemporary International Law and the need for all decisions made by the different international courts to respect the general international legal order. To achieve this, it would be necessary for those legal decisions to have a correspondence with the International Court of Justice's rulings and consultative opinions in order to preserve key values such as predictability, legal security and efficiency of general legal rules of International Law.

KEY WORDS

Universalism, regionalism, general law, branches of international law, special regim, *lex specialis*, interpretation, application, fragmentation, normative hierarchy.

SUMARIO

1. Introducción. **2.** Las fuentes en el derecho internacional contemporáneo y la jurisprudencia. **2.1.** La jurisprudencia como fuente en el derecho internacional. **2.1.1.** La Jurisprudencia como fuente auxiliar. **2.1.2.** La jurisprudencia como fuente subsidiaria. **2.1.3.** La jurisprudencia como fuente autónoma. **3.** Interacción de la jurisprudencia con otras fuentes del derecho. **3.1.** La jurisprudencia y la costumbre. **3.2.** La jurisprudencia y los principios generales del derecho. **3.3.** La jurisprudencia y la equidad. **4.** Las lagunas del derecho y la jurisprudencia. **5.** Interpretación de las normas y la jurisprudencia. **6.** Fragmentación y jurisprudencia. **7.** Jurisprudencia, fragmentación y organizaciones internacionales. **8.** Pluralismo de regímenes especiales. Unidad del derecho. Proliferación de Tribunales. Jurisprudencia contradictoria. **9.** Conclusiones.

1. Introducción

La noción de jurisprudencia tiene íntima referencia con las cuestiones básicas del ordenamiento jurídico internacional. En efecto, junto con el conocimiento ascendente de la creación de las normas internacionales, es necesario comprender el proceso descendente de aplicación de las mismas¹. Es por ello que en la cultura jurídica anglosajona, la jurisprudencia coincide con los problemas estructurales del derecho.

Tradicionalmente, se le otorgó mayor relevancia al estudio de las normas, dejando en un segundo plano a la aplicación del derecho. En la actualidad este planteo es insuficiente; junto con la ilustración legalista se hace el conocimiento de la práctica. El estudio de la jurisprudencia permite visualizar cómo la teoría se aplica en la práctica en casos concretos. No se puede entender la significación y alcance real del Derecho Internacional Público si no se conoce la práctica judicial para determinar la aplicación efectiva y concreta del orden internacional. Este método impide caer en meros verbalismos o en huecos formalismos. Es decir, existe una relación dialéctica entre la formación y aplicación de las normas: si el conocimiento teórico de las normas abstractas es insuficiente frente a la práctica (jurisprudencia), el mero análisis jurisprudencial es insuficiente sin el previo conocimiento de las normas. Son dos caras complementarias de la misma moneda².

La interpretación diferente de una misma norma por las partes en un conflicto, evidentemente puede conducir a resultados distintos en su aplicación por un tribunal³.

El conocimiento de los casos permite los siguientes resultados: a) el análisis de los hechos relevantes de cada caso y el conocimiento de los principios y normas aplicables; b) el estudio de alegaciones diferentes y contradictorias, nunca casuales o arbitrarias, ya que tienen una finalidad jurídica concreta; c) de esta forma, cada caso permite que las diferentes argumentaciones tratan de alterar el resultado final de la controversia.

¹ SANCHEZ RODRÍGUEZ, LUIS IGNACIO - QUEL LOPEZ, FRANCISCO JAVIER - LOPEZ MARTIN ANA GEMMA, *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional*. Ed. Argitalpen. 2010.

² SANCHEZ RODRÍGUEZ, LUIS IGNACIO y otros. Ob. cit.

³ En definitiva, la consideración abstracta de la norma puede devenir en resultados completa o parcialmente diferentes. Como ejemplos de ello podríamos señalar: a) El asunto de la plataforma continental del Mar del Norte de 1969, en el que las partes partiendo de una misma norma jurídica (el art.6 de la C. de Ginebra de 1958 sobre Plataforma Continental), llegaron a conclusiones distintas (la oponibilidad o no de una norma convencional o de una consuetudinaria codificada); b) El asunto de las actividades militares ...en Nicaragua ..(fondo), en donde se discutió el tema del contenido y naturaleza del art.2.4. de la Carta de la ONU, en relación con la reserva de jurisdicción de la declaración de EEUU de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Por otra parte, es innegable entre los especialistas de la materia, que si bien se enseña generalmente el carácter de fuente auxiliar de la jurisprudencia, no es menos cierto que cada vez le dan más relevancia a los pronunciamientos judiciales en el desarrollo de la asignatura, estimulando su estudio como factor fundamental del ordenamiento jurídico internacional.

2. Las fuentes en el derecho internacional contemporáneo y la jurisprudencia

En sentido general existen dos clases de fuentes: las materiales y las formales. Las primeras son los factores y elementos que determinan el contenido de la norma jurídica. Son las necesidades o problemas de diversa índole (cultural, económica, etc.) que las normas jurídicas deben resolver o regular. Este tipo de fuentes están determinadas por el asentimiento jurídico; se encuentran subyacentes en las fuentes positivas y son extra jurídicas, ya que surgen de la filosofía del derecho pero no del derecho positivo. Las segundas, fuentes formales, en sentido estricto, son propiamente los medios a través de los que se manifiesta el derecho; es decir, son las que poseen naturaleza jurídica y tienen fuerza obligatoria *per se*. En sentido amplio, también se consideran fuentes formales aquellos procedimientos verificadores de normas de naturaleza jurídica ya existentes.

Tradicionalmente en el Derecho internacional se han considerado fuentes formales en sentido restringido (creadoras de normas internacionales), por ello también denominadas principales, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, los actos unilaterales propiamente dichos y las resoluciones de las organizaciones internacionales; y formales en sentido amplio (verificadoras de normas internacionales preexistentes), llamadas auxiliares, a la jurisprudencia, la doctrina y la equidad.

Otros autores consideran como fuentes realmente autónomas del Derecho internacional a los tratados y a la costumbre, por cuanto sostienen que los principios generales del derecho son una categoría normativa común tanto al derecho interno como al internacional y que la jurisprudencia sólo tiene valor como “costumbre” judicial⁴.

Siempre que se habla de fuentes en el Derecho internacional los autores vinculan el tema a lo establecido en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, concretamente a su artículo 38, apartado 1, cabría preguntarse que en los supuestos de regímenes normativos especiales –como sería el caso del Estatuto de Roma de la CPI que veremos más adelante–, los mismos podrían reconocer otras fuentes creadoras de normas internacionales, e incluso como en el tratado indicado, establecer una jerarquía distinta de fuentes que la del Estatuto de la Corte, o bien otorgarle a una determinada fuente otro carácter que las que le otorga el citado Estatuto.

⁴ PASTOR RIDRUEJO J., *Curso de Derecho Internacional Público*. Tecnos. Madrid. 1986.

Otra postura sería afirmar que lo dispuesto en el Estatuto de la Corte teniendo en cuenta que forma parte de la Carta de San Francisco, tiene una jerarquía superior que los Estados no pueden desconocer ni soslayar, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 103. Una norma de derecho internacional también puede ser superior a otras normas en virtud de una disposición de un tratado. Así ocurre con el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual *“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”*. El ámbito de aplicación del art. 103 comprende no sólo los artículos de la Carta, sino también las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por órganos de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad. Teniendo en cuenta el carácter de algunas disposiciones de la Carta, el carácter constitucional de la Carta y la práctica establecida de los Estados y de los órganos de las Naciones Unidas, las obligaciones de la Carta pueden prevalecer también sobre las normas del derecho internacional consuetudinario que sean incompatibles con ellas. También se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial a causa de la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular sus Propósitos y Principios y su aceptación universal.

Teniendo en cuenta lo precedentemente consignado analizaremos el tema comenzando con las fuentes enumeradas en el artículo 38 y las no consignadas en dicho dispositivo, pero que han sido reconocidas por la jurisprudencia, la práctica y la mayoría de la doctrina.

Dice el art.38: 1. *«La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 59.

2. *“La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio Ex Aequo Et Bono, si las partes así lo convienen”.*

El artículo transcrito no debe ser considerado como una enumeración acabada de las fuentes formales del Derecho internacional, ya que el criterio para determinar las fuentes formales que se emplean en derecho interno, es diferente en Derecho internacional a raíz de que este último necesita

siempre (o en la gran mayoría de los casos), la aceptación de los sujetos hacia los cuales se dirige la norma o por lo menos, que no sea rechazada. Así para que una obligación vincule jurídicamente a un Estado soberano, es preciso que dicho Estado haya participado en su proceso de elaboración o la haya aceptado. Esta parece haber sido la opinión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Lotus: “*Las reglas de Derecho que vinculan a los Estados proceden, pues, de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en convenciones, o en usos que se aceptan generalmente como consagradores de principios de derecho y establecidos con el fin de regular la coexistencia de estas comunidades independientes o con el objeto de la prosecución de fines comunes*”.

Se puede afirmar que existen otras fuentes que no se encuentran contempladas en la enumeración del artículo 38. Concretamente, dos tipos de actos jurídicos a los que la doctrina y jurisprudencia contemporánea reconocen ese carácter: los actos unilaterales y la legislación internacional.

En relación con los primeros –actos unilaterales–, no todos tienen el carácter de generadores de derecho⁵. Son fuente de derecho sólo aquellos que por su naturaleza, tienen la facultad de producir efectos jurídicos con independencia de otro acto⁶. Con respecto a las decisiones o resoluciones de las instituciones internacionales, es indudable que deben ser definidas, en cuanto a su naturaleza, como actos de derecho y como tales, traen aparejados efectos jurídicos. Sus consecuencias y alcances, están directamente relacionados con los instrumentos constitutivos de dichas organizaciones. En principio, se puede afirmar que las resoluciones son fuente creadora de derecho para los Estados parte de la organización, si así lo establece expresamente su tratado fundacional; pero además, los autores las consideran, salvo casos excepcionales, como de importancia decisiva para el perfeccionamiento de otra fuente principal del Derecho internacional: la costumbre internacional⁷.

En virtud de ello, la doctrina clasifica, las fuentes del Derecho internacional en: fuentes principales (autónomas), y fuentes indirectas (auxiliares).

⁵ Algunos sólo tienen carácter jurídico cuando se vinculan a otros actos, o son preparatorios de la creación de otra fuente del derecho. Es decir, no poseen de manera independiente, el carácter de generadores de derecho. Ejemplo de ellos, lo constituyen los actos preparatorios o necesarios para la celebración de un tratado o para la formación de una costumbre internacional (negociación, declaración, ratificación, reserva, etc.).

⁶ De estos actos no surgen normas generales sino sólo obligaciones particulares para el Estado del que emanan y es desde este punto de vista que ellos ocupan un lugar dentro de la teoría de las fuentes del derecho internacional

⁷ Las resoluciones, declaraciones, recomendaciones, etc. de las organizaciones internacionales constituye un paso decisivo en la formación de la *opinio juris sive necessitatis*, es decir del elemento subjetivo o psicológico que debe mediar necesariamente para que un acto o conducta repetida adquiera la fuerza de costumbre internacional.

2.1. La jurisprudencia como fuente en el derecho internacional

El derecho no se agota en la ley positiva; por el contrario existen otros medios por los que se expresa, tales como la costumbre, la jurisprudencia, la equidad. Siempre los jueces tienen la obligación de juzgar –tanto en el orden interno como en el internacional– mediante una decisión expresa y precisa que establezca o deniegue los derechos y obligaciones de los litigantes. Este principio reafirma la plenitud del orden jurídico por una parte, y por la otra, pone de manifiesto que la función de los jueces es resolver las controversias, que de no cumplirse, configuraría denegación de justicia⁸.

El Derecho en general –y el Derecho internacional en particular–, se encuentra generalmente condensado en normas abstractas que se expresan en leyes, costumbres o principios generales. Cuando los jueces aplican estas normas o principios deben hacerlo frente al caso concreto: en consecuencia, deben interpretar las mismas para llevar a cabo tal cometido. Por eso aplicación e interpretación son actividades íntimamente ligadas, ya que sólo puede ser aplicado lo que es comprendido: la interpretación es una actividad referida a la determinación de la norma aplicable al caso concreto.

La mayoría de los sistemas jurídicos en América Latina y de muchos países europeos deriva del positivismo legal heredado de la Francia revolucionaria que produjo una serie de consecuencias en el campo legal. Entre las más importantes se encuentra la decisión de eliminar completamente la jurisprudencia como una fuente del derecho. En la línea de pensamiento revolucionaria, únicamente el derecho positivo podía establecer lo que es bueno y justo para la sociedad. La consecuencia principal fue la negación del *stare decisis*⁹, esto es, el rechazo a la jurisprudencia anterior. Esta posición produjo la muerte de *stare decisis* en el derecho civil. Toda resolución judicial debía basarse sin hacer ninguna referencia a una anterior. En consecuencia, la regla de *stare decisis* fue abolida tanto en Francia como en Latinoamérica, y en otros Estados. Sólo las leyes prescribían lo correcto, sin referencia a ninguna decisión judicial previa. La Revolución Francesa rechazó tanto el mérito sustantivo y la apariencia de justicia concebida bajo la regla del *stare decisis*, ignorando que el *stare decisis*, significa dotar a los interesados en llevar un conflicto a sede judicial de una cierta dosis de certeza y previsibilidad: que casos similares deberían ser tratados de manera similar¹⁰. La Revolución

⁸ El artículo 15 del Código Civil argentino establece que «los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes».

⁹ El Código Civil es la fuente primaria del derecho, y el precedente sirve simplemente como un ejemplo de una interpretación y aplicación del derecho legislado efectuadas por un juez».

¹⁰ MERRYMAN, J. – CLARK, D. & HALEY, J., «Sources of Law and the Judicial Process in Civil Law Systems», en *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia* (J. MERRYMAN et al. eds., 1994).

consideró que las decisiones previas carecían de toda utilidad y autoridad como sustento de las leyes vigentes. El derecho escrito se transformó en la voz del *status quo*, despreciando cualquier precedente *alter ego* pasado. De esta manera, el derecho positivo logró supremacía en la sociedad. Como consecuencia de la abolición revolucionaria de la regla del *stare decisis*¹¹, los sistemas de derecho civil debieron desarrollar teorías y técnicas para tratar el valor de la jurisprudencia. Los especialistas de derecho civil hicieron grandes esfuerzos para intentar cambiar el paradigma revolucionario¹².

En cuanto al rol de la jurisprudencia como formadora o no de derecho, existen dos posiciones: a) La anglosajona, favorable a la primera posición como creadora de derecho. En efecto, en la cultura jurídica anglosajona, la jurisprudencia coincide con los problemas estructurales del derecho; b) La continental (derivada de la Francia revolucionaria), para la cual constituye un dogma inamovible el que el juez jamás podrá hacer otra cosa que aplicar el derecho que ya está establecido y conformado (preexistente).

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia parece haberse enrolado en esta última posición. En efecto, de acuerdo a su artículo 38, la jurisprudencia es un medio auxiliar no creadora de derecho, y los fallos de la Corte sólo son obligatorios para las partes y referidas al caso concreto (art.59), de lo que se podría inferir que las decisiones del Tribunal no pueden determinar reglas de carácter general. Pero, de hecho en la realidad, tanto los precedentes como las opiniones consultivas de la Corte, no siempre se han limitado a interpretar el derecho preexistente¹³.

De conformidad a esta posición, en el orden internacional sólo puede hablarse de jurisprudencia en el sentido continental europeo, y no en el del derecho anglosajón en el cual la jurisprudencia constituye "*per se*" fuente formal de validez de normas jurídicas. "*La conjugación de los arts.38 y 59 del Estatuto significa que en el derecho internacional no rige el principio "stare decisis", o sea la doctrina del precedente obligatorio*"¹⁴. Sin embargo, es indudable que tanto los jueces, como las partes y los autores, le dan una enorme importancia a la jurisprudencia internacional, especialmente a la de la Corte y a la de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional.

¹¹ THOMAS PROBST, *Die Aenderung der Rechtsprechung* (1993).

¹² La llamada «Desviación Francesa o Revolucionaria», recién se produjo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando Francia instituyó un Consejo Constitucional cuyas decisiones finales poseían un valor de precedente, tendencia que fue seguida por otros países europeos y latinoamericanos bien sea creando sus propios tribunales constitucionales, u otorgando a las Cortes Supremas el poder de aprobar decisiones con un valor de precedente cuando afectan leyes escritas que se consideran ser contrarias a la constitución.

¹³ GUTIERREZ ESPADA, CESÁREO, *Derecho Internacional Público*. Ed. Trotta. 1995.

¹⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO. *Derecho Internacional Público* T.I. p. 185 y ss. Fundación de Cultura Universitaria. 2ª. Edición, 1996.

La doctrina se encuentra dividida acerca del valor normativo de la jurisprudencia en el ámbito de las fuentes del Derecho internacional, es decir, si la jurisprudencia constituye una fuente autónoma del derecho, o es una fuente subsidiaria, o bien, si la misma es un mero medio auxiliar para verificar y/o interpretar una fuente autónoma.

2.1.1. La Jurisprudencia como fuente auxiliar

En el orden internacional impactó el pensamiento de la Revolución que desechaba todo valor al presente judicial. En efecto, la conjugación de los artículos 38 y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia significa que en el derecho internacional (por lo menos para la aplicación del derecho para la Corte) no rige el principio "*stare decisis*", o sea la doctrina del precedente obligatorio. En consecuencia, en el orden internacional sólo puede hablarse de jurisprudencia en el sentido continental europeo, y no en el del derecho anglosajón en el cual la jurisprudencia constituye "*per se*" fuente formal de validez de normas jurídicas¹⁵.

El tema de la jurisprudencia como fuente del Derecho internacional con relación a lo dispuesto por el artículo 38, 1. d) del Estatuto de la Corte, ha originado en la doctrina numerosas polémicas. Las controversias se centran en los siguientes aspectos: a) al aludir el dispositivo legal citado a "las decisiones judiciales", ¿hace referencia exclusivamente a la jurisprudencia de la Corte? ¿Incluye las decisiones de otros tribunales internacionales judiciales y/o arbitrales? O más aún, en la acepción "decisiones judiciales" ¿tendrían cabida los precedentes judiciales de los tribunales internos de los Estados? b) ¿cuál es el valor normativo de la jurisprudencia en el espectro de las fuentes del Derecho internacional? ¿Qué mérito tiene y qué función desempeña la jurisprudencia en el derecho internacional?

A la luz del artículo 38, 1. d) en concordancia con lo dispuesto por el artículo 59 a que hace referencia expresa el citado precepto legal, la respuesta inicial sería que el término "*decisiones judiciales*" designa las resoluciones emanadas de la misma Corte¹⁶. En efecto, el artículo 59

¹⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, ob. cit.

¹⁶ Sin embargo, un análisis de la práctica internacional nos demuestra que la Corte decidió, en algunas oportunidades, invocando resoluciones de otros tribunales internacionales, aunque siempre de naturaleza arbitral. Algunos autores llegan a la conclusión que en la expresión «decisiones judiciales», se encuentran incluidas las decisiones de los tribunales internos de los Estados, ya que, en determinados supuestos, la jurisprudencia interna tiene relevancia y efectos en el plano internacional. En nuestra opinión, después de un análisis detallado de los precedentes internacionales, y atento a una correcta interpretación del artículo 38, 1.d), «las decisiones judiciales» a que se refiere el dispositivo en cuestión, son las decisiones emanadas de la propia Corte, y, con carácter excepcional, las de otros tribunales judiciales

dispone: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Esta disposición consagra el principio de la cosa juzgada; en consecuencia, las sentencias de la Corte sólo tienen fuerza obligatoria para los Estados litigantes, y para el caso que demandó el fallo¹⁷.

Es decir, que no sólo la jurisprudencia constituye un medio auxiliar de interpretación de las fuentes autónomas, sino que incluso la decisión adoptada en un caso particular es aplicable exclusivamente para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. Así lo resolvió la Corte Permanente en el *asunto de ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia Polaca*, cuando al interpretar la regla del artículo 59, estableció que esta norma tenía como finalidad evitar que los principios jurídicos admitidos por el Tribunal en un asunto determinado, sean obligatorios para otros Estados.

Lo expuesto significa que la remisión efectuada por el artículo 38 al 59, limita la posibilidad de considerar a la jurisprudencia del Tribunal como fuente autónoma creadora de normas internacionales. “Cuando la Corte hace alusión expresa a sus sentencias anteriores no les da a éstas jerarquía de fuentes creadoras, sino que las invoca como medios por los cuales es posible verificar la existencia de normas jurídicas internacionales”¹⁸. De acuerdo a esta postura, planteado un caso particular ante la Corte para su resolución, en caso de no existir para dirimirlo un tratado, una costumbre o un principio general del derecho, el Tribunal debería abstenerse de hacerlo, a menos que las partes hubieran convenido y aceptado expresamente la cláusula decisoria *ex aequo et bono*, en cuyo supuesto la laguna jurídica podría ser zanjada, no por aplicación de la jurisprudencia como fuente autónoma, sino por obra de lo dispuesto por el apartado 2 del artículo 38, que faculta a la Corte en tal sentido expresamente. Tal es la postura adoptada por Rodríguez Carrión al sostener que “reiteradamente, y respecto de puntos concretos, se ha manifestado el Tribunal Internacional de Justicia en el sentido de *non liquet*, de la

y/o arbitrales internacionales, pero nunca podrían considerarse como fuentes auxiliares del derecho internacional público las resoluciones de tribunales judiciales internos de los Estados de la comunidad internacional. Estimo que nuestra opinión se encuentra avalada por el desarrollo de la actividad de la Corte en materia jurisprudencial sobre este tema y la doctrina de los tratadistas contemporáneos.

¹⁷ Las decisiones de la Corte a que se refiere el artículo 38, son, en primer lugar, las de la Corte Internacional misma. Esto se hace evidente por la referencia del artículo 59... las sentencias judiciales pueden clasificarse como modos de creación de derecho. Sin embargo, ellas sólo pueden producir efectos particulares.

¹⁸ MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, Tomo 1. «Las decisiones judiciales no son por sí mismas normas jurídicas internacionales con el alcance de fuentes creadoras de derecho, sino la prueba fehaciente y directa de la existencia de una norma jurídica preexistente».

*inconveniencia de que la jurisdicción pretendiera llegar donde una norma no lo hacía*¹⁹. Concretamente, en los *Asuntos de competencia en materia de Pesquerías* (1974), la Corte expresó que como tribunal jurídico, no podía tomar una decisión *sub specie legis ferendae*, ni formular el derecho antes que el legislador lo hubiera establecido²⁰.

El hecho de negarle calidad de fuente autónoma productora de normas internacionales a la jurisprudencia no significa, de manera alguna, restarle el importantísimo valor que tiene la misma en el desarrollo progresivo del Derecho internacional público. Sobre este aspecto y refiriéndose al valor de la codificación en el campo del Derecho internacional en cuanto a la individualización de las normas generales y consuetudinarias, De Visscher ha expresado: *“Tal tendencia (se refiere a la individualización de normas por parte de la jurisprudencia del Tribunal) aparece siempre acompañada de un mayor perfeccionamiento del derecho, de su aplicación más regular y frecuente, y, por tanto, más matizada y más fácilmente adaptable a la diversidad de las situaciones de hecho”*²¹.

2.1.2. La jurisprudencia como fuente subsidiaria

Algunos autores califican a la jurisprudencia como fuente “subsidiaria”; de allí podría inducirse que se trata de una fuente autónoma, aplicable en ausencia de las fuentes principales (tratados, costumbre y principios generales). Esta interpretación no parece compadecerse con el dispositivo legal pertinente. En efecto, el propio Estatuto de la Corte califica a la jurisprudencia y a la doctrina como medios auxiliares, es decir,

¹⁹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos, Madrid, 1987. Este autor cita los casos del *Dictamen por Daños (1949)*; *El Asunto del Derecho de Asilo (1950)*, donde la Corte afirmó que si bien el Derecho internacional obliga a poner fin a una situación de asilo diplomático, ninguna norma jurídica, ni tampoco el Tribunal, determinaba cómo ni en qué momento debía terminar el asilo.

²⁰ En este asunto la Corte afirmó que no existían normas de derecho internacional general aplicables en materia de pesca en alta mar *«El hecho mismo de convocar la Tercera Conferencia sobre el derecho del mar evidencia un deseo manifiesto de todos los estados de continuar la codificación de ese derecho sobre una base universal, incluyendo la cuestión de la pesca y la conservación de los recursos vivos del mar»*.

²¹ DE VISSCHER, CH., *Teorías y realidades en Derecho internacional público*. Bosch, 1962. *«La jurisprudencia internacional ha puesto de relieve las nuevas orientaciones que actúan sobre la evolución del derecho consuetudinario. El ejercicio de la función judicial descubre la complejidad creciente de las relaciones internacionales, la diversidad y la importancia insospechadas de las situaciones intermedias, o incluso estrictamente individuales, y las razones que ya no permiten la aplicación sin matices ni distinciones de clase alguna de una norma consuetudinaria que haya llegado a ser demasiado obsoleta en su expresión tradicional. Este afinamiento del derecho consuetudinario a través de la jurisprudencia internacional ofrece particular interés en una época de inestabilidad e incertidumbre general como la que vivimos»*.

instrumentos que sirven para descubrir la existencia de las fuentes autónomas, y determinar su alcance en la dimensión temporal, espacial, y sobre todo, sustancial. Una sentencia no puede apoyarse única y exclusivamente en un precedente jurisprudencial o en la doctrina. Sólo las utilizará para verificar una norma de derecho internacional cuya existencia no conste con suficiente claridad.

Cuando se habla de fuentes en el Derecho internacional, los autores vinculan el tema a lo establecido en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, concretamente a su artículo 38, apartado 1. Cabe preguntarse si los regímenes normativos especiales podrían reconocer otras fuentes creadoras de normas internacionales, o bien establecer una jerarquía distinta de fuentes que las del Estatuto de la Corte u otorgarle a una determinada fuente otro carácter que las que le otorga el citado Estatuto. Parecería oponerse a esta posición el argumento de que lo dispuesto en el Estatuto de la Corte –teniendo en cuenta que el mismo forma parte de la Carta de San Francisco–, tiene una jerarquía superior que los Estados no pueden desconocer ni soslayar, ante lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual *“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”*. Teniendo en cuenta la naturaleza de las disposiciones de la Carta, la práctica establecida de los Estados y de los órganos de las Naciones Unidas, las obligaciones de la Carta pueden prevalecer también sobre las normas del Derecho internacional consuetudinario que sean incompatibles con ellas. También se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial a causa de la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular sus Propósitos y Principios de aceptación universal.

Sin embargo, algunos regímenes especiales, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pareciera que consagra a su jurisprudencia como fuente subsidiaria. En efecto, a esta conclusión podría arribarse analizando lo establecido en el artículo 21, 2) de su Estatuto²². La califi-

²² Art. 21. 1. *La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del Derecho Internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que estos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. 2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo*

cación de la jurisprudencia como fuente “subsidiaria”, significaría que nos encontraríamos frente a una auténtica fuente autónoma y, en consecuencia, de aplicación posible y aun obligatoria, en ausencia de las fuentes principales. El Estatuto de la Corte Penal Internacional no la obliga a aplicar decisiones anteriores como medio-fuente auxiliar, sino que le deja abierta la opción-facultad de poder hacerlo, sin especificar el carácter de auxiliar o no de tal medio. En este sentido pues, la Corte es libre de aplicar su jurisprudencia anterior o variarla de acuerdo a las características del caso.

Por eso, parte de la doctrina destaca que el Estatuto Corte Penal Internacional en su artículo 21, 2, se refiere a su propia jurisprudencia como fuente principal de derecho aplicable para la decisión de casos futuros y no como mero medio auxiliar. Evidentemente esta posición difiere sustancialmente de la del Estatuto de la CJI cuyo art.38, inc.1 ap. d que equipara a la doctrina con la jurisprudencia como fuente auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. En consecuencia, sostienen que el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha elevado la jurisprudencia al rango de fuente principal y, en consecuencia, un fallo de la CPI podrá basarse exclusivamente en una sentencia anterior emanada de la propia Corte.

2.1.3. La jurisprudencia como fuente autónoma

Calificada parte de la doctrina sostiene que la jurisprudencia no es únicamente un medio de determinación del derecho según la fórmula del artículo 38, sino también un medio de formación de éste. En muchas ocasiones el juez aplica el derecho basándose en un precedente. Se podría decir que el primer precedente se asienta en una norma jurídica preexistente, pero de no ser así, la decisión judicial se encontraría fundada en la jurisprudencia anterior²³. En conclusión, en la realidad, de facto, a veces la jurisprudencia roza la noción de instrumento de creación del derecho (fuente formal).

Para Kelsen²⁴ no se oponen entre sí la función de creación del derecho con la función de su aplicación. Al regular su propia creación, el derecho también regula su propia aplicación. Por ello considera que por fuente debe entenderse también, no sólo los métodos de creación, sino también

deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3º del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.»

²³ GUTIERREZ ESPADA CESÁREO, ob. cit.

²⁴ KELSEN, HANS, *Principios de Derecho Internacional Público*. Ed. El Ateneo. 1965.

los métodos de aplicación del derecho. Los órganos judiciales al aplicar el derecho, crean una norma individual implícita en su decisión. En consecuencia, sostiene que los fallos de los tribunales internacionales son fuente del Derecho internacional.

“La jurisprudencia es al cumplimiento forzoso del derecho, lo que es la costumbre a su observancia espontánea”²⁵. Kelsen no duda en apoyar esta postura: *“Además de la costumbre y los tratados, las decisiones de los órganos internacionales, especialmente los fallos de los tribunales internacionales, son fuente del derecho internacional. Tienen el poder de crear normas jurídicas generales por decisión unánime, y aun cuando el fallo sea por mayoría de votos, las normas así creadas son también obligatorias para el representante del Estado que votó en contra. El derecho creado por las decisiones de tribunales internacionales establecidos por tratados, deriva su validez de esos tratados, los cuales obtienen su validez de la norma pacta sunt Servanda”*²⁶.

Esta es la tesis que comparte Barberis después de un minucioso análisis de la labor desarrollada por la Corte de La Haya, efectuando una crítica a la redacción del artículo 38, 1.d) en cuanto califica a la jurisprudencia como “fuente auxiliar” del Derecho internacional: *“Parece que esta disposición, no describe fielmente el valor, como fuente de derecho, que, en la práctica, la Corte atribuye a sus propios precedentes”*²⁷. El valor otorgado por la Corte a sus precedentes judiciales, según este autor, puede ser observado a través de tres etapas diferenciadas en la actuación de la

²⁵ PASTOR RIDRUEJO, J., ob. cit. Citando al profesor Giraltd (con una posición similar a la de Scelle), argumenta que la jurisprudencia tiene poder normativo autónomo, calificándola de «costumbre jurisdiccional». *«Si la costumbre es fuente de derecho, con mayor razón habrá de serlo la jurisprudencia. Pues si aquella -la costumbre- resulta de los supuestos, no contemplados inicialmente por la regla positiva, en que los miembros de una comunidad acudían voluntariamente a los principios superiores para encontrar la solución adecuada al caso en cuestión, provienen de la jurisprudencia los supuestos en que la solución ha sido indagada en los principios superiores por un órgano calificado de la comunidad, cual es el judicial»*.

²⁶ KELSEN, HANS, ob. cit.

²⁷ BARBERIS, JULIO A., *Formación del Derecho Internacional*. Ed. Abaco. 1994. Después de citar las opiniones de SORENSEN (que niega la posibilidad de que la jurisprudencia sea fuente autónoma, ya que sólo vale como precedente y no como costumbre), por una parte, y por la otra, la de GUGGENHEIM, DE VISSCHER y KOPELRRANAS (que sostienen que la jurisprudencia puede engendrar normas consuetudinarias), concluye: *«Las dos concepciones indicadas se oponen entre sí, en ciertos aspectos, pero sin embargo, en el hecho de negar que la jurisprudencia internacional tiene la posibilidad de manifestarse bajo dos maneras como fuente de derecho: como precedente, y como costumbre». Este autor concluye afirmando que la actividad de la Corte muestra claramente «la existencia de una práctica jurisprudencial, lo cual nos demuestra que estamos en presencia de un procedimiento consuetudinario y no de simples precedentes», y, «el lenguaje utilizado en la mayoría de los fallos indica que la jurisprudencia internacional, según el tribunal, constituye un elemento de la formación del derecho consuetudinarios»*.

misma: a) una primera, donde la Corte sienta una decisión aplicable sólo al caso particular; b) una segunda, en la que el Tribunal otorga a sus precedentes el carácter de Regla General; y c) una tercera, en la cual la Corte recurre a la práctica de invocar su jurisprudencia anterior como “principal fundamento de la regla de interpretación en cuestión”.

Según Barberis²⁸ las sentencias producen una modificación de la situación jurídica de las partes. Constituyen, en consecuencia, una norma particular del orden jurídico y, por ende, obligatoria. La jurisprudencia es un modo de creación de normas jurídicas que se traduce en la denominación general de sentencias y, en virtud de que ha sido dictada con el consentimiento de las partes, crea una regla de derecho obligatoria para ellas.

La sentencia es un acto unilateral, pero se distingue de las otras formas de creación del derecho, por ejemplo, de los actos unilaterales propiamente dichos, ya que tiene siempre como fundamento de validez un acto convencional. Al igual que las sentencias, las resoluciones de las organizaciones internacionales son actos unilaterales que obtienen su fuente de validez en un tratado. Pero la diferencia entre ambos radica en el procedimiento de creación y en el órgano que las realiza. En la actualidad no se puede poner en duda que la “*jurisprudencia es un modo específico de creación de normas jurídicas*”²⁹.

Lo que es discutible es si una determinada jurisprudencia concreta, puede llegar a constituir una norma general del Derecho internacional³⁰. Esta opinión está referida a los fundamentos de una sentencia y no exclusivamente a su parte resolutive. Los que se encuentran enrolados en esta posición, hacen alusión específicamente a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Arguyen que la Corte atribuye un importantísimo valor a sus precedentes; prueba de ello es que recurre regularmente a sus sentencias anteriores y opiniones consultivas. Más aún, en ciertos casos da por exacta y válida la solución adoptada en un precedente y, si las partes no la objetan, simplemente mantiene el precedente sin exponer otras razones³¹.

Para concluir diremos que conforme esta corriente doctrinaria, la Corte a través de varios fallos y dictámenes, ha consagrado el valor de la jurisprudencia como fuente autónoma del Derecho internacional, en virtud de que ha invocado y aplicado reglas originadas en sus propios precedentes, dándoles valor, no como principios generales del derecho, ni como costumbres o tratados, sino como su privativa jurisprudencia.

²⁸ BARBERIS, JULIO A., ob. cit.

²⁹ BARBERIS, JULIO A., ob. cit.

³⁰ BARBERIS, JULIO A., ob. cit.

³¹ Casos de *Alta Silesia Polaca*, *Concesiones Mavrommatis en Jerusalén*, *Nottebohm*, *Barcelona Traction*, etc.

3. Interacción de la jurisprudencia con otras fuentes del derecho

3.1. La jurisprudencia y la costumbre

El desprecio por el derecho canónico y el derecho consuetudinario sirvió de base a los principios legales que guiaron la Revolución Francesa. Consiguientemente, como el Estado se transformó en la única base del derecho, logrando así un monopolio legislativo sagrado, la costumbre ya no pudo ser una fuente de derecho. La costumbre fue relegada, como una fuente del derecho subordinada, secundaria, basada en el predicamento de que el pueblo tenía que ser gobernado sólo por un derecho uniforme, aplicable a todos. La homogeneidad legal se transformó en una meta en sí misma. Así, la uniformidad legal llegó a ser uno de los principales objetivos del experimento revolucionario, pero esta vez dicha uniformidad sería lograda total e irrevocablemente a través del poder del Estado. Se permitió al derecho consuetudinario, entonces, retener un rol suplementario, subordinado, como una fuente del derecho que nunca podía abrogar el derecho escrito.

La única excepción al rebajado rol del derecho consuetudinario que se retuvo en los países de derecho civil fue en el área de derecho comercial³². Ahora bien, incluso unas situaciones en las que se reconoce a la costumbre comercial un rol en las jurisdicciones de derecho civil, ella está sujeta a restricciones significativas. Se reconoce a la costumbre exclusivamente el rol de *secundum legem*³³, esto es, cuando coincide al derecho escrito,

³² La razón puede ser encontrada en que el derecho comercial es el derecho de los comerciantes (*lex mercatoria*), de las clases propietarias de la tierra y de negocios; en una palabra, de la burguesía, de aquellos que proveyeron el corazón, el alma, las manos, y la guillotina, a la Revolución. Los usos, hábitos y prácticas que constituían la *lex mercatoria* fueron mantenidos como un elemento crucial para la concreción de sus negocios. Entonces, se tuvo que encontrar una buena excepción para mantener un rol en el derecho comercial existente con anterioridad a la Revolución. Los usos del bajo pueblo, sin embargo, no recibieron el beneficio de un lugar superior en la pirámide revolucionaria de las fuentes legales, y quedó circunscrito a un rol suplementario degradado en la escala de las autoridades del derecho.

³³ El Código Civil de Chile, Artículo 2 («[L]a costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella»), copiado textualmente en el Artículo 2 de los códigos civiles de Ecuador, El Salvador, y Honduras. El Código Civil de Argentina, Artículo 17 («[L]os usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente»). El Código Civil de Colombia, Artículo 8 («[L]a costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea»). El Código Civil de Costa Rica, Artículo 3 («[E]l uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo»). El Código Civil de México, Artículo 10 («[C]ontra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica»).

positivo. En suma, con escasas excepciones, después de 1789 el derecho consuetudinario dijo adiós a la pirámide de fuentes legales en el mundo del derecho civil.

En el derecho civil argentino “*Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente*” (artículo 17 del Código Civil).

Las decisiones judiciales juegan un importante papel en la especificación en cuanto al alcance y contenido de las normas consuetudinarias. Esto se debe a que en muchos casos es difícil distinguir una costumbre jurídica, de una de cortesía o moral: las decisiones de los jueces son las verificadoras de esa calidad jurídica.

Es indiscutible que la jurisprudencia tiene como función la de aclarar y precisar, cuando las aplica, normas generales que son abstractas o tienen un cierto grado de incertidumbre o indeterminación, como en los casos de normas consuetudinarias o de principios generales del derecho. En estos supuestos, “*los precedentes judiciales cumplen la función de reducir o disminuir esa zona de penumbra*”³⁴. También la jurisprudencia ha contribuido a precisar el ámbito de aplicación de las normas sobre diversas materias e instituciones³⁵. Y, en otros casos, la jurisprudencia más que concretar el aspecto material de una costumbre, ha realizado una tarea de creación del derecho³⁶. Asimismo los jueces pueden recurrir a los

en contrario»). El Código Civil de Paraguay, Artículo 7, ¶ 2 («[E]l uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieran a ellos»). El Código Civil de Uruguay, Artículo 9 («[L]as leyes no pueden ser derogadas, sino por otras leyes; y no valdrá alegar, contra su observancia, el desuso ni la costumbre o práctica en contrario. La costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella»). El Código Civil de Venezuela, Artículo 7 («[L]as leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean»).

³⁴ ORIOL, ORIOL CASANOVAS y LA ROSA, *Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional público. Cursos Euromediterráneos Bancaza de Derecho Internacional*. Vol. II, 1998. Ed. Aranzadi.

³⁵ Casos *Nottebohm*, *Barcelona Traction*, *Opinión consultiva sobre daños a personal de la ONU*.

³⁶ PASTOR RIDRUEJO, ob. cit. entiende que en el caso «*Barcelona Traction*» nos encontramos ante una interpretación «*praeter legem*» del Alto Tribunal. Aduce que la Corte reconoció que se encontraba ante una laguna del derecho al tratar el tema central del litigio: ¿cuál es el Estado legitimado para ejercer la protección diplomática de una Sociedad Anónima, el de la nacionalidad de los accionistas (posición de Bélgica) o aquel bajo cuyas leyes se ha constituido la sociedad y donde tiene su sede? (posición de España). En efecto: «*El Tribunal estima que, en el ámbito de la protección diplomática como en todos los demás ámbitos, el derecho internacional exige una aplicación razonable. Se ha sugerido que si no se puede aplicar en determinado asunto la norma general según la cual el derecho de protección diplomática de una sociedad corresponde a su estado nacional, podría indicarse, por razones de equidad, que la protección de los accionistas en cuestión*»

precedentes judiciales para determinar con su auxilio, si ha surgido realmente una costumbre jurídica o si existe un principio general del derecho.

Entonces, la jurisprudencia, según la óptica que se tome, puede ser considerada como fuente autónoma o como formadora de costumbre. Si bien las dos posiciones son diferentes, sin embargo coinciden en el hecho de adjudicar a la jurisprudencia la posibilidad de manifestarse como precedente o como costumbre. *“En el primer caso, los precedentes deberían considerarse individualmente, en el segundo, se debería tomar en consideración la repetición con las condiciones que establece una práctica para identificarla como elemento material de la costumbre como fuente”*³⁷.

En cualquiera de los dos supuestos, es indudable que la jurisprudencia influye en la creación del derecho a través de la costumbre. Las sentencias de tribunales internacionales judiciales y arbitrales, constituyen una práctica inestimable para probar el elemento material de la costumbre como fuente del derecho, máxime cuando ellas reúnen los caracteres de repetición, continuidad y generalidad³⁸. En el momento de decidir un litigio sobre la base de la existencia de una norma consuetudinaria, la Corte en primer lugar, debe determinar la existencia misma de la costumbre de que se trata, ya que debe aplicar el derecho consuetudinario vigente.

Parte de la doctrina se inclina por darle valor de fuente autónoma a la jurisprudencia, comparando los precedentes judiciales con el proceso de formación de la costumbre internacional. Si ésta se basa en la repetición constante y uniforme de actos con la convicción que constituye una norma de derecho a la cual deben ajustar sus conductas los sujetos del derecho internacional, la jurisprudencia se establece en el proceso de actuación forzoso del derecho a través de una repetición de soluciones extraídas también de principios superiores. La jurisprudencia es al cumplimiento forzoso del derecho, lo que es la costumbre a su observancia espontánea. Las decisiones judiciales tienen valor en el proceso de creación de las normas; *“son eslabones en el proceso de creación de la costumbre”*³⁹.

Es discutible si los tribunales internacionales pueden llegar a aplicar una costumbre en formación. En varias oportunidades el juez internacional bajo el pretexto de apoyarse en una norma consuetudinaria, lo que hace es deducirla basándose en su razonamiento subjetivo (su deseo de que así sea). En ciertas ocasiones la Corte Internacional de Justicia ha procedido *“al reconocimiento oficial como nuevas reglas de normas basadas en una práctica aunque existente, no suficiente ni claramente*

fuese asegurada por su propio estado nacional. La hipótesis considerada no corresponde a las circunstancias del presente caso”

³⁷ BARBERIS, JULIO A., ob. cit.

³⁸ BARBERIS, JULIO A., ob. cit.

³⁹ REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho Internacional*. Mc Graw-Hill, 1997.

articulada”⁴⁰. Por eso, para Dupuy, “cuando el juez analiza la existencia de una costumbre (sus elementos), muchas veces lo que expresa como sentido de juridicidad es su propia convicción y no la real existencia de una práctica. El juez precede a la norma, la crea y la informa en su decisión”⁴¹. En estos casos la jurisprudencia no cumple un rol de fuente auxiliar como medio de determinación del derecho según la fórmula del art.38, sino que actúa como un procedimiento de creación de la norma jurídica.

Barberis, después de un minucioso análisis de la labor desarrollada por la Corte Internacional de Justicia, efectúa una crítica a la redacción del artículo 38, 1. d), en cuanto califica a la jurisprudencia como «fuente auxiliar» del derecho internacional, expresando: “Parece que esta disposición, no describe fielmente el valor, como fuente de derecho, que, en la práctica, la Corte atribuye a sus propios precedentes”⁴². Este autor concluye afirmando que la actividad de la Corte muestra claramente “la existencia de una práctica jurisprudencial, lo cual nos demuestra que estamos en presencia de un procedimiento consuetudinario y no de simples precedentes”, y, “el lenguaje utilizado en la mayoría de los fallos indica que la jurisprudencia internacional, según el tribunal, constituye un elemento de la formación del derecho consuetudinario”.

3.2. La jurisprudencia y los principios generales del derecho

Un destino similar al derecho consuetudinario aguardaba a los principios generales del derecho en la Francia posrevolucionaria. La postura fue que los principios generales del derecho no poseían ningún lugar en el sistema legal, salvo que y en cuanto que fueran expresamente aceptados por el derecho positivo. Ellos representaban sólo otra manifestación del orden legal que se buscaba abolir. Los principios generales del derecho, para los revolucionarios, carecían de fuerza jurídica a menos que alguna de las fuentes primarias del derecho hiciera referencia a ellos.

⁴⁰ GUTIERREZ ESPADA, ob. cit. Cita como (Ejemplos: caso de *Pesquerías* (sistema de líneas rectas); *Reparación de daños* (subjektividad de las Organizaciones Internacionales); *Convención del Genocidio* (reservas).

⁴¹ DUPUY, PIERRE-MARIE, *A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the «Fragmentation» of International Law*. *European Journal of Legal Studies*: ISSUE 1.

⁴² BARBERIS, JULIO A., *Formación del Derecho Internacional*. Ed. Abaco. Después de citar las opiniones de SORENSEN (que niega la posibilidad de que la jurisprudencia sea fuente autónoma, ya que sólo vale como precedente y no como costumbre), por una parte, y por la otra, la de GUGGENHEIM, DE VISSCHER y KOPELRRANAS (que sostienen que la jurisprudencia puede engendrar normas consuetudinarias), concluye: «Las dos concepciones indicadas se oponen entre sí, en ciertos aspectos, pero coinciden, sin embargo, en el hecho de negar que la jurisprudencia internacional tiene la posibilidad de manifestarse bajo dos maneras como fuente de derecho: como precedente, y como costumbre».

En muchos casos la jurisprudencia ha sido construida a partir de los principios generales del derecho. Se suele citar como ejemplo de ello, la situación de los *principes généraux du droit administrative* (principios generales de derecho administrativo) desarrollados por el Consejo de Estado francés⁴³. Otra instancia es la creación de ciertas teorías de responsabilidad extracontractual, tales como la doctrina del abuso del derecho, y la doctrina administrativa de la imprevisión. Por otra parte, Alemania, dudosamente un país puramente de derecho civil, aún acepta ciertos principios generales que los legisladores no han proveído en la forma de reglas positivas. Otros casos de estos principios incluyen las teorías de *fraus omnia corrumpit* (el fraude todo lo corrompe), o *nemo contra factuam proprium venire potest* (doctrina de las manos sucias), o *enrichissement sans cause* (enriquecimiento sin causa o injusto). En este orden de ideas, por ejemplo, el Código Civil Español de 1889 incluye a los principios generales del derecho conjuntamente con el derecho escrito y consuetudinario como fuentes legales, pero lo hace en términos que indican claramente que los principios generales están subordinados a las otras dos fuentes, a saber, el derecho escrito y el derecho consuetudinario⁴⁴.

En general, los códigos civiles latinoamericanos siguen esta misma perspectiva en el sentido de que los principios generales del derecho constituyen una fuente subsidiaria del derecho⁴⁵.

⁴³ Se menciona estos principios como una excepción a la falta de poder persuasivo de los principios generales del derecho, por cuanto el Consejo creó nuevas instituciones legales en su totalidad sin recurrir a las fuentes primarias del derecho, esto es, al derecho escrito.

⁴⁴ Código Civil de España (1889), Artículo 1, §4 («[L]os principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico»).

⁴⁵ Ver, por ejemplo, el Código Civil de Argentina (Artículo 16); Costa Rica (Artículo 1, indicando «[L]a costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico»); México (Artículo 19, estableciendo que «[L]as controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho»); Nicaragua (artículo 17, prescribiendo que «[S]i una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso»). Paraguay (Artículo 6, análogo al Artículo 17 del Código Civil nicaraguense). Perú (Artículo 8, proveyendo que «[L]os jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano»). Uruguay (Artículo 16, análogo al Artículo 17 del Código Civil nicaraguense y el Artículo 6 del Código Civil paraguayo, respectivamente). Finalmente, Venezuela (Artículo 4, mandando que «[C]uando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios

El derecho positivo no se agota en las normas escritas, sino que comprende todo un sistema jurídico en el que gravitan positivamente los principios generales del derecho y la equidad en que dichos principios se fundan, tales como el del abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, teoría de la imprevisión, igualdad ante la ley, la regla según la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, etc. Así lo entiende el Código Civil argentino que en su artículo 16 expresa: “*Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuera dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”. Esta disposición establece claramente que los principios generales del derecho constituyen fuente del derecho civil argentino, aplicados como fundamento de una decisión jurídica que no es encontrado por el juzgador ni en la ley ni en la costumbre.

Si bien no puede desconocerse la enorme importancia que juega el consentimiento de los Estados como fuente de las normas internacionales, es pertinente aceptar la existencia de otra clase de fuentes que no derivan necesariamente del consentimiento estatal. En efecto, lo que otorga validez a las normas y a su forma de producción, son los principios generales del derecho, ya que su función es la de servir de pautas sostenibles de toda regla general.

Los “Principios Generales del Derecho” constituyen las pautas de toda la normativa jurídica, resultando las primeras consecuencias de la intención de hacer efectiva la Justicia en la realidad social. Es generalmente aceptado que la noción de “Principio” reconoce dos acepciones; la primera como *elemento irreducible* al cual se reducen los demás que son, por consiguiente de él derivados. Se trataría del “Principio” como elemento originario de las cosas que existen realmente como consecuencia de su evolución, desarrollo y transformación real. La segunda entiende que “Principio” es la *razón o causa* por la cual las cosas son lo que son. Es decir como fundamento o razón de ser que sostiene la existencia o validez de sus consecuencias. Corresponde señalar que ambas concepciones no son excluyentes entre sí y que ambas se funden, y es esta noción unificadora la que resulta aplicable en el campo de las ciencias sociales y en el Derecho. “Principio” sería, por consiguiente, el *elemento* originario y la *causa, razón o fundamento* de la existencia de sus derivaciones y consecuencias.

De acuerdo a lo establecido en el Estatuto de la Corte (art. 38. 1.c), el Tribunal Internacional cuya función es decidir conforme al Derecho

generales del derecho»). En el caso de Chile, el Código de Procedimiento Civil, Artículo 170, provee que las decisiones judiciales finales deben detallar las leyes conforme a las cuales se dicta un fallo, y si no existen leyes aplicables al caso, los principios de equidad que sirven de fundamento a dicha decisión).

Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

La interpretación de esta disposición ha producido discrepancias en la doctrina acerca de su aplicación, ya que parte de la misma niega que los principios generales del derecho constituyan una fuente autónoma del Derecho internacional. Sin embargo, la mayoría de los tratadistas (y la tendencia contemporánea de la jurisprudencia internacional), se inclina por la postura contraria, afirmando la calidad de los principios generales como fuente principal del Derecho internacional, en la convicción de que la admisión y positivización de los principios generales del derecho efectuada por el artículo 38, supone un gran avance en la perfección del ordenamiento jurídico internacional, y su incorporación ha supuesto el abandono de un punto de vista estrictamente positivista⁴⁶.

En numerosos casos, cuando los jueces no encuentran una norma convencional o una costumbre perfectamente identificada como tal para resolver en el asunto concreto, recurren a los conocidos principios de razón y justicia, que se encuentran, generalmente, en todos los órdenes jurídicos de los Estados. Pero los jueces ante ellos, toman una posición especial para “adaptarlos” al caso concreto y de acuerdo a las circunstancias de los hechos legados por las partes. Sobre el particular Verdross sostiene que el derecho convencional y el consuetudinario no agotan el Derecho internacional, sino que ambos encuentran su complemento en los principios generales del derecho, y éstos infunden sangre nueva al relativamente conservador derecho internacional. Por otra parte, además de esta función, los principios generales del derecho sirven para interpretar preceptos jurídicos internacionales dudosos. *En consecuencia, los principios generales del derecho iluminan todo el ordenamiento jurídico internacional*⁴⁷.

Otro punto de discusión estriba en la interpretación de la naturaleza jurídica de los principios generales a que se refiere la norma en cuestión: ¿Alude a principios deducidos de la idea general de derecho? ¿A principios generales que se aplican en todos los sistemas jurídicos de los Estados? ¿O la disposición hace referencia a los principios generales del Derecho internacional? La mayoría de la doctrina se inclina por la segunda de las posiciones expuestas, es decir, que los principios a que se refiere la disposición, son los que constituyen la base del derecho interno, que en definitiva responden a la idea misma del derecho en la que todo ordena-

⁴⁶ PASTOR RIDRUEJO, *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*, Ed. Rialp, Madrid, 1962. Este autor sostiene que la línea general de la jurisprudencia internacional, en los casos no contemplados por reglas positivas -tratados y costumbres-, es la de otorgar a los principios generales categoría normativa, ya que estos principios son, en definitiva, principios del Derecho Natural (operativos y funcionales). Significa una postura clara ante el problema de la fundamentación del Derecho de Gentes, fundamentalmente antivoluntarista.

⁴⁷ VERDROSS, ALFRED, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, 1978.

miento jurídico encuentra su fundamento. En consecuencia, *“los principios en cuestión deben buscarse en el derecho interno, puesto que los sistemas de él, en muchos casos, se encuentran más desarrollados que el internacional. Los que tienen más importancia son los principios de derecho privado, y de procedimiento, las ramas más antiguas y técnicamente más desarrolladas en casi todos los Estados”*⁴⁸. La historia del arbitraje internacional nos revela que los tribunales arbitrales han fundado siempre sus sentencias no sólo en normas de derecho convencional o consuetudinario, sino también en principios que no habían sido recogidos en tratados ni tampoco expresados en costumbres. Estos principios, que antiguamente se adscribieron al *jus gentium*, se llaman hoy “los principios generales del derecho”.

El artículo 38 habla sólo de *“principios de derecho”* y no de *“reglas de derecho”*; de lo cual resulta que no se refiere a cualesquiera preceptos jurídicos de los distintos Estados que casualmente coincidan entre sí, sino única y exclusivamente a aquellos principios fundados en *Ideas Jurídicas Generales*, aplicables a las relaciones entre Estados. Entre tales principios pueden mencionarse: el principio de la buena fe y prohibición del abuso del derecho; el de cosa juzgada; el de que la ley especial deroga la ley general; la aligación de reparar el daño causado; el enriquecimiento sin causa⁴⁹.

Estos principios generales, derivados de los ordenamientos jurídicos internos, pasan a la categoría de internacionales cuando son incorporados al derecho internacional en un tratado o en una costumbre, o bien cuando son empleados por un juez internacional. La jurisprudencia internacional derivada de la actividad de la Corte Permanente de Justicia Internacional, como de la actual Corte Internacional de Justicia, se ha referido a los principios generales del derecho utilizando diferentes términos: los propiamente dichos de la norma del artículo 38 “principios generales del derecho”, o “principios bien conocidos”, o “principio bien establecido o generalmente reconocido”, etc.⁵⁰.

⁴⁸ SORENSEN, MAX, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, 1978.

⁴⁹ VERDROSS, ob. cit.

⁵⁰ La Corte Permanente citó expresamente a los principios generales del Derecho en el Caso de los Intereses Alemanes en Alta Silecia Polaca: *«Aunque esta situación se califique de «excepción» o aunque tome el nombre de fin de non recevoir, es cierto que nada, ni en el Estatuto ni en el Reglamento ni en los principios generales del derecho, impide al Tribunal ocuparse de ella desde este momento, y previamente a todo debate sobre el fondo, puesto que la posibilidad de semejante debate dependerá de su no admisión»* (CPJI, Serie A, N° 6). En relación con el principio general que establece la obligación de reparar el daño causado, la Corte lo indicó expresamente en su resolución sobre el Asunto de la Fábrica Chorzow: *«En cuanto al primer punto el Tribunal observa que es un principio de Derecho Internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar»* (CPJI, Serie A, Ng 17, p. 29). Con respecto al principio general del abuso del derecho, la Corte Permanente, lo cita expresamente en el Asunto de la Zona Francesa de la Alta Saboya: *«Considerando ... que se debe hacer una reserva para*

Como se desprende de lo expresado anteriormente, la jurisprudencia –si bien ha hecho referencia en ciertos casos a los principios generales del derecho–, no ha sido muy profusa en la aplicación de estos principios a que se refiere el apartado 1, c) del artículo 38, debido fundamentalmente a que indudablemente las otras dos fuentes principales –los tratados y la costumbre–, en los casos presentados, han sido autónomamente suficientes para dilucidar la cuestión⁵¹.

el caso de abuso de derecho, abuso que el Tribunal no puede, sin embargo, presumir» (CPJI, Serie A, N° 24). La Corte Internacional de Justicia, también se ha referido, en numerosas oportunidades a los principios generales del Derecho. Así ha hecho mención «a ciertos principios generales y bien reconocidos», en el caso del Estrecho de Corfú: «Las obligaciones que correspondían a las autoridades albanesas consistían en hacer conocer el interés de la navegación en general, la existencia de un campo de minas en las aguas territoriales albanesas y en advertir a los barcos de guerra británicos, ..., el peligro inminente al que les exponía el campo de minas. Estas obligaciones se fundan no en la VIII Convención de La Haya de 1907, que es aplicable en tiempos de guerra, sino sobre ciertos principios generales y bien reconocidos, tales como consideraciones elementales de humanidad, más absolutos aún en tiempos de paz que en tiempos de guerra, el principio de la libertad de las comunicaciones marítimas y la obligación, para todo estado, de no dejar utilizar su territorio para los fines de actos contrarios a los derechos de otros Estados» (CIJ, 1949). En la Opinión Consultiva requerida por la Asamblea General acerca de las Reservas de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, la Corte al expedirse sobre la primera cuestión planteada, respondió al interrogante de que en qué medida pueden efectuarse reservas a la Convención, en los siguientes términos: «La Convención de Genocidio tiene por objeto prohibir las destrucciones de grupos humanos. Los principios que informan su contenido son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios, aún sin vínculo convencional alguno, lo cual da a esta Convención la mayor universalidad posible». (CIJ, Recueil, 1951). En ocasión de la Opinión Consultiva sobre el Efecto de sentencias indemnizatorias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, la Corte volvió a hacer referencia al efecto obligatorio que tienen los principios generales del derecho, en estos términos: «Es un principio de derecho generalmente reconocido que las sentencias de un cuerpo judicial constituyen *res iudicata* obligatoria para las partes. En este caso, las partes son los funcionarios demandantes por un lado, y el Secretario General, representando a la Organización por el otro. La sentencia es final e inapelable, según el art. 10 del Estatuto del Tribunal, y por lo tanto, obligatoria para las Naciones Unidas. Siendo que la Asamblea General es un órgano de las Naciones Unidas, ésta está obligada a cumplir la sentencia, y debe pagar las indemnizaciones fijadas». (CIJ, Recueil, 1954). Los casos citados no fueron los únicos en que la Corte hizo referencia a los principios generales del derecho. En efecto, se refirió a ellos en la sentencia del 18 de julio de 1966 (Etiopía y Liberia contra la Unión Sudafricana), en el Caso Namibia (donde estableció que constituye un principio general del derecho que la violación de una obligación jurídica da derecho a la otra parte a solicitar la extinción del compromiso asumido), en el fallo sobre el Recurso concerniente a la competencia del Consejo de la OACI (18 de Agosto de 1972), al determinar que «un principio de derecho muy importante está en juego: que una parte no tiene por qué explicarse sobre cuestiones de fondo ante un tribunal que no es competente en el caso concreto o cuya competencia no ha sido aún establecida».

⁵¹ PASTOR RIDRUEJO, ob. cit.

Junto a los principios generales del derecho reconocidos en “foro doméstico”, y elevados a la categoría de principios internacionales, existen otros propiamente internacionales que, según parte de la doctrina, no encuadrarían dentro del dispositivo del apartado 1.c) del artículo 38, puesto que estos últimos en realidad no serían más que aquellas normas del Derecho internacional que derivan de las costumbres o de los tratados⁵². Estos principios generales internacionales, tales como la primacía del tratado internacional sobre la ley interna; el principio de la continuidad del Estado; el respeto a la independencia e igualdad de los Estados; la regla del agotamiento de los recursos internos para la procedencia de la acción de amparo diplomático, etc., son por su propia naturaleza, de índole estrictamente internacional, y no deberían confundirse con los principios generales del derecho a que hace referencia la disposición citada. “Están basados ... en costumbres tan universales y bien establecidas, que el juez o árbitro que confía en ellos no cree necesario aducir precedentes para probarlos”⁵³.

En general, cuando se considera a los principios generales del Derecho internacional, se los descalifica como fuente aduciendo dos razones: a) que constituyen normas de Derecho internacional derivados de las costumbres o de los tratados, es decir que derivan de otra fuente, o bien, b) que están excluidos de lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte, ya que por sus antecedentes preparatorios y la opinión de sus autores, los principios generales del derecho mencionados en el apartado 1.c), son exclusivamente los principios generales del derecho reconocidos en “foro doméstico”, elevados a la categoría de principios internacionales⁵⁴.

No parecen aceptables los argumentos expuestos. Es discutible que los principios generales del Derecho propiamente internacionales, signifiquen meramente la expresión de una norma consuetudinaria, ya que en muchos casos no revisten las condiciones previstas para la formación de esta última; en especial, carecen del elemento material, entendido como práctica constante, generalizada y uniforme. En otros supuestos, el elemento subjetivo, la *opinio juris*, se encuentra asentado y confirmado por un principio general de derecho internacional preexistente. Esta afirmación se patentiza en principios generales puros y simples:

⁵² SORENSEN, ob. cit. Sobre el particular este autor expresa que los principios generales del derecho que se originan en el derecho interno en general, constituyen una fuente diferente. Debido a su generalidad han llegado a ser considerados como fundamentales, en el sentido de que son reglas que los Estados no pueden desconocer en modo alguno.

⁵³ SORENSEN, ob. cit.

⁵⁴ GUTIERREZ ESPADA, ob. cit. Cuando para aplicar el derecho a un caso concreto, el juez induce la norma a aplicar de un principio general de los ordenamientos jurídicos internos, lo que hace es, más que aplicar un derecho preexistente, formularla, elaborarla, darle vida a través de normas de los derechos internos.

igualdad jurídica de los Estados, el principio de continuidad e identidad del Estado, la primacía de la norma internacional sobre la interna, etc. La alegación de una costumbre, en muchos casos cuestionada por diversas razones e incluso a veces de difícil prueba por su existencia difusa, tanto en su elemento material como subjetivo, es una tarea más complicada, cuando en realidad de lo que se trata es de la aplicación de un principio general del Derecho internacional innegable, por la identificación plena de su existencia por sí mismo.

La cada vez más frecuente alusión de la Corte a principios generales, o principios fundamentales, significa la aceptación de tales principios como fuentes, a pesar de que a veces se invocan como íntimamente vinculados a una costumbre internacional; en realidad, tal alegación, no es otra cosa que la afirmación y aplicación de una norma u obligación que tiene como fuente los principios generales del Derecho internacional. Las normas convencionales y consuetudinarias son consecuencias y concreción destinadas a facilitar la aplicación de los "Principios" jurídicos básicos y dicha función es motivo de permanente y pacífico reconocimiento jurisprudencial y doctrinario en cuanto no existe controversia acerca de la aplicación de tales reglas principistas en caso de insuficiencia legal positiva y esto es así porque los "Principios" constituyen pautas legales esenciales y vigentes; informan toda elaboración jurídica particular, condicionan el proceso de creación de normas jurídicas, e integran la ley concreta. El valioso aporte del positivismo se limita a posibilitar la realización efectiva de las pautas normativas universales que constituyen los "Principios" jurídicos.

El otro argumento, que los principios generales del derecho internacional no constituyen una fuente autónoma ya que no se encuentran incluidos dentro de las fuentes enumeradas en el art. 38, nos merece las siguientes consideraciones. En primer lugar, que su no inclusión no significa obstáculo alguno para considerarlo fuente, atento a la opinión mayoritaria de que las fuentes del Derecho internacional no se agotan en las enumeradas en dicho artículo, sino que el mismo reviste un carácter indicativo de las normas que la Corte debe aplicar ante el caso concreto. Lo que en el derecho interno se encuentra claramente establecido, y a veces sobreentendido, por su carácter previsible y centralizado, el Estatuto, en el caso de la Corte, lo enumera y ejemplifica, no haciendo más que aplicar un principio general del derecho, en cuanto a las normas aplicables a un caso en particular. De acuerdo a esta tendencia no existiría obstáculo para admitir que los principios generales del Derecho internacional constituyen una fuente autónoma y principal del Derecho internacional, hecho que por otra parte, entendemos ha sido aceptado por la jurisprudencia internacional. En segundo término, si se acepta la existencia de "Principios" de una determinada rama del conocimiento, en definitiva debe admitirse la factibilidad de realizar una clasificación de los Principios del Derecho. Tal reconocimiento es motivo de aceptación expresa en la normativa internacional vigente. Es en tal sentido que corresponde efectuar

la interpretación de lo prescripto por el Estatuto de la Corte de Justicia Internacional en su artículo 38, 1, c) cuando prescribe: "...c) *Los principios generales de derecho reconocidos por las Naciones civilizadas. ...*".

Otro criterio sería aceptar la ampliación de la interpretación del punto 1. apartado c) del artículo 38, en el sentido de que los principios generales del derecho aceptados por las naciones civilizadas, comprenden no sólo aquellos principios generales del derecho propiamente dicho en su interpretación original, sino también los principios generales del derecho internacional. De esta forma los tribunales y estados afirmarían y alegarían sin equívocos, que sus derechos y obligaciones, en muchos casos, tienen como fuente principal y autónoma, los principios generales del Derecho internacional; los tribunales y estados afirmarían y alegarían sin equívocos, que sus derechos y obligaciones, en muchos casos, tienen como fuente principal y autónoma, los principios generales del derecho. Los «Principios» del Derecho Internacional son "Principios propios" de la disciplina relacionados con los "Principios generales del Derecho" fundados en la particular naturaleza de la realidad social internacional.

La función de la jurisprudencia es de resolver el conflicto de oposición de derechos e intereses aplicando, en ausencia de una específica provisión de derecho, los corolarios de los principios generales. Al hacerlo, el tribunal crea derecho para el caso determinado (tal como otras fuentes no enumeradas, por ejemplo los actos unilaterales), ya sea que los "principios" sean presentados como generalizaciones de normas existentes de derecho internacional o como principios generales del derecho en la acepción del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

3.3. La jurisprudencia y la equidad

Partiendo de la premisa de que el positivismo niega la existencia de fuentes primarias del derecho con exclusión de las leyes escritas, el régimen revolucionario de la Revolución Francesa iba a infligir un golpe sin precedentes a la función judicial en Occidente, denegando poderes de equidad a los jueces en los tiempos posrevolucionarios. La creatividad judicial carecería de todo rol que cumplir. Sin embargo, fue imposible negar que desde un punto de vista filosófico, al menos, la función judicial necesitaba de la equidad como una herramienta para corregir abusos. La salida fue permitir a los jueces utilizar la equidad única y exclusivamente cuando no existiera una solución de derecho escrito para un caso determinado. De esta manera, se generó la idea de que el poder judicial podría, en casos excepcionales, "hacer derecho", mediante el uso de poderes de equidad a fin de dar una solución legal en casos de lagunas legales. Los poderes judiciales de equidad quedaron exclusivamente limitados a los casos "no proveídos por la legislación", y siempre en subsidio del derecho escrito. Este concepto revolucionario de la equidad fue receptado por Andrés Bello, inspirador de la mayoría de los códigos civiles latinoamericanos.

De acuerdo con el artículo 38, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ésta puede solucionar un litigio “*ex aequo et bono*” únicamente cuando las partes lo convienen:

“2. *La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.*”

El párrafo final del artículo 38 citado ha motivado controversias en la doctrina vinculadas con el concepto de equidad y las funciones que la misma cumpliría en el marco del Derecho internacional. Por tal razón, para tratar de precisar el sentido y alcance de la cláusula *ex aequo et bono*, como la ubicación de la equidad en el marco normativo de las fuentes del derecho internacional, abordaremos seguidamente un análisis del concepto, las funciones de la misma y la interpretación efectuada por la jurisprudencia de la Corte.

El concepto de equidad va unido a la idea de justicia: es la justicia aplicada a un caso concreto con la finalidad de suavizar el excesivo rigor de la ley. La función de la equidad es, pues, corregir la injusticia que puede derivar de la aplicación de una norma a una determinada situación. En consecuencia, la equidad no es algo ontológicamente distinto de la justicia, sino una modalidad de la misma. “*La equidad ha sido invocada como medio para atemperar y completar el derecho y podría serlo aun, para suplirlo*”⁵⁵. En tal sentido, la equidad es la percepción de lo que exige la justicia en el caso concreto, teniendo en cuenta todos los elementos específicos y haciendo abstracción de las exigencias puramente técnicas del derecho positivo. Esta aplicación de la equidad al caso particular tiene un ingrediente subjetivo: la valoración personal del juez sobre lo equitativo o inequitativo de la situación planteada para su resolución; la equidad es por ello, “*subjetiva y concreta*”. Subjetiva, porque se encuentra en la conciencia del juez; concreta, porque consiste en la reacción del juez ante el caso individual que se le presenta⁵⁶.

La equidad cumple una función esencial en la aplicación del derecho internacional. En efecto, existe consenso en que éste debe ser aplicado con equidad. ¿Y qué significa esta afirmación? Que el juez debe adecuar la norma al caso concreto con un sentido de justicia, atemperando su excesivo rigor o adaptándola, conforme el criterio valorativo de las circunstancias del caso, cuando la misma sea imprecisa, injusta o insuficiente. De tal modo, el concepto de equidad adquiere legitimidad por su carácter de razonable y conveniente. De acuerdo a lo expuesto, la facultad que tiene el juzgador de hacer uso de la equidad aparece necesariamente unida a cualquier resolución de una cuestión de derecho,

⁵⁵ MONCAYO, ob. cit.

⁵⁶ MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al Derecho Internacional Público*, Gráfica Yagues, Madrid, 1974, citando a HERRERO DE LA FUENTE, *La equidad y los Principios Generales del Derecho*.

sin que sea imprescindible una autorización expresa de las partes en tal sentido. Esta función interpretativa de la norma jurídica atribuida a la equidad, es la llamada en doctrina “*infra legem*” o “*infra ius*” o “*secundum legem*”⁵⁷.

Otra función atribuida a la equidad es la de instrumento para llenar una laguna del derecho. Es decir, la aplicación de reglas de equidad a un caso concreto por no existir una norma positiva aplicable al mismo. Esta función de la equidad, que podríamos llamar “supletoria” o “complementaria” de la regla jurídica, es la denominada “*Praeter Legem*”; aquí la equidad actúa como medio para satisfacer la resolución judicial, por inexistencia o insuficiencia de una norma jurídica. De este modo, la equidad constituiría una norma subsidiaria del Derecho internacional, con toda la implicancia jurídica que esta calificación trae aparejada en la tipificación de las fuentes de este derecho.

La tercera y más discutible función de la equidad, es la llamada “*Contra Legem*” o eliminadora de la norma jurídica. El hecho de que el juez en el caso particular pueda dejar de lado la aplicación de una norma jurídica por razones de equidad no es aceptado por la doctrina, con la única excepción del acuerdo expreso de las partes. Pero aun en este supuesto, no todos los autores están de acuerdo en su legitimidad. “*Una decisión basada en la equidad o inspirada en consideraciones extrañas al derecho, constituirá un exceso de poder*”⁵⁸.

De acuerdo a las consideraciones efectuadas cabe preguntarse cuál de las funciones de la equidad enunciadas es la que autoriza el pronunciamiento de la Corte conforme el artículo 38 del Estatuto de la misma. Para la mayoría de los autores la cláusula *ex aequo et bono* no puede ser interpretada como la aplicación “*infra legem*” de la equidad, al no constituir ésta un requisito independiente de la decisión judicial. Se entiende que esta interpretación constituye una vía normal de aplicación del derecho positivo, siendo su finalidad atemperar la aplicación rigurosa de la norma. Más discutible es la aplicación de la equidad “*praeter legem*”, esto es, como medio de llenar una laguna del derecho. La doctrina se encuentra dividida con relación a esta aplicación supletoria de la equidad, en tanto que la Corte se ha pronunciado en contra de la misma de no mediar acuerdo previo de partes⁵⁹.

⁵⁷ Esta función interpretativa de la equidad fue establecida por el Instituto de Derecho Internacional (Luxemburgo, 1937) «... que la equidad es normalmente inherente a una sana interpretación del derecho, y que el juez internacional, lo mismo que el interno, está llamado por su propia misión a tener en cuenta de ella en la medida compatible con el respeto del derecho».

⁵⁸ MOUSKHEL, NICHÉL, «*L'equite en droit international moderne*», citado por BERMEJO GARCÍA, R., «*Lugar y función de la equidad en el nuevo derecho internacional*», Anuario de DI, VII- 1983.

⁵⁹ En el asunto del Sud-Oeste Africano el Tribunal Internacional negó

Ahora bien, con relación a la equidad "*contra legem*", es indudable que para que el juez deje de lado en su resolución una norma de derecho positivo, ha de requerirse el consentimiento previo y expreso de las partes en tal sentido. Es tan relevante esta función atribuible a la equidad, que no sólo no se ha planteado un caso con tales características ante la Corte, sino que ésta nunca ha dejado de lado la aplicación de una regla de derecho positivo para sustituirla por una norma de equidad; sólo ha recurrido a ella en la aplicación de la norma positiva. Nos preguntamos cuáles serían los efectos de esta aplicación de la equidad, previa la conformidad de las partes, en abierta confrontación con el derecho positivo. En tal sentido, deberíamos concluir que, más que una aplicación contraria a la norma, lo que efectuaría el juez sería una valoración equitativa dejando de lado el derecho positivo; es decir, arribaría a una solución del conflicto al margen de reglas de derecho positivo. Por otra parte, en esta aplicación de la equidad, ¿debería moverse el juzgador dentro del campo jurídico o podría fundarse su decisión en normas de equidad ajenas al derecho, con criterios de conveniencia relacionados a las partes y al caso concreto? Entendemos que la cláusula de jurisdicción de equidad del art. 38, aun cuando

terminante-mente esta aplicación sin el consentimiento expreso de las partes, lo que sin duda está en un todo de acuerdo, a nuestro entender, con lo dispuesto en el párrafo 2° del art. 38 afirmando además, que la Corte no es un órgano legislativo; su misión es la de aplicar el derecho internacional, no crearlo. Una conclusión diferente se plantea con relación a la Sentencia de la Corte Internacional del 5 de Febrero de 1970 (caso «Barcelona Traction» entre Bélgica y España). PASTOR RIDRUEJO entiende que nos encontramos ante una interpretación «*praeter legem*» del Alto Tribunal. Aduce que la Corte reconoció que se encontraba ante una laguna del derecho al tratar el tema central del litigio: ¿cuál es el Estado legitimado para ejercer la protección diplomática de una Sociedad Anónima, el de la nacionalidad de los accionistas (posición de Bélgica) o aquel bajo cuyas leyes se ha constituido la sociedad y donde tiene su sede? (posición de España). A nuestro entender, sin embargo, la resolución de la Corte en el caso referido no constituye una aplicación «*praeter legem*» de la equidad, ya que en varios pasajes del fallo surge con claridad que el Tribunal aplicó normas consuetudinarias vigentes en materia de protección diplomática, evitando expresamente sustituirlas por reglas de equidad. En efecto: «*El Tribunal estima que, en el ámbito de la protección diplomática como en todos los demás ámbitos, el derecho internacional exige una aplicación razonable. Se ha sugerido que si no se puede aplicar en determinado asunto la norma general según la cual el derecho de protección diplomática de una sociedad corresponde a su estado nacional, podría indicarse, por razones de equidad, que la protección de los accionistas en cuestión fuese asegurada por su propio estado nacional. La hipótesis considerada no corresponde a las circunstancias del presente caso.*» Más adelante, la Corte desecha aplicar la equidad, legitimando la posición de Bélgica de ejercer la protección diplomática de sus nacionales accionistas, ya que en nombre de la misma sería difícil establecer distinciones conforme a criterios cuantitativos y porque la adopción de la tesis de protección diplomática de los accionistas como tales, al abrir la vía a reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear un clima de confusión e inseguridad en las relaciones económicas internacionales.

autoriza una aplicación amplia de la misma, no permite a la Corte situarse fuera del derecho ni recurrir a valoraciones extrajurídicas de la equidad. Pero cualquiera sea la interpretación que pueda hacerse de la equidad “*contra legem*”, ésta tiene un límite insoslayable para su aplicación: las normas imperativas de Derecho internacional o “*ius cogens*”.

Como conclusión conforme lo ya expresado, el párrafo 2º del art. 30 del Estatuto de la Corte, al establecer la cláusula “*ex aequo et bono*”, permite la aplicación de la equidad en dos sentidos: “*Praeter Legem*” y “*Contra Legem*”.

En el derecho internacional, la equidad es un concepto jurídico que se encuentra ínsito en toda norma de derecho; es decir, constituye “*un referente jurídico que, sin embargo, no está integrado en la formulación de la regla misma*”⁶⁰. Desde este punto de vista, el rol fundamental de la equidad está dado en la aplicación del derecho internacional teniendo en cuenta que: a) la equidad como concepto jurídico procede directamente de la idea de justicia; b) el juez debe aplicar principios equitativos como parte integrante del Derecho internacional, valorando cuidadosamente que lo razonable y equitativo en un caso concreto, depende forzosamente de las circunstancias, de suerte que se pueda llegar a un resultado equitativo; c) la idea de que la equidad se opone a la rigidez de las reglas del derecho positivo no se compadece con la evolución del derecho internacional público: la noción jurídica de equidad es un principio general directamente aplicable en tanto que derecho; d) la aplicación de principios equitativos debe conducir a un resultado equitativo; e) el adjetivo equitativo cualifica tanto el resultado como los medios; f) en materia de equidad, los principios están subordinados al objetivo que se quiere lograr: el resultado es lo que importa; g) en consecuencia, la equidad de un principio debe ser evaluada de acuerdo a la utilidad que tenga para el logro de un resultado equitativo: todos los principios no son en sí mismos equitativos; es la equidad de la solución la que les confiere esa cualidad; h) la expresión “principios equitativos” no puede ser interpretada en abstracto; debe serlo para un caso concreto y de acuerdo a las circunstancias del mismo, mediante un reenvío a las reglas que permitan lograr un resultado equitativo⁶¹.

La idea de la equidad como fuente del Derecho internacional no tiene una apoyatura sólida ni un fundamento preciso hasta el presente. Los autores que han defendido esta concepción no demuestran una

⁶⁰ JUSTE RUIZ, J., «*La equidad en derecho internacional público: Aspectos actuales*». Secretaría Gral., Madrid 1989. Inst. H. Luso Americano, agrega este autor: «La doctrina y la jurisprudencia internacionales han presentado tradicionalmente a la equidad en una dimensión que podríamos llamar extrapositiva».

⁶¹ Conceptos vertidos por la CIJ al resolver sobre la base de «principios equitativos» la delimitación de la plataforma continental en *el asunto de la «Plataforma Continental» (Túnez c. Jáhiriya Árabe Libia)* del 24 de Febrero de 1982. CIJ. Recueil, 1982.

postura clara al respecto y si bien algunos esgrimen argumentos aparentemente respetables, se trata finalmente de innovaciones verbales que no alcanzan a replantear la estructura existente en Derecho internacional.

Como ya hemos visto, aun en el supuesto de eventual aplicación de la cláusula “*ex aequo et bono*”, la equidad no puede ser considerada como fuente formal del Derecho internacional porque, en definitiva, constituye un elemento más en la aplicación del derecho a un caso concreto: “*Por definición, las decisiones ex aequo et bono no admiten generalización alguna y no pueden contribuir a la formación de normas del derecho internacional*”⁶².

Como ya expresáramos, la equidad no constituye en sí misma una fuente formal del derecho, ni tan siquiera un principio general de éste. Los principios generales del derecho y las normas jurídicas no son en sí mismos, equitativos o inequitativos; tal cualidad quedará patentizada con la apreciación subjetiva que se efectúe en la aplicación del principio o de la norma. Por ello, la utilización de medios aparentemente equitativos puede llevar a soluciones injustas o, a la inversa, un medio aparentemente injusto puede permitir arribar a una solución equitativa.

4. Las Lagunas del derecho y la jurisprudencia

Las denominadas lagunas del derecho están íntimamente relacionadas con la aplicación del derecho por parte de los jueces. El punto de partida sobre este tema sería interrogarse si el juez cuenta para resolver un caso concreto, con todas las normas legales que existen en el ordenamiento jurídico. Cuestión ampliamente debatida en el orden interno como en el internacional. Si se reconoce la existencia de lagunas y los jueces se

⁶² SORENSEN, ob. cit. Algunos autores han tratado de ver a la equidad como fuente material del derecho internacional, sobre todo a la luz de las normas del Nuevo Orden Económico Internacional. En opinión de esta corriente, la equidad cumpliría una misión renovadora de los conceptos tradicionales del derecho internacional, flexibilizándolos y adaptándolos a la nueva realidad política y económica de la sociedad mundial. Esta nueva concepción será válida en tanto sirva a una conveniente adecuación del derecho a las modificaciones de la sociedad (carácter destacado de todo derecho por otra parte, y particularmente del derecho internacional). Pero de ninguna manera puede significar un elemento que introduzca un factor de riesgo en las relaciones internacionales, al cuestionar reglas jurídicas vigentes sin más fundamento que el a veces mutable concepto de equidad, impregnado de subjetividad y muchas veces teñido de una conveniencia particular que determina la aplicación del derecho conforme a intereses unilaterales. Se ha intentado, inclusive, utilizar a la equidad como elemento para cuestionar -la legitimidad o aplicabilidad de una norma vigente, haciendo funcionar a aquella en forma análoga a la de la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*», es decir, alegando la equidad o inequidad de la situación, como producto de un cambio fundamental de las circunstancias que dieron origen a una norma determinada.

encuentran impedidos de un *non liquet*, se abre la puerta para que los tribunales puedan crear derecho⁶³.

Todas las variedades de lagunas tienen en común que describen un ámbito para el que no existe una norma predeterminada. Se dice que existe una laguna cuando: a) el orden jurídico no contiene una norma que sería conveniente que existiera (impropiamente denominada como tal ya que se trataría de una omisión *lege ferenda*); b) en otro sentido, se habla de “laguna técnica” cuando no existe una norma concreta que regule una materia específica⁶⁴; c) también se denominan “lagunas impropias u ocultas” aquellas que, cuando a pesar de existir la norma para el caso, la norma no contempla una situación de excepción.

En cierto sentido, ante la inexistencia de una norma concreta que regule un caso o materia específica, los jueces siempre pueden acudir a los principios generales del derecho. En estos casos la interpretación y aplicación del derecho, roza con la creación del derecho.

¿Existe en Derecho internacional una norma, como en los derechos internos⁶⁵, que prohíbe a los jueces dejar de fallar un caso concreto por inexistencia de norma aplicable al caso? Dicho de otra manera, ¿en Derecho internacional el juez podría fallar un *non liquet* por inexistencia de norma aplicable al caso? El derecho no puede admitir, sin renunciar a unas de sus funciones fundamentales, que haya situaciones que carecen de repuestas. Una forma de negar la existencia de lagunas sería el principio general de derecho que establece “que todo lo que no está expresamente prohibido se encuentra permitido” (aplicado por la CIJ en el caso *Lotus*). Tal es el pensamiento de Kelsen⁶⁶ quien sostiene que si no existe una norma de derecho que imponga a un sujeto a conducirse de determinada manera, el sujeto se puede comportar de la forma que lo desee. Ello responde al principio fundamental de que aquello que no está jurídicamente prohibido está permitido. Por ello, que para este autor no existen las “lagunas del derecho”. Todo está legislado por un tratado, o una costumbre, y aun cuando ello no sucediera, de conformidad al art.38 del estatuto de la Corte,

⁶³ Para RODRÍGUEZ CARRIÓN, la Corte en varios casos, se ha expedido en el sentido de aceptar el *non liquet*: *dictamen por daños (1949)*; *derecho de asilo (1950)*; *sentencia del sudoeste africano (1966)*; *asunto sobre competencias de pesquerías (1974)* – en este último caso la Corte afirmó que no existían normas de derecho internacional general aplicables en materia de pesca en alta mar.

⁶⁴ ORIOL CASANOVAS y LA ROSA, *Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional público. Cursos Euromediterráneos Bancaza de Derecho Internacional*. Vol. II, 1998. Ed. Aranzadi. Por ejemplo, cuando no existían normas que regularan el espacio ultraterrestre; en este caso se puede hablar de laguna normativa, pero no de una laguna del derecho, pues siempre existe la posibilidad de aplicar otros principios generales.

⁶⁵ En el derecho civil argentino el art.15 es claro: «Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes».

⁶⁶ KELSEN, ob. cit.

ésta puede resolver un caso concreto aplicando los principios generales del derecho.

La función de la jurisprudencia es de resolver el conflicto de oposición de derechos e intereses aplicando, en ausencia de una específica provisión de derecho, los corolarios de los principios generales. Al hacerlo, el tribunal crea derecho para el caso determinado (tal como otras fuentes no enumeradas, por ejemplo los actos unilaterales), ya sea que los "principios" sean presentados como generalizaciones de normas existentes de derecho internacional o como principios generales del derecho en la acepción del art.38⁶⁷.

5. Interpretación de las normas y la jurisprudencia

El Derecho internacional existe aunque no existan órganos centrales; "lo que constituye la juridicidad es esa cualidad especial que tienen las reglas jurídicas de ser justiciables, es decir, de poder al menos potencialmente, ser objeto de un juicio por un tercero"⁶⁸. La aplicación del Derecho internacional se encuentra vinculada al problema de la eficacia del orden jurídico internacional para posibilitar el cumplimiento de una de sus funciones más importantes: garantizar la paz y seguridad en el seno de la comunidad internacional. Las normas y obligaciones internacionales adoptadas y aceptadas por los Estados deben ser cumplidas por ellos de buena fe. (*Pacta sunt servanda*) y, generalmente así lo hacen en forma espontánea. Para la aplicación de una norma internacional es preciso la determinación previa, tanto de su existencia, como de su contenido y alcance. Si bien este proceso aparece como sencillo en los tratados, se torna más dificultoso en los casos de principios, normas imperativas y normas consuetudinarias. En efecto, aun cuando la norma sea identificada y se constate que se encuentra vigente, resta determinar si la misma es oponible al sujeto de que se trate. Esta situación se encuentra estrechamente vinculada con el carácter relativo de las normas internacionales (Las consuetudinarias, por la figura del objeto persistente; las convencionales, por la regla *res inter alios acta*).

La aplicación está íntimamente vinculada con el proceso de interpretación de la norma⁶⁹. La normativa internacional es menos siste-

⁶⁷ Kelsen, ob. cit.

⁶⁸ LeBEN cit. por ORIOL CASANOVAS y LA ROSA, *Cursos de Derecho Internacional. Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional Público*. Ed. Arazandi. 1998. p.123.

⁶⁹ Una diversidad de interpretaciones produce una controversia entre las partes que puede ser resuelta por un órgano judicial. La interpretación constituye un acto único de conformidad a disposiciones abstractas que constan en la CV69 (art.31 regla general de interpretación). A pesar de constituir un acto unitario, sin embargo es evidente la complejidad teniendo en cuenta la variedad y multiplicidad de elementos a tener en cuenta para practicarla. La jurisprudencia

mática y coherente que en los derechos estatales. Pero, como en toda controversia, las normas internacionales se aplican a casos concretos. Por eso el proceso de aplicación reviste una fundamental importancia para determinar el alcance de la norma. A ese fin es necesario un proceso de interpretación efectuado por las propias partes, un tribunal jurisdiccional, una comisión de conciliación, una organización internacional, etc. Es decir, según quién realice la interpretación y según la finalidad que se persigue, será el resultado de aplicación de la norma al caso concreto. Aunque, a decir verdad, existen reglas y pautas en materia de interpretación que han sido fijadas en la CV69 sobre el Derecho de los Tratados que la mayoría de los tribunales jurisdiccionales tanto nacionales como internacionales citan y observan como válidas.

La aplicación de las normas internacionales corresponde a los propios sujetos, y en tal sentido los Estados, sujetos principales, la aplican y cumplen no sólo por el compromiso jurídico internacional que suponen tales normas, sino también porque en muchos casos la incorporan a su derecho interno, y consecuentemente, son aplicadas por sus propios órganos. En efecto, los tribunales nacionales en muchos casos aplican el derecho internacional en virtud de la incorporación al derecho interno de los tratados debidamente ratificados, pero también pueden hacerlo con normas internacionales consuetudinarias⁷⁰. La aludida reconocida carencia de órganos centrales de naturaleza judicial y ejecutiva en la comunidad internacional, impide, la mayoría de las veces, el cumplimiento forzoso de las normas internacionales.

6. Fragmentación y jurisprudencia

Otro fenómeno que tiene íntima relación con el valor actual de la jurisprudencia, es el problema de la fragmentación del derecho que en la actualidad constituye uno de los temas más importantes para los iusinternacionalistas. La multiplicidad de regímenes especiales de derecho internacional, basados en tratados multilaterales especializados y constituciones de organizaciones internacionales es una prueba de ello.

de la CIJ es ilustrativa sobre la diversidad de soluciones que se dan en los casos concretos. ORIOL CASANOVA, ob. cit. Ejemplos: a) Op. Consult. (1950) sobre admisión de un nuevo miembro (sentido natural de los términos de un tratado); b) *as. Sudoeste africano* (1996) (fecha crítica e intenciones de las partes); c) *opinión s/ Namibia* (buena fe en cumplimiento de la Carta); d) *as. Gabsikovo* (normas actuales teniendo en cuenta que se trataba de un obligación continuada y, por lo tanto, evolutiva).

⁷⁰ La aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales también muestra la naturaleza evolutiva del orden internacional...Este es un fenómeno creciente en la función judicial, pero también se ha prestado a abusos en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales o en la propia interpretación del derecho internacional aplicable.

El resultado es el conflicto (normativo) entre dichos regímenes, así como entre ellos y el derecho internacional general. La fragmentación, entre otras causas, es entendida como un epifenómeno de la globalización. El derecho internacional habría quedado obsoleto ante la dinámica de la globalización. Por ello, la cuestión de la fragmentación del derecho internacional constituye el principal debate académico en la era de la globalización.

Tanto la mundialización (o “universalismo”) como el regionalismo son un reflejo de la voluntad de los Estados de encontrar en el nivel regional mejores respuestas a las limitaciones de su soberanía que implica el fortalecimiento del cuerpo universal. Se ha calificado el fenómeno de la mundialización también como “universalismo” o “globalización”⁷¹. “Sin embargo, cuando se utilizan estos términos (mundialización-globalización) se hace de tal manera *“que cada uno de ellos parece comprender tanto la dimensión geográfica como la material”* ⁷². En este relato, nosotros nos referiremos a los términos «universalismo-regionalismo» desde el punto de vista estrictamente jurídico, considerando las normas del Derecho internacional general con las del Derecho internacional particular (cualquiera sea su procedencia), normas estas últimas que, como veremos, han dado lugar al problema de la fragmentación, diversificación o sectorialización del Derecho internacional. A estos conceptos, parecidos o análogos entre sí, se hace necesario compatibilizarlos con los de interdependencia (económica, política, cultural, ecológica, etc) y regionalismo. Algunos sostienen que la creciente interdependencia entre los actores internacionales ha llevado a lo que se conoce o denomina “mundialización”, concepto que si bien es cierto es vago o ambiguo, patentiza una realidad

⁷¹ Los dos primeros conceptos (mundialización y universalismo) son más clásicos; se refieren a sucesos o normas jurídicas que ocurren o se aplican, respectivamente, en toda comunidad internacional. En cambio la noción de «globalización» (especialmente común en la doctrina anglosajona) es relativamente reciente: parece ser, desde alguna óptica, un producto del vocabulario que se encuentra «de moda», para llamar o sustituir los otros dos términos. Parte de la doctrina considera que los conceptos de «mundialización» y «globalización» se consideran como sinónimos, pero representan situaciones diferentes. El primero, estaría referido con un sentido geográfico, mientras que la globalización se vincula con un aspecto material, en el sentido de que el proceso de interdependencia alcanzaría prácticamente a todos los ámbitos de la actividad humana, fundamentalmente al económico, que consiste en la creciente integración de las distintas economías nacionales en una única economía de mercado mundial. Su definición y apreciación puede variar según el interlocutor. Si bien algunas veces se la relaciona como producto de los organismos internacionales, ello no invalida que la globalización sea un proceso autónomo, espontáneo, ajeno a la dirección de tales organismos, que depende más bien del crecimiento económico, el avance tecnológico y la conectividad humana.

⁷² SALINAS ALCEGA, S. - C. TIRADO ROBLES, «Adaptabilidad y fragmentación del derecho internacional: la crisis de la sectorialización». Real Instituto de Estudios Europeos. Zaragoza (España). 1999.

que no hay que soslayar, sino por el contrario analizar y, en su caso, regular. “Mundialización” o “universalismo” parecen ser contradictorios con el “regionalismo”. El concepto de regionalismo se construye sobre la solidaridad política, por el ámbito espacial o por la materia. Si el regionalismo existe, es porque responde a las necesidades que no son satisfechas por el orden jurídico universal; esto significa que los Estados estiman que los beneficios del regionalismo superan a sus inconvenientes. El desarrollo del regionalismo se ha visto favorecido por la acción de las organizaciones regionales de carácter restringido, “...favoreciendo la solución de problemas regionales ..., que si bien no son contrarias a los principios y normas generales,...presentan ciertas peculiaridades que derivan de los valores propios de cada región”⁷³. Este fenómeno de la “mundialización-internacionalización” influye sobre el derecho internacional general, ya que “la universalidad de las reglas comunes entraña igualmente la especialización de ramas del Derecho internacional y la autonomía relativa de sistemas jurídicos especiales concebidos en función de características propias de los ámbitos que regulan”⁷⁴.

Una de las peculiaridades del ordenamiento jurídico internacional es la coexistencia de un Derecho internacional común o general con ordenamientos internacionales particulares, parciales o especiales, que cuantitativamente, son muy superiores a los generales. Se denomina derecho internacional general al conjunto de normas y principios jurídicos que son válidos y obligatorios para todos los sujetos de la comunidad internacional⁷⁵, mientras que, la denominación de Derecho internacional particular, queda reservada para aquellas normas jurídicas que obligan sólo a cierto número de Estados o sujetos internacionales, es decir, que no tiene validez universal. Como la mayor parte del Derecho internacional es de naturaleza dispositivo, (sin perjuicio de las excepciones en materia de normas imperativas y de otros casos de inderogabilidad), los acuerdos especiales o particulares pueden dejarlo sin efecto, o bien, es posible y admisible jurídicamente, apartarse del derecho general. Siendo el tratado una fuente primordial de Derecho internacional, tanto los convenios bilaterales como los multilaterales, pueden crear este derecho particular para regir sus mutuas relaciones. Se trata de normas convencionales, pero también existen normas particulares de Derecho internacional consuetudinario. Así, las normas que sólo obligan a dos o más Estados

⁷³ SALINAS, ob. cit.

⁷⁴ P. DUPUY, P. M., «Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international» en BEN ACHOUR et LAGHMANI- *Harmonie y contradictions en droit international*. Pedone. París. 1996. Citado por SALINAS ALCEGA, ob. cit..

⁷⁵ Normas básicas en materia de fuentes, subjetividad, representación, responsabilidad, y reglas que establecen los principios fundamentales del Derecho internacional.

constituyen el llamado Derecho internacional “particular”⁷⁶. Pero una norma puede ser especial o particular, no sólo en relación con el número de Estados a los que se aplica, sino también por la extensión y contenido de la materia que trata⁷⁷. A través del Derecho internacional particular se va ampliando el Derecho internacional general, provocando su diversificación y expansión lo que ha suscitado lo que se denomina el proceso de fragmentación del Derecho internacional⁷⁸. El Derecho internacional particular presupone el Derecho internacional “común” o “general”. La existencia de un Derecho internacional particular, no significa que las normas que lo integran se encuentren aisladas del Derecho internacional general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores y anteriores a ellos y que son de aplicación supletoria. El Derecho internacional general siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares.

7. Jurisprudencia, fragmentación y organizaciones internacionales

La ampliación de las funciones del Derecho internacional público Clásico al contemporáneo, producto del cambio operado en la comunidad internacional, se traduce, fundamentalmente, en el campo de la cooperación internacional y, su correlato, la institucionalización de la comunidad. La función de cooperación dio nacimiento a nuevas ramas o subsistemas jurídicos como el Derecho del Desarrollo, el Derecho Económico Internacional, el Derecho del Medio Ambiente, el Derecho Internacional Penal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, etc., que determinan el surgimiento de nuevos conceptos de contenido jurídico. En el proceso-función de cooperación y desarrollo, juegan un papel significativo las organizaciones internacionales, consideradas el paso necesario en la institucionalización de la comunidad internacional. El hecho de que dichas organizaciones posean y produzcan un sistema jurídico propio y sean heterogéneas, trae aparejado el riesgo de la incoherencia de sus normas entre sí y con respecto al Derecho internacional general.

⁷⁶ Ciertas normas particulares, al ser desarrolladas y aceptadas por todos los Estados de una región geográfica, han sido denominadas normas jurídicas regionales, como el caso del denominado «derecho internacional americano». Una norma regional es una norma del Derecho internacional cuyo ámbito de aplicación queda limitado a las relaciones entre los sujetos de un área geográfica determinada.

⁷⁷ Normas específicas referidas a los Derechos de la Persona Humana, Derecho Humanitario, Derecho del Desarrollo, Derecho del Mar y Fluvial, Derecho espacial, Derecho del medio ambiente, etc.

⁷⁸ Existen tres clases de fragmentación: a) la derivada de interpretaciones antagónicas del derecho general; b) la resultante de la aparición de un derecho especial como excepción al derecho general; c) la dimanante de un conflicto entre diferentes tipos de derecho especial.

El conflicto entre normas, también se plantea con relación a las organizaciones internacionales regionales respecto de las organizaciones universales. Colocar la cuestión en el campo teórico no es lo mismo que analizarlo teniendo en cuenta la realidad que siempre es más compleja en el campo de las relaciones internacionales. A veces, el problema de conflicto entre normas obligatorias de derecho universal y de derecho regional se reduce a uno referido la “elección” entre normas. Los Estados pueden preferir, en cuanto a su aplicación, entre varias normas optando por la que les permita el mayor margen de aplicación, pero siempre respetando la relación jerárquica entre normas universales “obligatorias” y “dispositivas”. Para ello, deben tener siempre presente el objetivo perseguido por la norma. El regionalismo constituye una respuesta, plasmada en medidas colectivas, a la vigencia de un régimen convencional “universal”. En todo caso, las relaciones entre normas regionales y normas universales deben considerarse como de interdependencia y de complementación, y no de oposición⁷⁹.

El actual Derecho internacional se sigue fundando, primordialmente, en el principio de la igualdad soberana de los Estados. Sin embargo, es una realidad que en el seno de la comunidad internacional se han multiplicado las relaciones políticas y económicas entre los Estados, con el inevitable efecto del surgimiento de nuevos problemas que demandan una reglamentación y una solución. También constituye una realidad la proliferación y fortalecimiento del fenómeno de las organizaciones internacionales regionales, producto del fenómeno de la cooperación internacional, y destinadas, en algunos casos, a buscar soluciones que la ONU no había producido, encontrando en esta vía medios idóneos para hacerlo y evitar situaciones conflictivas. La aparición de asociaciones de Estados y el reconocimiento de su personalidad jurídica internacional, afectan los principios tradicionales de las relaciones interestatales, particularmente el principio de la soberanía de los Estados en cuanto a concepto intangible, ilimitable, indelegable e imprescriptible. La evolución de las limitaciones del contenido de dicho concepto se inicia con la simple coexistencia de entidades estatales iguales (Principio de Igualdad soberana de los Estados) y como exigencia de supervivencia de las mismas, se extiende con la celebración de tratados que implican la autolimitación en el ejercicio de determinados derechos, se desarrolla con la selección de áreas de relaciones de necesaria ejecución conjunta que concluye con la

⁷⁹ Tal parece ser lo que se desprende de la sentencia de la CIJ del 27 de junio de 1986, en el caso *NICARAGUA C. EEUU*, en relación con la legítima defensa colectiva y las relaciones entre la carta de la OEA, la carta de las UN y el derecho consuetudinario: «*la Corte no tiene competencia para considerar este instrumento (la Carta de la OEA) como aplicable en el diferendo, pero puede examinarla con el objeto de determinar si esclarece el contenido del derecho internacional consuetudinario*».

creación de las primeras organizaciones internacionales y se llega a la actualidad en que se acepta la necesidad del ejercicio de determinadas competencias por entidades supraestatales. El concepto de soberanía estatal cede ante las necesidades de dichas entidades y de los pueblos y, en Derecho internacional, se admite una dicotomía funcional en el ejercicio del poder. En el ámbito interno el Estado goza, en principio, con independencia de todo poder externo, de las facultades de auto-organización, legislativas, ejecutivas y de aplicación pero la realidad internacional nos dice que la interdependencia real y efectiva existente entre los Estados incide en sus políticas internas y exteriores, resultando, en algunos casos, en virtud de la diferente disponibilidad de recursos, en dependencia lisa y llana, abarcadora de ambos campos de acción estatal; interno e internacional. Se puede admitir, no obstante lo expresado, una relativa subsistencia de la soberanía en el orden interno con exclusividad en el ejercicio de ciertas competencias, pero no que los Estados sean soberanos en la acepción clásica del concepto. Los poderes estatales están limitados, restringidos y en muchos casos han sido objeto de delegación a entes distintos de ellos mismos. Las organizaciones internacionales son las entidades cesionarias de los poderes transferidos y es por ello que iusinternacionalistas y constitucionalistas hablan ya de una federalización de la comunidad internacional, en una nueva conformación en la que estas instituciones están destinadas a ejercer competencias delegadas por las estructuras estatales preexistentes.

Este desarrollo de las organizaciones internacionales ha estado acompañado siempre del debate acerca de la estructura más adecuada para el sistema interestatal. En este sentido el regionalismo se ha presentado como una alternativa al universalismo. Esto podría ser visto como un modelo de organización contrapuesto al modelo de una organización global y única. Sin duda, la organización regional se basa en la percepción de intereses comunes, que son más fáciles de satisfacer en un marco de cooperación más estrecho, coherente y homogéneo. Por su parte, el modelo universal se asienta sobre todo en una toma de conciencia de la globalidad de los problemas de la organización de la paz en el mundo. Las propuestas regionalistas tuvieron cabida en la Carta de San Francisco en dos temas fundamentales: el arreglo pacífico de controversias y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (capítulo VIII de la Carta); posteriormente, la práctica internacional reforzó el regionalismo al orientar la ONU progresivamente sus actividades sobre esquemas regionalistas en ámbitos no específicamente previstos en la Carta. Así por ejemplo, las Comisiones Económicas Regionales en el seno del Consejo Económico y Social, los programas y actividades regionales de organismos especializados como el de la OMS, los bancos regionales de desarrollo, la acción regional de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

Diversos factores explican este dinamismo del fenómeno del regionalismo: exigencias de seguridad ante el quiebre o la inacción del sistema

de seguridad colectiva, imperativos de cooperación institucionalizada en determinadas materias que no siempre encuentran respuesta a nivel universal, la búsqueda de incremento de poder, la vigencia de una herencia cultural común. La pluralidad de factores determina también una pluralidad de objetivos.

Faltan criterios precisos para caracterizar el carácter regional de una organización internacional. Los diversos empleos del término región tienen en común el hecho de que se refieren a un espacio o materia determinada. En el plano normativo, se utiliza el adjetivo “regional” para calificar las normas que poseen un ámbito de validez limitado, por oposición a otras que tienen carácter general. “En el Derecho internacional también existen normas regionales. El carácter de estas normas está dado por el hecho de que sus ámbitos de validez espacial y personal son limitados y, en tal sentido, ellas deben ofrecer para ser calificadas como tales, diferencias de importancia respecto de las normas del derecho internacional universal”. Por ello, *“se puede afirmar que, desde el punto de vista del derecho de gentes, hay una región en la medida que existan normas jurídicas cuyos ámbitos de validez personal y espacial están limitados y cuyo ámbito de validez material es diferente del de las normas del derecho internacional universal”*⁸⁰.

La proliferación de organizaciones regionales lleva también el riesgo de la división y fragmentación de la sociedad internacional. Si la universalidad del sistema internacional reclama una organización mundial, las profundas divisiones que atraviesan la sociedad internacional parecen reclamar la existencia de numerosas organizaciones internacionales regionales en las que los Estados se agrupan por solidaridades y afinidades específicas.

Las relaciones entre organizaciones regionales y la universal pueden ser, por un lado, de concurrencia o de conflicto, y por otro, de cooperación y complementariedad. Las organizaciones internacionales regionales pueden dificultar u obstaculizar la unificación, y el regionalismo puede ser un factor centrifugo de dispersión y fraccionamiento del sistema internacional. Caso contrario, cuando existe cooperación entre ambos planos, las organizaciones internacionales regionales operan como factores de estructuración e integración del sistema internacional. Las causas de la insatisfactoria relación entre lo universal y lo regional se encuentran, en definitiva, en la naturaleza predominantemente interestatal de la sociedad internacional; los Estados soberanos buscan la satisfacción de sus intereses nacionales a través de múltiples cauces entre los que el sistema de ONU no es el único ni a veces el más relevante.

⁸⁰ BARBERIS, J., *Las normas jurídicas propias del derecho internacional latinoamericano. Comité Jurídico Interamericano. Cursos de Derecho Internacional*. Vol. 2 (parte 1). El Sistema Interamericano. OEA.

El punto de partida debería ser contestar al interrogante sobre si todas las normas tienen validez universal o bien, si existen normas aplicables sólo a un ámbito regional. Evidentemente, tal como lo demostramos en párrafos anteriores, hay normas de validez regional. En este orden de ideas, el primer punto a considerar es el relativo a las fuentes del derecho, como mecanismo creador de normas jurídicas que constituyan un orden jurídico propio. En el orden internacional las fuentes más importantes en este sentido son los tratados internacionales, que a su vez, son la fuente de validez de otras normas internacionales, como por ejemplo las derivadas de las organizaciones internacionales, ya que debido a ellos se genera la organización de que se trata (tratado fundacional) y se prevén los efectos (obligatorios o no) de las resoluciones de sus órganos. También la costumbre es una fuente principal del Derecho internacional y de ella derivan otras fuentes, como los actos unilaterales y los principios generales del derecho.

Otro aspecto a considerar son los ámbitos de validez de las normas jurídicas internacionales y, en este sentido, debemos hablar de un ámbito de validez espacial (espacio específico determinado); ámbito de validez personal (que indica los sujetos respecto a los cuales la norma es válida); ámbito de validez material (el objeto que reglamenta la norma o la referencia a una conducta humana que aparece como permitida, prohibida u obligatoria); y el ámbito de validez temporal (que marca desde cuándo empieza a regir la norma y el momento en que termina). Desde esta perspectiva las normas pueden tener ámbitos de validez personal y espacial universales o restringidos, tanto se originen en tratados, costumbres o resoluciones de las organizaciones internacionales. Sin embargo, algunas fuentes del derecho son solamente generales o particulares, ya sea por el ámbito de validez personal o espacial. En efecto, por ejemplo los principios generales del derecho son siempre generales (es difícil de imaginar a tales principios como regionales), mientras que los actos unilaterales tienen un ámbito de validez personal generalmente restringido y mucho más las sentencias de tribunales internacionales judiciales o arbitrales, que sólo obligan a las partes en la controversia y para el caso concreto resuelto. En consecuencia, sólo se puede hablar de normas jurídicas regionales en cuanto esas normas tengan un ámbito de validez material, espacial o personal limitado, acotado, y, que además, ofrezcan *“una diferencia de cierta importancia respecto de las normas del derecho internacional universal”*⁸¹. *“Desde el punto de vista del Derecho de Gentes, hay una región en la medida de que existan normas jurídicas cuyos ámbitos de validez personal y espacial estén limitados y cuyo ámbito de validez material es diferente del de las normas del derecho internacional universal”*. Cuando las normas regionales pierden estos caracteres, dejan de ser regionales ya sea por que se “generalizan” y pasan a ser normas del derecho internacional general, o bien porque aparece una norma de este último carácter que engloba la norma regional.

⁸¹ BARBERIS, JULIO A., ob. cit.

Esta regionalización ha provocado la expansión del Derecho internacional, no sólo en el sentido material, sino también con la aparición de nuevos sujetos internacionales y la modificación en el proceso de elaboración de las normas internacionales, una de cuyas consecuencias es la fragmentación, diversificación o sectorialización del ordenamiento jurídico internacional, con el riesgo latente sobre la unidad y eficacia del Derecho internacional general. En efecto, si bien los Estados son libres de elegir las fuentes formales del derecho, ello origina que la comunidad internacional quede debilitada estructuralmente por la dificultad que se le presenta para articular soluciones al choque, producto del enfrentamiento entre la globalización/universalismo y el regionalismo.

8. Pluralismo de regímenes Especiales. Unidad del derecho. Proliferación de Tribunales. Jurisprudencia contradictoria.

La fragmentación del Derecho internacional también se expresa en la proliferación de instituciones y regímenes normativos que gozan de un alto grado de autonomía, así como los conflictos que surgen entre dichos regímenes e instituciones, y con el derecho internacional general. De ahí que se suele hablar de: a) “fragmentación institucional” (proliferación de instituciones), y b) de “fragmentación sustantiva” (referida a los conflictos normativos propiamente dichos). Ambas están vinculadas por el fenómeno general de la expansión del alcance material del Derecho internacional que se vincula estrechamente al desarrollo de los subsistemas basados en convenciones particulares. La eficacia de unidad necesaria en el sistema internacional normativo, dependerá de la percepción que los jueces tengan de la existencia y la coherencia de tal sistema, así como del conocimiento real de su contenido⁸². Todos los tribunales de regímenes especiales hablan una lengua en la cual la gramática común es el Derecho internacional⁸³. Pero aun si las instituciones aplicaran las mismas reglas, las aplicarían de manera distinta debido a “diferencias en los respectivos contextos, objetos

⁸² DUPUY, PIERRE-MARIE, *A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the «Fragmentation» of International Law*. European Journal of Legal Studies: Issue 1 (Tribunales Penales internacionales (incluyendo, de allí en adelante, el Tribunal Penal Internacional), así como el Tribunal del Derecho del Mar, cortes y cuerpos de supervisión para derechos humanos, el panel de petición de OMC, tribunales de arbitraje (no olvidando el del CIADI y NAFTA) quienes están haciendo uso regular del derecho internacional, y finalmente, la cohorte entera de mecanismos de seguimiento).

⁸³ DUPUY, ob. cit. Sin embargo, en el análisis no debemos olvidar otras causas (a veces que escapan al mero análisis legal), de un carácter estratégico, ideológico y aun cultural. Ellas también se encuentran dentro del debate de la fragmentación, aunque se ubican más allá del dominio restringido de los especialistas del derecho internacional.

*y propósitos prácticos de las partes y los trabajos preparatorios*⁸⁴. Todo depende del sesgo de la institución. En un mundo de regímenes plurales, el conflicto político se traduce en la descripción y redesccripción de aspectos del mundo para hacerlos encajar bajo la jurisdicción de alguna institución en particular. Las oportunidades son así infinitas, pues cualquier problema significativo puede ser definido como un problema de “derechos humanos” o un asunto de “seguridad” –o incluso un tema “ambiental”, “comercial” o “de salud”–. Así, la fragmentación se convierte en una lucha por la hegemonía institucional. En conflictos de jurisdicción uno de los problemas radica en encontrar o definir “criterios universales” para encuadrar legalmente distintos conceptos o circunstancias, como: “intervención humanitaria”, “agresión” o “terrorismo”⁸⁵. En todo caso, la Convención de Viena de 1969, dispone que todo tratado debe ser interpretado teniendo en cuenta “*cualquier regla relevante del derecho internacional aplicable entre las Partes*”. Esta regla permitiría no caer en compartimentos herméticos de especialización funcional.

La existencia de regímenes autónomos de responsabilidad, que se encuentran establecidos generalmente mediante tratados multilaterales, es sumamente delicada ya que la responsabilidad internacional es la base del ordenamiento jurídico internacional. El tema comenzó a debatirse en virtud de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los *Rehenes en Teherán*. Muchos autores consideraron como poco feliz la denominación que la Corte utilizó en el sentido de que la Convención de Viena de 1961 constituía un régimen autónomo. Más que de regímenes autónomos, lo propio sería estudiar estos casos aplicando el principio de la ley especial.

La cuestión radica en determinar si estos regímenes excluyen la aplicación de la ley general. El problema se plantea no en cuanto a la validez de estos tratados, sino si los mismos excluyen la aplicación subsidiaria de normas generales sobre responsabilidad internacional, y, especialmente, la adopción de contramedidas⁸⁶. De ser así, “*se abriría una*

⁸⁴ KOSKENNIEMI, M., «El destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política». *Revista de Derecho Público* 24. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. 2010.

⁸⁵ Sin embargo, en el análisis no debemos olvidar otras causas, de carácter estratégico, ideológico y aun cultural. Ellas también se encuentran dentro del debate de la fragmentación, aunque se ubican más allá del dominio restringido de los especialistas del derecho internacional. KOSKENNIEMI, ob. cit.

⁸⁶ Ejemplos de ello no sólo son las normas sobre derecho diplomático, sino también los tratados sobre derechos humanos que prohíben la adopción de contramedidas (Ver Pactos de 1966, MERCOSUR, San José de Costa Rica, etc.). El régimen que se presenta como más autónomo es el de la Comunidad Europea, caracterizado como un régimen de carácter cerrado. Sin embargo parte de la doctrina considera que los estados aun en estos casos, no excluyen la posibilidad del recurso a adoptar contramedidas. Oriol, ob. cit.

*peligrosa puerta para el fraccionamiento del derecho general en sistemas normativos independientes que haría caer al derecho internacional en una "normatividad relativa" que quebraría su unidad como ordenamiento jurídico*⁸⁷. En efecto, si la convicción es que estos regímenes no descartan por completo la aplicación subsidiaria del derecho internacional, se hace *"difícil aceptar que no se encuentre siempre vigente la facultad de los Estados de aplicar mecanismos de reciprocidad y adopción de contramedidas reconocidas por el derecho internacional general"*⁸⁸.

Otro riesgo de la fragmentación es la jurisprudencia contradictoria de los múltiples tribunales jurisdiccionales en la aplicación de normas particulares, algunas veces disímiles entre sí en casos análogos, y otras opuestas a la interpretación de una norma general.

Durante años no se planteó el problema derivado de la pluralidad de jurisdicciones atento a la inexistencia de regímenes especiales y de tribunales con jurisdicción internacional (con excepción de la actual Corte Internacional de Justicia y su antecesora la Corte Permanente). El advenimiento de los regímenes especiales trajo aparejada la creación de múltiples tribunales los cuales al emitir sus decisiones produjeron, en muchos casos, una jurisprudencia contradictoria, que puso en alerta a los defensores de la unidad del sistema jurídico internacional. La Corte Internacional de Justicia, como queda dicho, era el único tribunal judicial con jurisdicción internacional (salvo algunos casos particulares de tribunales arbitrales). Pero la situación cambió con motivo de la creación de los tribunales de Ruanda y de la exYugoslavia, creados por el Consejo de Seguridad. A nivel internacional también existen tribunales más específicos sobre materias concretas como el CIADI, la OMC, y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. A nivel regional, pueden mencionarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos nuevos tribunales han originado nuevas jurisdicciones y motivado una profusa jurisprudencia, que, como queda dicho, es muchas veces contradictoria.

Sin embargo, la multiplicación de jurisdicciones internacionales, si bien puede ocasionar consecuencias negativas para la unidad del derecho internacional (si se deja de lado la garantía de coherencia mínima en la interpretación y aplicación de las normas internacionales), tiene un efecto útil cual es que permite la solución de un mayor número de controversias, habilitando la jurisdicción internacional a materias que antes quedaban excluidas. Los tribunales especiales, encargados de aplicar normas en un ámbito específico, son profundos conocedores de las normas propias y exclusivas de ese sector. Pero para que esa circunstancia constituya una ventaja *"...es necesario que esos especialistas tengan una formación de base*

⁸⁷ ORIOL CASANOVAS y LA ROSA, ob. cit.

⁸⁸ ORIOL CASANOVAS y LA ROSA, ob. cit.

*adecuada en las normas y principios estructurales del derecho internacional común, puesto que en caso contrario su participación "...podría transformarse en un inconveniente, de manera que su visión del derecho internacional, deformada por su especialización, podría suponer un riesgo para la unidad y coherencia de éste..."*⁸⁹. El peligro de fragmentación sólo existirá si este sistema se aplica sin los conocimientos suficientes⁹⁰.

Pero, tal multiplicación de jurisdicciones ocasiona, sin duda, no sólo la posibilidad de conflicto entre las propias jurisdicciones, sino también una probable contradicción en la jurisprudencia de los distintos tribunales. Esto motivó que gran parte de los juristas alertaran que la proliferación de tribunales podía poner en peligro la unidad del Derecho internacional. En términos generales se manifestaban en el sentido de que sería lamentable que en cuestiones concretas y similares, distintos tribunales adoptaran resoluciones diferentes. El riesgo de la fragmentación no deriva de la pluralidad de tribunales, sino del aumento de regímenes normativos materiales, que es, justamente, la causa de la creación de estos tribunales.

Se ha intentado sostener que la existencia de tribunales autónomos implica la existencia de un sistema jurídico autónomo. Esto no es cierto. La carencia de un sistema judicial unitario y la pluralidad de tribunales no implican que cada tribunal sea órgano de un sistema jurídico autónomo. No hay que confundir pluralismo jurisdiccional con pluralismo normativo. *"El problema no radica en la pluralidad de tribunales sino en la falta de un sistema organizado de la función jurisdiccional en la comunidad internacional"*⁹¹.

Como es evidente que la comunidad internacional se inclina hacia regímenes plurales de jurisdicciones, se hace cada vez más necesaria la tarea de defender la unidad del sistema jurídico internacional, y para eso, es necesario que en la creación de los regímenes especiales se observen y respeten cuidadosamente las normas generales. Ello motiva la necesidad de contar con una jurisprudencia uniforme para mantener la unidad del sistema normativo.

En la medida en que cada tribunal tenga competencia sólo para resolver conflictos sobre materias determinadas y concretas, la unidad del sistema normativo no se encuentra afectada. Lo anterior no significa que no puedan

⁸⁹ SALINAS ALCEGA, ob. cit.

⁹⁰ Es decir, que en este aspecto, el riesgo derivado de la especialización, es que los jueces que conforman esos tribunales deben resolver cuestiones colaterales que implican interpretar o aplicar normas generales del derecho internacional ajenas al ámbito propio de su jurisdicción. Ellos deberían poseer un profundo conocimiento de las normas generales para ser parte de dichos tribunales especializados derivados del régimen normativo particular que cualifiquen y justifiquen ser parte de los mismos para aplicar idóneamente el derecho internacional.

⁹¹ ORIOL CASANOVAS y LA ROSA, ob. cit.

existir sentencias contradictorias, ya que no existe en la comunidad internacional un órgano superior que unifique la jurisprudencia.

Es una realidad la existencia de la proliferación de regímenes normativos especiales, y a veces, como consecuencia de ello, como lo expresáramos anteriormente, una multiplicación de jurisdicciones internacionales, que conlleva el riesgo correlativo de una jurisprudencia internacional contradictoria⁹². La proliferación de tribunales internacionales tiene directa correspondencia con el problema de las decisiones contradictorias producto de la diversificación de la jurisprudencia. Esta posibilidad, avalada por la realidad, deriva en que los pronunciamientos de diferentes y tan variados tribunales, entren en colisión con las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia, atentando contra la previsibilidad y certeza en materia de interpretación y aplicación de las normas internacionales. Según Sanchez Rodríguez⁹³ este peligro se encuentra acotado por dos motivos: a) la actitud de los Estados, que en general, acuden a los tribunales especializados por conflictos que revisten una baja intensidad; b) la prudencia de los tribunales especializados que en sus pronunciamientos tratan de no entrar en conflicto con los de la Corte en la misma materia. Esto se ve reflejado también en el caso de tribunales arbitrales como los del CIADI, cuando deben aplicar normas de derecho internacional público⁹⁴.

A este respecto, la Corte Internacional de Justicia tiene un rol fundamental en asegurar la unidad de interpretación del Derecho internacional⁹⁵. En efecto, los pronunciamientos de la CIJ cuentan con las siguientes ventajas: a) la CIJ tiene jurisdicción universal para cualquier cuestión de orden jurídico; b) porque tales pronunciamientos tanto a nivel de opiniones consultivas como en casos contenciosos, llevan un largo período de tiempo si contamos con la labor desarrollada desde la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional hasta la fecha; c) por el convencimiento generalizado de que la Corte constituye un tribunal

⁹² DUPUY, ob. cit. Un tribunal de derechos humanos particular regional, o uno especializado judicial (o cuasi judicial), podría interpretar el derecho internacional general de una forma diferente a la CIJ. No obstante el principio de efecto relativo de las sentencias de la CIJ de acuerdo al artículo 59 de su Estatuto, todos aceptan que sus interpretaciones judiciales constituyen una interpretación auténtica del derecho internacional.

⁹³ SANCHEZ RODRIGUEZ, LUIS IGNACIO - QUEL LOPEZ, FRANCISCO JAVIER - LOPEZ MARTIN, ANA GEMMA, *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional*. Ed.Argitalpen.2010.

⁹⁴ SANCHEZ RODRÍGUEZ y otros, ob. cit.

⁹⁵ DUPUY, ob. cit. Esta preocupación deriva de la resolución del Tribunal Internacional criminal para la exYugoslavia, bajo la presidencia de Profesor A. Cassese, en el caso Tadic, apartándose de la jurisprudencia de la CIJ sobre las condiciones de responsabilidad Estatal en las tareas de control (general o efectiva, respectivamente).

independiente e imparcial; d) por la previsibilidad de los pronunciamientos de la Corte teniendo en cuenta la sucesión de fallos en casos anteriores sobre cuestiones similares.

9. Conclusiones

Constituye una práctica generalizada la invocación por los tribunales de citar los precedentes judiciales en cualquier sentencia. El atenerse a los precedentes obedece a los siguientes parámetros: a) resulta lógico, ya que en casos análogos, es razonable que los tribunales sigan las mismas reglas jurídicas de interpretación; b) la continuidad en las decisiones otorga jerarquía y respetabilidad a los jueces, ya que brindan seguridad a sus sentencias⁹⁶.

El artículo 38 ap.d) del Estatuto de la CIJ califica a las decisiones judiciales como “medio auxiliar”, es decir, como mecanismo destinado a determinar el derecho aplicable a un caso concreto, aclarando, interpretando y verificando el sentido y alcance de las normas jurídicas internacionales.

Las decisiones de la CIJ demuestran cierta tendencia a aplicar reglas jurídicas determinadas por ella misma, si bien es cierto, deduciéndolas de ciertos principios jurídicos o reglas consuetudinarias. Acorde a ello, la doctrina anglosajona le asigna una importancia fundamental a la jurisprudencia que, como demostrativa de una práctica, le da un incalculable valor al precedente.

En la realidad, tanto los precedentes como las opiniones consultivas de la Corte, no siempre se han limitado a interpretar el derecho preexistente. Es indudable que tanto los jueces, como las partes y los autores, le dan una enorme importancia a la jurisprudencia internacional, especialmente a la de la Corte y a la de su antecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional⁹⁷. La CIJ valora como precedentes tanto las sentencias como las opiniones consultivas. No ha procedido de la misma forma en relación con precedentes derivados de otros tribunales internacionales ya sean judiciales o arbitrales. La CIJ recurre permanentemente utilizando sus propios precedentes y los de su antecesora la Corte Permanente y, cuando se ha apartado de ellos, ha tomado el recaudo de distinguir los motivos de tal cambio, utilizando procedimientos similares a los empleados por los tribunales del “*common law*” anglosajón. En efecto, la CIJ se refiere a sus precedentes, ya sea para fundamentar la tesis en la sentencia concreta, ya –en caso de cambio de criterio–, para explicar las diferencias existentes entre el caso en examen y los anteriores, a fin de “*eliminar un eventual reproche de inconsecuencia y de brindar a los*

⁹⁶ BARBERIS, JULIO A., ob. cit.

⁹⁷ GUTIERREZ ESPADA, ob. cit.

*Estados que litigan una mayor seguridad*⁹⁸. Esto responde a su preocupación por afirmar la unidad y coherencia de su jurisprudencia.

Por ello, para parte de la doctrina, la jurisprudencia constituye una fuente autónoma del Derecho internacional. Según Barberis⁹⁹, las sentencias producen una modificación de la situación jurídica de las partes. Constituyen, en consecuencia, una norma particular del orden jurídico y, por ende, obligatoria. La jurisprudencia es un modo de creación de normas jurídicas que se traduce en la denominación general de sentencias y, en virtud de que ha sido dictada con el consentimiento de las partes, crea una regla de derecho obligatoria para ellas.

Para los que la consideran fuente autónoma, parece oponerse el criterio de la CIJ en el caso (1974) *competencia en el caso de las pesquerías*, donde estableció que a los efectos de determinar la norma pertinente, “no debería tomar una decisión sub especie legis ferendae ni enunciar el Derecho antes que el legislador lo haya establecido. Sin embargo en ciertas opiniones consultivas (reservas a la C. de Genocidio (1951), reparación de daños al servicio de la UN), la Corte ha expresado mas bien la convicción de lo que debería expresar la norma, que lo que determina la norma en sí misma”¹⁰⁰. En tal sentido se expresa Rodríguez Carrión que “las decisiones de la CIJ demuestran cierta tendencia a aplicar reglas jurídicas determinadas por ella misma, si bien es cierto deduciéndolas de ciertos principios jurídicos o reglas consuetudinarias”¹⁰¹.

Pero el hecho de negarle calidad de fuente autónoma productora de normas internacionales a la jurisprudencia no significa, de manera alguna, restarle el importantísimo valor que tiene la misma en el desarrollo progresivo del derecho internacional público. Sobre este aspecto y refiriéndose al valor de la codificación en el campo del Derecho internacional en cuanto a la individualización de las normas generales y consuetudinarias, De Visscher ha expresado: “Tal tendencia (se refiere a la individualización de normas por parte de la jurisprudencia del Tribunal) aparece siempre acompañada de un mayor perfeccionamiento del derecho, de su aplicación más regular y frecuente, y, por tanto, más matizada y más fácilmente adaptable a la diversidad de las situaciones de hecho”¹⁰².

⁹⁸ BARBERIS, JULIO A., ob. cit.

⁹⁹ BARBERIS, JULIO A., ob. cit.

¹⁰⁰ REMIRO BROTONS, ANTONIO, ob. cit..

¹⁰¹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, ob. cit.

¹⁰² DE VISSCHER, CH., *Teorías y realidades en Derecho internacional público*. Bosch, 1962. «La jurisprudencia internacional ha puesto de relieve las nuevas orientaciones que actúan sobre la evolución del derecho consuetudinario. El ejercicio de la función judicial descubre la complejidad creciente de las relaciones internacionales, la diversidad y la importancia insospechadas de las situaciones intermedias, o incluso estrictamente individuales, y las razones que ya no permiten la aplicación sin matices ni distinciones de clase alguna de una norma consuetudinaria que haya llegado a

La interpretación y prueba de la norma internacional obra de la jurisprudencia, es una de las funciones más importantes de la misma, que facilita enormemente la aplicación del Derecho internacional. La función interpretativa y probatoria de la jurisprudencia internacional ha tenido la gran virtud de aplicar reglas jurídicas deduciéndolas de los principios generales del derecho y de las prácticas estatales convencionales o consuetudinarias, explicándolas y profundizándolas y otorgándoles una certeza de las que carecían, permitiendo de este modo lograr verdaderos y significativos avances en el desarrollo del Derecho internacional. Es decir que la jurisprudencia en muchos casos sirve para determinar el alcance y la existencia misma de una norma de derecho, constituyendo un medio auxiliar para ese fin¹⁰³.

Las decisiones judiciales permiten visualizar cuándo un comportamiento es una costumbre en sentido jurídico, es decir como fuente del derecho, y no una simple norma moral o de cortesía; en definitiva, permiten verificar la calidad jurídica de determinados comportamientos estatales. La jurisprudencia juega un importante papel en cuanto: a) verificar el alcance y contenido de las normas consuetudinarias; b) determinar con su auxilio, si ha surgido realmente una costumbre jurídica; c) como prueba del elemento material de la costumbre, es decir como prueba de una práctica general, constante y uniforme. Para Dupuy, *“cuando el juez analiza la existencia de una costumbre (sus elementos), muchas veces lo que expresa como sentido de juridicidad es su propia convicción y no la real existencia de una práctica: El juez precede a la norma, la crea y la informa en su decisión”*¹⁰⁴. En estos casos la jurisprudencia no sólo cumple un rol de fuente auxiliar como medio de determinación del derecho según la fórmula del art.38, sino también un procedimiento de creación de la norma jurídica. *“Las decisiones judiciales y arbitrales representan una parte integrante de la práctica internacional para la creación de normas consuetudinarias”*¹⁰⁵. Esta función de la jurisprudencia, mucho más acentuada en los sistemas jurídicos anglosajones, le otorga gran valor a la decisión judicial como precedente que permite visualizar con precisión y certeza cuáles son las prácticas generalmente seguidas por los Estados como prueba cierta de una norma general de Derecho internacional.

ser demasiado obsoleta en su expresión tradicional. Este afinamiento del derecho consuetudinario a través de la jurisprudencia internacional ofrece particular interés en una época de inestabilidad e incertidumbre general como la que vivimos».

¹⁰³ SORENSEN, MAX, *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica. México. 1978. *«El confiar en las decisiones judiciales y arbitrales para la determinación de las normas de derecho, ha llegado a ser una parte importante y habitual de la práctica internacional».*

¹⁰⁴ DUPUY, ob. cit.

¹⁰⁵ BARBERIS, JULIO A., ob. cit.

También los jueces pueden recurrir a los precedentes judiciales para verificar la existencia de un principio general del derecho. En efecto, para resolver el conflicto de oposición de derechos e intereses aplica, en ausencia de una específica provisión de derecho, los corolarios de los principios generales. Al hacerlo, el tribunal crea derecho para el caso determinado (tal como otras fuentes no enumeradas, por ejemplo los actos unilaterales), ya sea que los “principios” sean presentados como generalizaciones de normas existentes de Derecho internacional o como principios generales del derecho en la acepción del artículo 38. Cuando para aplicar el derecho a un caso concreto, el juez induce la norma a aplicar de un principio general de los ordenamientos jurídicos internos, lo que hace es, más que aplicar un derecho preexistente, formularla, elaborarla, darle vida a través de normas de los derechos internos. En conclusión, en la realidad, de facto, a veces la jurisprudencia roza la noción de instrumento de creación del derecho (fuente formal)¹⁰⁶.

Atento a la existencia de una variedad de tribunales como de regímenes especiales normativos, es indudable la ventaja de una jurisdicción universal y general como la que posee la Corte Internacional de Justicia. *“La aplicación correcta de los distintos regímenes internacionales materiales por sus propias jurisdicciones sólo será una manifestación del pluralismo normativo de un ordenamiento jurídico internacional básicamente unitario”*¹⁰⁷.

El problema no radica en la pluralidad de tribunales sino en la falta de un sistema organizado de la función jurisdiccional en la comunidad internacional. En la medida en que el funcionamiento de los regímenes internacionales materiales se base en el Derecho internacional público, el Derecho aplicable sea el ordenamiento jurídico internacional y los sujetos obligados sean los Estados, la pluralidad de jurisdicciones no afectará a la unidad del Derecho internacional público como sistema normativo. En este sentido, es que la existencia de una jurisdicción única constituiría una ventaja en relación con la pluralidad de jurisdicciones; que se vería reforzada ampliando la jurisdicción de la CIJ, incluso otorgándole competencias como Tribunal de Casación de cualquier sentencia de los tribunales internacionales.

Es necesario contar con una jurisprudencia uniforme para mantener la unidad del sistema normativo. A este respecto, la Corte Internacional de Justicia tiene un rol fundamental en asegurar la unidad de interpretación del Derecho internacional¹⁰⁸.

¹⁰⁶ GUTIERREZ ESPADA, ob. cit.

¹⁰⁷ ORIOL, ob. cit.

¹⁰⁸ DUPUY, ob. cit. Esta preocupación deriva de la resolución del Tribunal Internacional criminal para la exYugoslavia, bajo la presidencia de Profesor A. CASSESE, en el caso *Tadic*, apartándose de la jurisprudencia de la CIJ sobre las condiciones de responsabilidad estatal en las tareas de control (general o efectiva, respectivamente).

BLANCA

SECCIÓN
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

BLANCA

**XXIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
“JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER”**

Sección Derecho Internacional Privado

**DESARROLLO DEL *SOFT LAW* E IMPACTO DE LAS
NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN EL
COMERCIO INTERNACIONAL: DESAFÍOS
SUSTANCIALES Y PROCESALES (CON RELACIÓN A
ALGUNOS INSTRUMENTOS CONTRACTUALES)**

*SOFT LAW DEVELOPMENT AND THE IMPACT OF
INTERNATIONALLY MANDATORY RULES IN INTERNATIONAL
TRADE: SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL CHALLENGE (RELATIVE
TO SOME CONTRACTUAL INSTRUMENTS)*

*Relatores: Paula María ALL/ Jorge R. ALBORNOZ **

RESUMEN

El trabajo persigue explicar el desarrollo del *soft law*, su relación con el *hard law* y el impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional, refiriéndose a los desafíos sustanciales y procesales (con relación a algunos instrumentos contractuales). Se analizan tanto los instrumentos de *hard law* como los de *soft law*, de fuente convencional e interna, realizándose un análisis crítico de los mismos.

PALABRAS CLAVES

hard law / soft law / derecho internacional privado / comercio internacional / normas internacionalmente imperativas

* Profesores de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. pmall@rectorado.unl.edu.ar / jralborn@gmail.com

ABSTRACT

This article aims to explain the development of soft law, its relation to hard law and the impact of internationally mandatory rules in international trade, referring to the substantive and procedural challenges (in relation to certain contractual instruments). We analyzed the hard law instruments as soft law rules, conventional and domestic source, performing a critical analysis of them.

KEY WORDS

Hard law / soft law/ private international law / international trade / internationally mandatory rules

“Es mejor tener un festival de fuentes en contraste, con ebullición de ideas, que un simple paquete higiénico, envuelto en polietileno”.

Lord GOFF DE CHIEVELEY¹

“Podrá no gustarles a quienes, como nosotros, por otra parte, hemos sido educados en la idea de la estatalidad del derecho, en la ecuación derecho igual a ley; y menos podrá gustarles a quienes confían en la formación democrática del derecho, elaborado por fuentes legislativas. Pero tal ecuación se ha roto por las normas de los códigos rituales (...) que, para el arbitraje sustituyen la expresión ‘ley aplicable’ por ‘derecho aplicable’, que puede ser un derecho producido por fuentes extralegislativas”.

F. GALGANO²

Introducción

La realidad viva del derecho muestra, desde hace tiempo, en cuanto a la regulación de las relaciones privadas internacionales, una evolución significativa de reglas y principios no oficiales³, que podría ser vista como

¹ Citado por J. M. SMITS, «The Europeanisation of National Legal Systems», en: M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 239.

² F. GALGANO, «Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización», en: J.A. SILVA (coord.), *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, 2006, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201>

³ Véase el trabajo de M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 13 ss.

una competencia entre sectores partidarios del positivismo jurídico que procuran aferrarse a las normas oficiales, emitidas por los Estados y organizaciones internacionales de un lado, y los mercaderes ilustrados que ven en el derecho de fuente estatal o convencional una rémora, un obstáculo para el despliegue y progreso del comercio, de otro.

Como siempre ocurre, entre ambos extremos están quienes opinan, con diferentes variantes, que el *soft law* se reparte espacios jurídicos con el *hard law* y ambos, coordinada y armónicamente, deben cubrir la totalidad de las relaciones y situaciones privadas multinacionales. Pero la cuestión es bastante más compleja. Hablar de desafíos procesales y sustanciales del comercio internacional puede dar la idea de reto, batalla, pelea, enojo, enemistad. Se alude a “*hard law versus soft law*”, se plantea si constituyen “alternativas, complementos” o si, simplemente, resultan antagónicos en el proceso de gobernanza internacional⁴. Quizás haya una pizca de todo esto en algunos sectores fundamentalistas, pero ello no quita que estamos ante un gran movimiento (“privatizador” sostendrán algunos, de interacción privado/público, afirmarán otros) que puede producir transformaciones jurídicas insospechadas y, por lo tanto, amerita fijar la atención en él desde diversos sectores.

Los operadores de las transacciones internacionales (sociedad internacional de comerciantes –*societas mercatorum* o *business community*–) han generado ciertas reglas que regulan algunos aspectos de la contratación multinacional y que han cristalizado de diferente manera a través de la nueva *lex mercatoria*⁵. Conocida es la gran avanzada privatizadora que viene por el lado del derecho comercial a partir de los logros alcanzados por las elaboraciones de reglas y usos, como los destinados a la compraventa internacional de mercaderías⁶ y la proficua actividad de los tribunales arbitrales. Se asiste, de esta forma, a una nueva etapa en el desarrollo del derecho comercial (que incide también en el derecho internacional privado) que lo lleva más cerca de lo que fue en sus orígenes:

⁴ Véase el trabajo de G. SCHAFFER / M.A. POLLACK, «Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance», *Minnesota Law Review*, n° 94, 2010, pp.712-798. En este sentido véase también S. CASSESE, «Global Administrative Law: an introduction», 2005, p. 10, nota 9, disponible en: <http://www.iilj.org/GAL/documents/Cassese-paper.pdf>, quien sostiene que «es preferible usar el término ‘sistema regulatorio global’ y no los frecuentemente utilizados ‘gobernanza global’ (que indica la actividad de gobernar en ausencia de una institución –el gobierno–), ‘régimen internacional’ (que depende de un término que hay que evitar en este marco de análisis) y ‘organización internacional’ (que es descriptivo y limitado a la naturaleza estructural)».

⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n° 18, 2000, p. 9.

⁶ Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), cuya primera versión data de 1936.

“un derecho que se nutre de los usos y prácticas de los comerciantes, que se depura en el laboratorio del comercio y que no conoce fronteras”⁷.

Ahora bien, no sólo se visualiza un intento de “reinventar” la *lex mercatoria* o producir una *remake* o *revival* de la misma, sino que en la escena entran a tallar otras cuestiones: desde la pluralidad de actores o participantes (estatales y no estatales / públicos y privados –y dentro de éstos una variedad de subcategorías–), pasando por los distintos procedimientos de producción jurídica y diferentes técnicas de reglamentación, hasta los procesos de institucionalización (formales/informales) y su acatamiento (obligatorio o no) por parte de todos los sectores involucrados en el comercio internacional.

Pero la creación normativa no se detiene en lo material sino que se interna también en el terreno de lo procesal a partir de la apertura de ciertas compuertas oficiales y la tarea de organizaciones internacionales, por sí mismas y en conjunto con entidades privadas⁸. Se evidencia una tendencia de las asociaciones de comerciantes, mediante algunos tipos de prácticas mercantiles, a orientar el mercado en ciertas direcciones concretas, haciendo surgir así una suerte de “normativa” que funciona al margen del derecho estatal, pero que muestra su eficacia entre los operadores internacionales ante las complejas modalidades contractuales de carácter internacional⁹.

Las relaciones privadas internacionales, y las maneras de solucionar los conflictos derivados de ellas (tanto en la faz sustancial como procesal) han adquirido en los últimos tiempos un rol de gran trascendencia como consecuencia, entre otros factores, de la globalización¹⁰. Si bien este fenómeno no es nuevo –como muchos aducen– es verdad que se ha convertido en una de las “claves interpretativas” del mundo contemporáneo. El concepto polisémico del término¹¹ ha llevado a que se lo utilice de manera

⁷ J. OVIEDO ALBAN, «La costumbre en el derecho privado», en: J. OVIEDO ALBAN (coord.), *Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Bogotá, Temis / Universidad de la Sabana, 2008, p. 69.

⁸ Así, por ejemplo, Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL), Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, Organización de Estados Americanos (OEA), Cámara de Comercio Internacional (CCI).

⁹ F. DE LY, «*Lex Mercatoria* (New Law Merchant): Globalization and International Self-Regulation», *Diritto del comercio internazionale*, vol. 14, 2000, pp. 555 ss. Véase, asimismo, K. HIGHET, «The Enigma of the *Lex Mercatoria*», *Tulane Law Review*, t. 63, 1989, pp. 613 ss.

¹⁰ D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problema*, Roma / Bari, Laterza, 2004, p. VII.

¹¹ Para un análisis minucioso del concepto de globalización, véase J. LIMA TORRADO, «Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de derecho

absolutamente amplia para describir un extenso y complejo conjunto de procesos económicos y financieros, políticos, sociales y culturales que aparecen entrecruzados e interrelacionados entre sí¹². De esta manera, la globalización¹³ implica un proceso (o grupo de procesos) que abarca una transformación en la organización espacial de las relaciones y transacciones sociales –entendidas en términos de su extensión, intención, velocidad e impacto– que genera flujos transcontinentales o interregionales así como redes de actividades, interacción y ejercicio del poder¹⁴.

El ámbito transnacional, como apunta Capella, es el espacio globalizado exento de límites fronterizos configurado por un soberano privado supraestatal difuso¹⁵. Ahora bien, ese espacio transnacional “presupone no obstante la necesaria existencia del espacio nacional que es trascendido o desbordado por el primero”. Y lo mismo sucede con la denominada población transnacional (en la cual se insertan las empresas multinacionales –una suerte de *business community*–); sin embargo, dicha comunidad no es homogénea ni reivindica una identidad única, y aunque se aproxima –como señala López Ruiz– a una sociedad multicultural (“ya sus intereses van de los neumáticos a los diamantes, del petróleo a las telecomuni-

humanos», en: V. ZAPATERO (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, t. I, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2002, pp. 575-590.

¹² Véase J.E. FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 49; J.A. CARILLO SALCEDO, *Globalización y orden internacional*, 2ª ed., Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El derecho económico internacional de la globalización», en: *Obra Homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 197-236. Desde el ámbito del DIPr, *vid.*, entre otros, los trabajos de A. BONOMI, «Globalización y Derecho internacional privado», en: *Globalización y comercio internacional*, Madrid, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), 2005, pp. 223-237; D. OPERTTI BADÁN, «Reflexiones sobre la globalización y el Derecho internacional privado», en: *Ensayos a la memoria de T.B. de Maekelt*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 31-53; N. BOUZA VIDAL, «La globalización como factor de cambio del derecho internacional privado», en: *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 283-306; D. MOURA VICENTE, «Perspectivas de la armonización y unificación internacional del derecho privado en una época de globalización de la economía», en: *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2009, pp.401-420; P. DE MIGUEL ASENSIO, «El Derecho internacional privado ante la globalización», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 1, 2001, p. 58 ss. y D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado», en: D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 59-65, especialmente p. 62.

¹³ Véase S.D. KRASNER, «Globalizzazione, Potere e autorità», *Quaderni di scienza politica*, n° 2, 2003, pp. 201-230.

¹⁴ D. HELD / A MCGREW, *Introduction. In Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity, 2002, pp. 2 ss.

¹⁵ J.R. CAPELLA, *Fruta prohibida*. Madrid, Trotta, 1997, pp. 260 y ss.

caciones, de las divisas a los fármacos o de los automóviles al crédito, etc.)”, se siente a gusto con un “derecho” basado en leyes modelo, códigos de conducta, usos comerciales, *brochures* y principios generales. Debido a que esta comunidad no puede prescindir lógicamente de los Estados, reclama como límite máximo la autodeterminación, y como límite mínimo la autonomía normativa, la cual se expresa a través de un “derecho transnacional” cuyo exponente más relevante es la *lex mercatoria* con sus órganos de decisión de controversias internacionales que son los tribunales arbitrales¹⁶.

La nueva *lex mercatoria*¹⁷, comprendida ahora por algunos dentro la más abarcativa expresión *soft law*, se ha desarrollado gracias al empuje que le otorga el arbitraje comercial internacional¹⁸, a punto tal que se

¹⁶ F. LÓPEZ RUIZ, «Notas sobre la nueva *lex mercatoria*», *Revista de Derecho del mercado financiero*, n° 1, 2007, pp. 2-3.

¹⁷ Véase M.R. FERRARESE, «La *lex mercatoria* tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a *lex per tutti?*», *Sociologia del Diritto*, n°2/3, 2005, pp. 169 ss.

¹⁸ A continuación reproducimos algunos párrafos de CREMADES que pueden servirnos para ubicarnos en el contexto ideológico en que se mueve el arbitraje, principal impulsor de la *lex mercatoria*, integrada al *soft law*, no con la idea de combatir ni de alabar, sino sólo para tener presente que todo esto dista bastante de ser un análisis puramente técnico, de nuevas formas jurídicas triviales, asépticas. Dicho autor manifestaba, al finalizar el siglo XX, que el arbitraje supone en buena medida una llave para el desarrollo económico y político impulsado por la globalización de la economía, convirtiéndose en una verdadera industria. «El interesamiento de los grandes despachos de abogados, muy especialmente los norteamericanos, por los procedimientos de arbitraje en el Oriente Medio en las últimas décadas rompió los moldes cerrados de antaño» dice -eufórico-CremaDES. Y continúa: «Los centros para la administración del arbitraje han florecido por todos los lados y asistimos a una proliferación de conferencias, reuniones y coloquios para convencernos de una forma más o menos clara sobre la conveniencia de utilizar los servicios del centro convocante. Incluso instituciones no administradoras del arbitraje luchan por conseguir un protagonismo dentro de esta competitividad. Organizaciones del máximo prestigio, como UNCITRAL, nos sorprenden cada año en su deseo de mantenerse en el candelero con novedades, que a veces son rechazadas por el sentido común, como es el renovado deseo de modificar diferentes tratados y en concreto el de Nueva York de 1958. Los candidatos a ser designados árbitros, sean conocidos o deseen iniciar su experiencia, son conscientes de esta competitividad y muchas veces son sometidos a las difíciles entrevistas de quienes buscan la persona adecuada. Los despachos de abogados luchan para conseguir la representación de las partes eventualmente implicadas en un arbitraje. Las empresas organizadoras de conferencias, seminarios y coloquios nos bombardean diariamente en el correo, al igual que lo hacen las empresas editoriales en su deseo de incitarnos a la compra de sus diferentes productos. La competitividad forma parte, pues, del hábitat natural del arbitraje globalizado. Hace muchos años me tocó presidir un tribunal de arbitraje, el famoso caso «*Norsolor*», cuya sentencia arbitral final basaba su decisión por primera vez en la *lex mercatoria*». Más adelante expresa: «Lejos de nosotros en aquel tribunal de arbitraje en el caso *Norsolor*, cuyo laudo sería después ratificado por el Tribunal Supremo de Austria y el Tribunal de Casación francés, de pensar en la repercusión doctrinal y política que iba a provocar el

habla ya de un orden jurídico transnacional¹⁹ que trasciende, que va más allá y que no necesita –en opinión de ciertos sectores– del derecho positivo para cumplir su finalidad de llevar adelante la justicia real y efectiva. Para ello no basta con lanzar principios y normas sustantivas sino que debe agregarse el procedimiento privado autosuficiente que permita a sus beneficiarios transitar caminos paralelos sin sufrir los tradicionales vericuetos procesales oficiales, retorcidos, lentos, inarmónicos, en fin, peligrosos²⁰.

Los grandes cambios que se van produciendo –producto en parte de la complejidad de los tiempos modernos– plantean enormes desafíos para el derecho²¹. Entre los rasgos característicos del derecho internacional privado (en adelante, DIPr) contemporáneo se alude, entre otros, al marcado protagonismo del conflicto de jurisdicciones sobre el conflicto de leyes, la preponderancia de normas materiales y el avance del *soft law*, la necesaria distinción que debe hacerse entre las normas de DIPr de fuente

haber basado nuestra decisión en la llamada *lex mercatoria*. Siempre he tenido la sensación de que la polémica en torno a la *lex mercatoria* estuvo lejos de los que protagonizamos su origen en vía arbitral o doctrinal, siendo el producto de marketing en la lucha de grandes conflictos mercantiles». Luego habla de la competitividad de potenciales candidatos a ser designados árbitros y sobre todo de los despachos de abogados para conseguir representaciones, y destaca que la competitividad y el marketing han posibilitado el paso de un arbitraje artesanal y elitista hacia una verdadera industria del arbitraje. Finalmente elogia la posibilidad del arbitraje como herramienta para resolver los conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros, enfrentando los tribunales actuantes, la dificultad proveniente de la excepción de inmunidad de ejecución. Los párrafos transcritos textualmente pertenecen a la ponencia de B. CREMADES, «Arbitraje y desarrollo económico mundial», *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, Ponencias Magistrales, Primer Congreso Mundial de Arbitraje, Eje temático 3 - El arbitraje y los nuevos paradigmas del próximo milenio, Panamá, 18 al 22 de octubre de 1999. Sobre el caso «Norsolor» véase el comentario de B. GOLDMAN, «Une bataille judiciaire autor de la *lex mercatoria*- L'affaire Norsolor», *Revue de l'arbitrage*, 1983, pp. 465 ss. y la referencia hecha por F.T. SCHWARZ / C.W. KONRAD, *The Vienna rules: a commentary on international arbitration in Austria*, The Netherlands, Kluwer, 2009, pp. 609 ss.

¹⁹ Véase L.A. MISTELIS, «Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform- Some Fundamental Observations», *International Lawyers*, n° 34, 2005, pp.1055-1069. Mistelis alude a un «nuevo derecho internacional», *vid.* especialmente Pto. III: «Privilege of Standards Setting and Role of Technical Assistance», pp. 1060 ss.

²⁰ La polémica sobre *lex mercatoria* no se reduce exclusivamente a su utilización en el arbitraje, ya que la cuestión también se plantea con respecto a fallos emitidos por tribunales judiciales. Véase en este sentido A.F. LOWENFELD, «*Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*», Special Supplement, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2002, p. 74 y los casos recogidos en www.unilex.info

²¹ Véase M. CARBONELL, «Globalización y derecho. Algunas coordenadas para el debate», en: AA.VV., *La globalización y el orden jurídico. Relaciones contextuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 19 ss.

interna, de fuente convencional y consuetudinaria, la incorporación de valores en la reglamentación de las relaciones de tráfico externo. Dos tendencias principales se han desarrollado en las últimas décadas: el desplazamiento del eje principal del DIPr (declive del DIPr centrado en la determinación del derecho aplicable) y la preocupación por la justicia material²².

Se ha afirmado que “en el DIPr se están moviendo los cimientos y no sólo porque hay un derecho material emergente, sino porque hay una tremenda dificultad de localización en función de la globalización y a través, sobre todo, del uso de la informática para la creación de actos y negocios. Particularmente los del derecho económico, tanto comercial como financiero”²³. Ahora bien, las relaciones entre los diversos tipos de normas no deberían plantearse en términos de exclusión sino de diálogo²⁴, diálogo que debe ser permanente y que –como afirma Jayme– caracteriza la fase posmoderna del DIPr²⁵; es cierto, sin embargo, que dicha comunicación si bien resulta indispensable, muchas veces se torna tarea difícil²⁶.

Como pone de relieve Kennedy, “la historia del derecho internacional del siglo XX se cuenta habitualmente como un movimiento de ideas –normalmente desde el formalismo decimonónico con relación a la soberanía, al pragmatismo del siglo XX– y como una proliferación de nuevas formas institucionales y lugares para la práctica –desde las grandes instituciones intergubernamentales centralizadas, a la diversa amalgama contemporánea de organismos judiciales y no gubernamentales a los que se conoce en su conjunto como ‘comunidad internacional’ o ‘sociedad civil’–, pasando por los entes especializados del sistema de Naciones Unidas”²⁷. Por su parte, Sarmiento alude a que “la nueva gobernanza implica un

²² D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días», en: *Ensayos a la memoria de TATIANA B. DE MAEKELT*, Asunción, CEDEP / ASADIP, 2010, pp. 77-80.

²³ D. OPERTTI BADÁN, «El Derecho internacional: una agenda renovada», en: *Jornadas de Derecho Internacional*, Montevideo, Organización de los Estados Americanos- Secretaría General, 1999, p. 302.

²⁴ E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de droit international*, t. 251, 1995, pp. 61 y 259.

²⁵ E. JAYME, «Direito Internacional Privado e Integração: as Convenções Europeias», en: P. B. Casella / N. de Araujo (coord.), *Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*, São Paulo, LTR, 1998, p. 116.

²⁶ Véase D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Globalización y Derecho: el caso de la reglamentación internacional de las garantías mobiliarias», en: A.L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, (nota 103), pp. 298-303, aunque referido al análisis de las garantías mobiliarias, similar planteo puede ser traspolado al ámbito que nos ocupa.

²⁷ D. KENNEDY, *Rompiendo moldes en el derecho internacional: cuándo la renovación es repetición*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 17.

mayor protagonismo de los instrumentos laxos de regulación, en oposición a las tradicionales proposiciones prescriptivas y sus correspondientes sanciones. Los objetivos de la nueva gobernanza no ponen tanto énfasis en la consecuencia de resultados uniformes, sino en la creación de espacios donde se compartan de experiencia y conocimiento, donde los actores se someten a las políticas con el fin de mejorar en la ejecución de las mismas, en colaboración con todas las partes implicadas. Así, la nueva gobernanza va a implicar la puesta en marcha de políticas caracterizadas por su ductilidad normativa, su temporalidad y su adaptabilidad al cambio. Tres rasgos que van a dar respuesta a dos problemas que afronta actualmente el Estado: su incapacidad para integrar a todos los actores de la sociedad civil y su lentitud ante el cambio²⁸.

El tema, sin lugar a dudas, es sumamente complejo y presenta diferentes aristas que deben ser consideradas no sólo desde la óptica del derecho, sino también desde la filosofía, la sociología, la historia y la economía. La polémica acerca del origen no estatal de las reglas de la *lex mercatoria*, la configuración de las normas de fuente privada –no vinculadas a la soberanía de ningún Estado–, sumado a la relevancia económica de las materias que la misma está llamada a regular, hacen que dicha *lex* sea uno de los exponentes más significativos de la globalización económica tiene una inmediata traducción jurídica²⁹. Según Michaels, la globalización de la economía ha creado un sistema de derecho comercial global que abarca tanto al sistema judicial del Estado como al arbitraje, normas e instituciones de diverso tipo. Lo que importa para el comercio y lo que se debate como autonomía de la *lex mercatoria* con respecto al derecho del Estado es, en realidad, no la distinción entre Estado y no-Estado, sino más bien la distinción entre economía y política³⁰.

La noción de *soft law* refleja, tal como señala Di Robilant, dos tendencias principales en la globalización del derecho: la impresionante multiplicación de los productores de normas –y a su vez de los cuerpos de ellas–, y la privatización de los regímenes jurídicos³¹. La existencia de legisladores no estatales (*non governmental lawmakers*), la pérdida por diferentes motivos de potestad legislativa de los Estados (que algunos denominan “erosión del Estado”)³² y, como contrapartida, la “permisión”

²⁸ D. SARMIENTO, «La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*», *Cuadernos de Derecho Público*, 2007, disponible en: http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf

²⁹ F. LÓPEZ RUIZ (nota 16), pp. 2-3.

³⁰ R. MICHAELS, «The True *Lex Mercatoria*: Law Beyond the State», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, n° 2, 2007, p. 464.

³¹ Véase A. DI ROBILANT, «Genealogies of *Soft Law*», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 500.

³² Como señala S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma / Bari, Laterza, 2002, p. 144, «el modelo de Estado se encuentra en plena transformación, en crisis».

(o delegación) de éstos hacia ciertas “autoridades” privadas para hacerse cargo de áreas de poder, el mercado global de los “servicios judiciales / estatutales, la noción de un déficit democrático y la aparición en escena de gobiernos de expertos que constituye una tecnocracia, la idea dicotómica de que las diversas formas de *soft law* que emergen de la práctica transnacional no pueden válidamente regir los contratos privados internacionales ante los tribunales nacionales de un Estado, mientras que los litigios sobre deuda soberana de un país o derivada de contratos vinculados a prestaciones de servicios públicos pueden ser ventiladas a través de mecanismos de solución de controversias de carácter privado, la supuesta participación plural y las estructuras de poder subyacentes (no sólo de tipo económico) en la formación del derecho, el “sabor social que aporta el *soft law* a la agenda del mercado y la eficiencia de dicha herramienta que también permite un giro a la agenda social”, la “invisibilidad” de ciertos sectores que utilizan máscaras *soft*, retórica “suave”, pero que esconden prácticas *hard*³³, son algunas de las cuestiones que merecen reflexión. Incluso, desde el punto de vista académico, debería analizarse también el «rol de la educación universitaria» en el conocimiento y reproducción de los instrumentos de la *lex mercatoria*³⁴.

Diferentes interrogantes se abren en un abanico complejo: veamos algunos de los planteados por David Kennedy: “¿cuál es el mejor modo de formación de las normas internacionales: el tratado o la costumbre?, ¿deberían ser consideradas como derecho únicamente las normas que se siguen escrupulosamente, o debería la disciplina abrirse a un tipo u otro de *soft law*?, ¿son las organizaciones internacionales más que la suma de sus miembros?, ¿se debería poner el acento en la creación de las normas internacionales o en su aplicación práctica?, ¿el *soft law* politizará el derecho internacional o permitirá su flexibilidad?, ¿es el derecho internacional económico un compartimento especializado dentro del derecho internacional, o más bien ofrece una cultura y sensibilidad jurídicas alternativas?”³⁵.

En el plano estricto del derecho internacional privado estas cuestiones también adquieren trascendencia. Así, debemos plantearnos en cada tema comercial en particular, ¿para qué sirven las normas de *soft law* tanto en la faz sustancial como procesal?, ¿compiten en la práctica con los instrumentos *hard*?, ¿qué efectos debe desplegar el *soft law* y cuáles son sus límites?, ¿cuáles son los verdaderos motivos por los cuales en ciertos temas la “construcción americana”, por ejemplo en el ámbito de la CIDIP, prefiere utilizar la metodología *soft*?, ¿cuál es el ámbito de entrada del *soft*

³³ A. DI ROBILANT (nota 31), p. 504.

³⁴ Véase H. E. HARTNELL, «Living La Vida *Lex Mercatoria*», *Uniform Law Review*, n° 12, 2007, pp. 750-759, analizando la influencia de los Moot de Arbitraje.

³⁵ Véase D. KENNEDY (nota 26), pp. 32-44.

law en la jurisprudencia argentina?, ¿cómo se interpreta el *hard law* de conformidad con el *soft law*?

El título del Relato sugerido por la Asociación Argentina de Derecho Internacional alude a “desafíos sustanciales y procesales del comercio internacional”. Debido a la complejidad y extensión de los temas involucrados, y atento a las limitaciones formales asignadas a este trabajo, hemos restringido nuestro análisis específicamente a los temas contractuales de carácter general por considerar que son los que actualmente presentan novedades significativas para todo el ámbito del comercio, lo cual no significa restar importancia a otros problemas y enfoques que no abordamos en nuestro análisis. No obstante, cabe aclarar también que si bien en el Relato expuesto en el Congreso se abarcaron tanto los aspectos sustanciales como procesales, en la versión publicada en este Anuario sólo se considerarán –por cuestión de espacio asignado– las cuestiones procesales.

Varios frentes de análisis y discusión se abren en torno a estos planteamientos que, muchas veces, exceden lo estrictamente jurídico. En esta línea, la reflexión sobre la *lex mercatoria* y el desarrollo del *soft law* abre la puerta hacia una concepción más abierta, flexible, compleja y plural del derecho internacional, acorde con los tiempos de mayor globalización mundial. Esto sin perjuicio, claro está, de las evidentes y lógicas ventajas y desventajas que dicha apertura acarrea y los desafíos sustanciales y procesales que lógicamente se plantean. No obstante, el análisis de estas cuestiones y el posterior debate constituyen una verdadera invitación para repensar y reimaginar el mundo normativo en términos legales³⁶.

Desafíos procesales

Nuestra atención estará centrada en esta parte del relato, principalmente en el arbitraje comercial internacional. Ello, porque es esencialmente un procedimiento diferente, variable, acomodable a las necesidades de los contendientes³⁷ y, además, por ser inspirador, motivador de una intensa actividad de instituciones que estudian y elaboran principios y reglas de carácter procedimental para apuntalarlo, mejorarlo y homogeneizarlo.

Por eso, creemos necesario echar un vistazo sobre el alcance que posee la utilización de procedimientos privados en sustitución o en apoyo de los públicos y concluir si estamos o no ante algo novedoso, al menos en su intensidad, porque nos parece que, en principio, la sola aceptación del

³⁶ Véase D. KENNEDY, «El misterio de la gobernanza global», *Revista de Derecho Público* (Universidad de los Andes), n° 24, 2010, pp. 2-29, esp. p. 11.

³⁷ Más allá de que el contenido de sus sentencias sea un motor generador permanente de reglas que componen la *lex mercatoria*.

arbitraje como una válida alternativa para solucionar controversias entre particulares implica, de por sí, la apertura de una puerta en el muro del derecho procesal estatal, por la cual pueden entrar visitantes interesados en trabajar en pos del mejoramiento de la vida de las personas (o de ciertas personas). Se permite el reemplazo del proceso judicial por el proceso arbitral, con la gran cantidad de variantes que ostentan los reglamentos existentes ¿Pero esto ha sido siempre así? Un importante factor a tener en cuenta es el control que los guardianes del muro ejercen a modo de 'derecho de admisión' verificando en cada caso la viabilidad de la norma, principio o decisión foránea no sólo desde el punto de vista material sino también procesal. Dicho control ha sufrido un proceso de cambio desde los férreos criterios territorialistas xenófobos del siglo XIX hasta la gran hospitalidad actual. Veamos si tal apertura implica una posible entrada irrestricta o, en cambio, un ingreso que progresivamente se incrementa con el transcurso del tiempo pero que sigue sujeto, al menos en teoría, al control oficial ejercido al socaire de los principios estructurales del ordenamiento procesal reflejados, a veces, en reglas internacionalmente imperativas.

Una primera reflexión nos hace preguntarnos si la admisión del *soft law* se lleva a cabo mediante normas explícitas al respecto, o se trata más bien de un ablandamiento o suavización de los criterios interpretativos de la normativa procesal nacional o convencional³⁸. En apariencia el *soft law* procesal arbitral ingresa sin necesidad de cambios en el derecho positivo aunque con mayores limitaciones que el *soft law* material. Pero nuestra visión puede ser diferente cuando la puerta es golpeada por ejércitos de principios y reglas que, aunque en el fondo pueden no contener relevantes novedades, pueden si consistir en una abundante y depurada selección de pautas que apuntan a la obtención de un mejor proceso. Sin embargo, novedades hay, y llamados del derecho positivo también³⁹.

³⁸ La cuestión se relaciona con la necesidad, o no, de producir grandes modificaciones en el derecho positivo para dar cabida a normas y principios no estatales que, en definitiva, van a sustituir a los propios. Si comparamos, por ejemplo la normativa sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y arbitrales extranjeras contenida en el Tratado de Montevideo de derecho procesal internacional de 1889 con la del art. 517 y correlativos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina), vemos que en esencia se establecen, en momentos históricos muy diferentes, similares requisitos para tal reconocimiento y ejecución. Ahora bien, si con el mencionado tratado de 1889 -e incluso con el idéntico de 1939/40- y con el art. 517 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se ha ido produciendo una paulatina apertura hacia la admisión cada vez mayor de sentencias y laudos foráneos, significa que lo que cambia son las ideas básicas con las que se interpretan y aplican las mismas disposiciones.

³⁹ Cuando una Convención como la de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, declara aplicables a los «afamados» usos comerciales, estos se hacen presentes frecuentemente de la mano del arbitraje con todo su bagaje procesal «blando».

Veamos distintos instrumentos normativos por los que pueden ingresar normas “blandas” y principios procesales a un ordenamiento estatal.

I. Instrumentos de “hard law”

1) Fuente convencional

A) Los Tratados de Montevideo

El Tratado de Montevideo de derecho civil internacional de 1889 trae una sola norma de jurisdicción que involucra al comercio. Es el art. 56 que consagra la jurisdicción concurrente entre el tribunal del país a cuya ley está sometido el acto materia del juicio y el juez del domicilio del demandado. Es una pequeña libertad para el actor.

En el Tratado de derecho comercial internacional de Montevideo de 1889 encontramos algunas normas de jurisdicción, aunque sin *soft law* a la vista⁴⁰.

El Tratado de derecho procesal internacional de Montevideo de 1889, en los arts. 5 a 7 describe los requisitos para el cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales, lo cual desvirtúa por completo la creencia de que en el ámbito de 1889 no se podría ejercer la autonomía de la voluntad (al menos, procesal). De todas maneras, para esa época no habría *soft* para preocuparse (o alegrarse). El laudo es equiparado a la sentencia judicial extranjera, con la barrera del orden público, expresada por el art. 5, b): “Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución”.

En el resto de los tratados de Montevideo de 1889 no encontramos indicios de aperturas por las que pueda introducirse el *soft law*.

En los Tratados de Montevideo de 1939/40, la cuestión es bastante diferente, aunque más que nada, en teoría. El agregado hecho al art. 56 del Tratado de derecho civil internacional incorporando la prórroga tácita, indica una clara apertura hacia la admisión de la autonomía de la voluntad en su faz jurisdiccional. Si se permite la tácita, no hay posibilidad lógica de rechazar la expresa. De todas maneras, siendo tan poquitos los países

⁴⁰ Art. 6: «Las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen». Art 7: «Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios o que inicien los terceros contra la sociedad. Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro, que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los tribunales del último». Art. 10: «Son competentes para conocer de las reclamaciones que se deduzcan contra las sociedades de seguros, los tribunales del país en que dichas sociedades tienen su domicilio legal. Si esas sociedades tienen constituidas sucursales en otros Estados, regirá lo dispuesto en el artículo 6.»

vinculados, la cuestión se torna poco relevante⁴¹. Lo mismo sucede con el art. 5 del Protocolo adicional. Se prohíbe a las partes modificar la jurisdicción y la ley aplicable, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley.

Vale aquí reiterar lo expresado con respecto a los Tratados de 1889, aunque para 1940 ya había manifestaciones de lo que hoy conocemos como nueva *lex mercatoria*, de modo que por vía arbitral podían entrar algunas de sus reglas (recordemos que la primera edición de los Incoterms data de 1936).

B) El Código Bustamante

El Código Bustamante dedica el Libro Cuarto a las cuestiones referidas al derecho procesal internacional. El Título I contiene los “principios generales” (arts. 314- 317) y el Título II regula las “reglas generales de competencia en materia civil y comercial” (arts. 318-332). Posee también reglas generales de competencia en lo penal (arts. 340-342) y excepciones a tales reglas (arts. 343), además de establecer cuestiones referidas, entre otras, a la extradición, al derecho a comparecer en juicio y sus modalidades, exhortos o comisiones rogatorias, excepciones que tienen carácter internacional, prueba, etc.

Específicamente con relación a los “principios generales”, el Código Bustamante en su art. 314 sujeta la determinación de la competencia de los tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones a la ley de cada Estado contratante. Estructura la determinación de la jurisdicción internacional a partir de tres modalidades: a) la competencia de sus órganos jurisdiccionales en atención al territorio (*ratio loci*); b) en atención a la contingencia o problema personal que entraña (*ratio personae*); c) en razón de la índole de los asuntos que se plantean ante sus jueces y tribunales (*ratio materia*).

En relación con las reglas generales de competencia en materia civil y comercial establecidas en el Título II, vemos que las partes para designar en forma expresa o tácita el juez competente para dirimir sus controversias, aunque dicha aceptación va acompañada de la exigencia de que al menos uno de los litigantes tenga nacionalidad o domicilio en el país del juez elegido y tiene como límite “el derecho local contrario” (art. 318). La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación.

El Código Bustamante consagra pues como criterio atributivo de competencia a la “sumisión”, sin limitación temporal, tanto expresa como tácita. Por otra parte, califica ambos tipos de sumisión al establecer que

⁴¹ Si de tres países uno no la admite, la importancia de la cuestión se reduce mucho. Además la jurisdicción es concurrente.

“se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan” (art. 321) y “se entenderá hecha la sumisión tácita por el demandante con el hecho de acudir al juez interponiendo la demanda, y por el demandado con el hecho de practicar, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria. No se entenderá que hay sumisión tácita si el procedimiento se siguiera en rebeldía” (art. 322).

En el art. 432 alude al arbitraje: “El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores, se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite”. Como vemos, se refiere a procedimientos llevados a cabo en algún Estado parte y bajo las mismas normas del proceso oficial en lo atinente a ejecución de fallos foráneos, las que no aparentan ser muy cómodas para los laudos arbitrales. Soluciones basadas en el *soft law* serían difícilmente aceptadas bajo este sistema convencional, salvo que actuaran jueces de frente amplia, por decirlo de alguna manera alusiva a una especial receptividad frente a soluciones no basadas en derecho positivo.

C) La Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras

Esta convención significó un fundamental avance en la unificación de criterios para agilizar la circulación de las sentencias arbitrales, al limitar las causales por las que un país puede denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera. Incorporó el requisito de la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral introduciendo una norma de conflicto indeterminada para saber si las partes gozan de capacidad “(...) en virtud de la ley que es aplicable (...)”⁴² y dio paso a la autonomía conflictual para juzgar la validez del acuerdo “(...) en virtud de la ley a que las partes lo han sometido(...)”.⁴³ o, subsidiariamente, “(...) en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”⁴⁴.

Pero como “el que más tiene más quiere” aparecen presiones de aquellos a quienes la Convención de Nueva York les resulta incómoda y buscan mayor libertad para poder desenvolverse en un escenario transnacional ideal, en el que no haya derecho de fondo ni procedimiento oficial

⁴² Art. V. 1 a), primer párrafo.

⁴³ Art. V. 1 a), primer párrafo.

⁴⁴ Art. V. 1 a), primer párrafo. Esto último es un anacronismo que hoy en día no tiene razón de ser, pues el país donde se ha dictado la sentencia arbitral, que es normalmente el lugar de la sede del arbitraje es totalmente contingente y ninguna incidencia debería tener sobre el procedimiento arbitral.

que imponga atadura o limitación alguna, que intente poner cauces, ralentizar, ni siquiera emitir juicio (como no sea elogioso) sobre los negocios de las grandes empresas cuyo poderío supera con creces, en muchos casos, a las propias economías estatales. De modo que no deben asombrarnos los embates de importante doctrina especializada reforzando fallos “globalizadores”.

Porque lo que se viene es un presunto derecho que se va extendiendo sobre el orbe, maleable según las circunstancias de cada caso, sin indeseables limitaciones imperativas, con tribunales propios que fallan basándose en su idoneidad personal, utilizando las reglas que quieren, o sin reglas (usando principios elaborados en megalaboratorios científicos), o “según su leal saber y entender”, dejando de lado los derechos procesales y de fondo, que van quedando circunscriptos a las relaciones entre particulares no empresarios, o pequeños y medianos empresarios a quienes el derecho transnacional atraparé casi inadvertidamente en la medida en que se relacionen comercialmente con los adalides del supersistema. Ya se usa menos la expresión *lex mercatoria*; ahora tenemos que usar las palabras mágicas *soft law* (y su “autoritaria” contrapartida, *hard law*) sin que estemos demasiado seguros de su significado y alcance.

Desde otro ángulo, creemos que a la Convención de Nueva York no le vendría mal un retoque, aunque no por las razones que esgrimen los partidarios del derecho transnacional autónomo, a quienes preocupa el art. V, 2, a) y b) en cuanto sostiene como causales de posible denegación de reconocimiento y ejecución, la no arbitralidad de la diferencia y la contradicción con el orden público del país requerido. Por el contrario, creemos que este país debería tener mayor protagonismo y ser él quien tuviera la potestad otorgada por el art. V.d) que atribuye al Estado en que se ha efectuado el arbitraje la posibilidad de que su ley sea aplicada para juzgar la constitución del tribunal o el procedimiento arbitral. Lo mismo cabe decir del inciso e) del mismo artículo en cuanto a la suspensión o anulación del laudo⁴⁵.

El procedimiento utilizado para la solución de la controversia es el acordado por los contendientes, sea el elaborado por ellos mismos (arbitraje *ad hoc*) o el de un reglamento incorporado *in integrum* o con modificaciones, lo cual es posible por tratarse de reglas que valen en tanto y en cuanto las partes las pacten, como cualquier cláusula del contrato base (*soft rules*, que al integrarse al contrato pasan a *ser hard rules*). Y esto es posible, porque el *hard law* lo autoriza. ¿Podrá el *soft law* con la Convención de Nueva York?

⁴⁵ Iguales consideraciones nos merece la Convención CIDIP I sobre arbitraje comercial internacional de Panamá, 1975, cuyo art. V es, literalmente, el mismo que el de la Convención de Nueva York de 1958.

D) Las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs)

Veremos ahora qué normas de jurisdicción internacional encontramos en las convenciones CIDIP y si existe alguna posibilidad de ser interferidas sus disposiciones procesales por reglas del llamado derecho blando (o suave). Además, todas estas convenciones contienen la excepción de inaplicabilidad de la ley extranjera (o cumplimiento de exhortos) cuando el Estado la considere “manifiestamente contraria a su orden público”.

En el marco de la CIDIP I (Panamá, 1975), encontramos la “Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas”, la cual en el art. 8 contiene una norma de jurisdicción concurrente: “Los tribunales del Estado Parte donde la obligación deba cumplirse o los del Estado Parte donde el demandado se encuentre domiciliado, a opción del actor, serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio” (aplicable a pagarés y facturas, según arts. 9 y 10 y a los cheques, según el art. 1 de la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques). No vemos entradas para derecho procesal blando.

La “Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional”, en su art. 5, reproduce textualmente el art. V de la Convención de Nueva York de 1958 por lo que damos aquí por reproducido lo dicho respecto de aquella Convención. Es una Convención francamente prescindible para países adheridos a Nueva York. Por lo demás, tiene dos objeciones graves: la imposición en el art. 3 de las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) cuando no haya acuerdo de partes al respecto, y la omisión de una norma como el art. VII, 1er. párrafo de la Convención de Nueva York, con lo cual no se puede convalidar un laudo anulado en el Estado de la sede.

La “Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias” en el art. 16 establece la posibilidad de aplicarla a los juicios arbitrales: “Los Estados parte en esta Convención podrán declarar que extiendan las normas de la misma a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial”. Tales declaraciones se comunicarán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos” (el entrecomillado simple es nuestro). Además, donde dice “extiendan” debe leerse “extienden”, si es que nos atenemos al idioma castellano (en la propia página oficial de la OEA dice “extiendan”). Como el arbitraje es en sí mismo *soft law* procesal, puede decirse que recibe ayuda oficial para que el laudo circule en las mismas condiciones que una sentencia judicial extranjera.

Lo mismo cabe decir en este caso sobre el trámite de recepción de pruebas en el extranjero, ya que el art. 15 de la “Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero” dispone que: “Los Estados

parte en esta Convención podrán declarar que extienden las normas de la misma a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a la recepción u obtención de pruebas en materia criminal, laboral, contencioso administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial. Tales declaraciones se comunicarán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos” (el entrecomillado simple es nuestro).

Con respecto a la CIDIP II (Montevideo 1979), en materia de sociedades comerciales la cuestión jurisdiccional es hermética. El art. 6 de la “Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles” establece: “Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado, para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren”. No hay lugar para *soft law*.

La “Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros” se estructura conforme a la vieja postura que equipara los requisitos de reconocimiento de sentencias judiciales y arbitrales sin tomar en cuenta determinadas particularidades de estas últimas. Así, por ejemplo el art. 2, g) exige tener el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada “en el Estado en que fueron dictados” con lo que se adscribe a la postura que fija el arbitraje en el Estado de la sede. La moderna concepción del arbitraje “deslocalizado” no permite justificar el sometimiento del litigio, y menos aún del laudo, al ordenamiento del lugar de su dictado, que suele ser el de la sede.

En la CIDIP IV (Montevideo, 1989), la regulación material de la “Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera” se impone al arbitraje de derecho, sea éste *ad hoc* o institucional (art. 16). Habría que ver en qué medida puede el laudo introducir reglas blandas.

La “Ley Modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias”, en el marco de la CIDIP VI (Washington, 2002), establece en el art. 68: “Cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de consenso y de conformidad con la legislación de este Estado”. Esta compleja Ley Modelo, como vemos da un pequeño resquicio al arbitraje para el supuesto de discrepancias sobre la interpretación y cumplimiento de una garantía. Algo de *soft law* podría ingresar al sistema del Estado que la adopte. Lo más difícil puede ser adoptarla.

E) El Protocolo de las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa

Este Protocolo mercosureño (enmendado por Dec-07-02 del CMC) consagra la igualdad de trato procesal en cada Estado para los ciudadanos,

residentes y personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas en cualquiera de los Estados parte, prohibiendo en todos los casos imponerles cauciones o depósitos en razón de su extranjería. Se trata del esencial principio de la “igualdad de trato procesal” (arts. 5 y 6). En el art. 8 se deja en claro que puede denegarse la ejecución de una medida por exhorto, cuando atente contra los principios de orden público del Estado requerido⁴⁶.

Estamos ante un principio concreto que el *soft law* también defiende (igualdad de trato) y una invocación al orden público del foro que el propio *soft law* reconoce, cuyo resguardo debería ser inexcusable aunque no existiera una norma que así lo estableciera de un modo “internacionalmente imperativo”.

Una relación importante entre el derecho blando y el derecho duro se da en el art. 20 c) porque al establecer que el órgano arbitral debe ser competente según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional, está reafirmando que el arbitraje existe en tanto y en cuanto el *hard law* le abra sus puertas. No estamos de acuerdo con la dependencia del laudo con el Estado en que fue dictado, según el art. 20 e) ya que las razones por las cuales se elige un país para instalar la sede del arbitraje pueden ser múltiples y no tener vínculo relevante alguno con el orden jurídico del mismo.

Por otro lado, lo manifestado por los Estados suscriptores en la motivación del Protocolo, es prácticamente un listado de principios, la mayoría de los cuales ha sido tomado por el *soft law*, fenómeno que suele repetirse en tratados y convenciones internacionales, no sólo en cuestiones de derecho internacional privado⁴⁷.

Se habla allí del compromiso de los Estados parte de “armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. De promover e intensificar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa” a fin de “contribuir al desarrollo de las relaciones de integración” con base en los principios de respeto a la soberanía nacional y a la igualdad de derechos e intereses recíprocos. Bien es cierto que la soberanía puede no ser ‘amiga’ del *soft law*, en cuanto se la invoque para fundar posturas políticas y jurídicas que obstaculicen principios y reglas “globales”, compartidos por la comunidad internacional de comerciantes. Pero una moderna concepción de soberanía puede bien compatibilizarse con la asimilación de pautas

⁴⁶ Véase A. DREYZIN DE KLOR, «La cooperación jurídica internacional en el MERCOSUR», en: *Temas de Derecho de la Integración y Derecho internacional Privado*, Córdoba, Advocatus, 1998, pp. 105 ss y A. DREYZIN DE KLOR / T. SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, pp. 151-162.

⁴⁷ Que enuncian, con mayor o menor despliegue, los propósitos que persiguen en sus disposiciones.

que permitan superar las discrepancias procesales para mejorar los rieles por los que transitan las pretensiones sustantivas.

Quienes lo han aprobado manifiestan su convicción de que “este Protocolo coadyuvará al trato equitativo de los ciudadanos y residentes permanentes de los Estados parte del Tratado de Asunción y les facilitará el libre acceso a la jurisdicción en dichos Estados para la defensa de sus derechos e intereses”, dada la importancia que asignan, en aras del proceso de integración, a “la adopción de instrumentos comunes que consoliden la seguridad jurídica para alcanzar los objetivos del Tratado de Asunción de 1991”. Grandes principios y propósitos (*soft*) como fundamentos y criterios interpretativos del derecho positivo (*hard*).

F) El Protocolo de medidas cautelares

El Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares entre los Estados parte del MERCOSUR de 16/12/1994 fue hecho con la finalidad de reglamentar el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir que se produzcan daños irreparables en relación con personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer. Las medidas cautelares podrán ser solicitadas en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil, debiendo, las autoridades jurisdiccionales de cada Estado parte, cumplir las medidas decretadas por jueces de los demás Estados parte, de acuerdo a la ley de situación de los bienes o residencia de las personas. La cautelar será admisible y resuelta por los jueces del Estado requirente, según sus leyes. En cambio la ejecución de la medida y su contracautela, serán resueltas por los jueces del Estado requerido, según sus propias leyes, lo mismo que las modificaciones para poder cumplirlas, reducirlas o sustituirlas, las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas, y las cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales. Como debe ser, la autoridad jurisdiccional del Estado requerido puede rehusar el cumplimiento de la cautelar, cuando sea manifiestamente contraria a su orden público (art. 17).

El resto de las normas es la habitual en esta temática y escapa a la necesidad de análisis, si nos atenemos al título del relato. No hay lugar para el arbitraje ni nada *soft*. Es puro derecho positivo procesal⁴⁸.

⁴⁸ Por lo demás, el 15/12/97 apareció el Acuerdo complementario al Protocolo de medidas cautelares del MERCOSUR. Este Acuerdo hecho en Montevideo, tiene por finalidad incorporar un anexo al Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares aprobando siete formularios de exhorto o carta rogatoria para el trámite de las medidas cautelares previstas en los distintos artículos de este último. Los siete formularios son: N° 1: «solicitud de medida cautelar» -arts. 18 y 19-, N° 2: «solicitud de datos complementarios» -art. 21-, N° 3: «cumplimiento de la solicitud de datos complementarios» -art. 21- N° 4: «comunicación de

G) Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual

Fiel al estilo ambiguo y complejo que suele caracterizar a algunos instrumentos normativos de derecho internacional privado en el MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual⁴⁹ anuncia (art. 1) que se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional en contratos civiles o comerciales celebrados entre particulares domiciliados en Estados parte del Tratado de Asunción (art. 1, a) [o] cuando por lo menos una de las partes tenga su domicilio o sede en un Estado parte, “y además”, se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado parte, y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo (art. 1, b)⁵⁰. Luego, en el art. 4 se consagra la autonomía de la voluntad de las partes permitiéndoles prorrogar la jurisdicción internacional de los tribunales que hubiesen sido normalmente competentes, en favor de otros tribunales judiciales extranjeros o, incluso, en favor de árbitros. Hoy en día ya no puede dudarse de que la apertura al arbitraje es un salvoconducto para el *soft law* procesal. Sea un reglamento institucional o normas procedimentales particulares elaboradas por las partes del contrato, el procedimiento privado será la áspera lona sobre la que los *fighters* desplegarán su lucha intelectual hasta que uno caiga rendido, o la sedosa sábana sobre la que sus dotes de seducción les permitirán llegar a un acuerdo satisfactorio⁵¹.

Lo cierto es que en cada supuesto en que el *hard law* (interno o convencional) da paso al arbitraje privado, entra en juego el procedimiento *soft* que, ocasionalmente, por ejemplo al tener que tramitar la producción de determinadas medidas probatorias, llevar adelante medidas cautelares o ejecutar forzosamente un laudo, (todos casos en que se requiere coacción), necesitará el auxilio del *hard*.

contracautela o garantía» -art. 6-, N° 5: «comunicación de cumplimiento» -art. 15- N° 6: «comunicación referente a la interposición de la demanda en el proceso principal -arts. 13 y 14, b- N° 7: «comunicación de levantamiento de la medida cautelar -arts. -8 y 13-. Los artículos corresponden al Protocolo de Ouro Preto.

⁴⁹ Véase los trabajos de A. URIONDO DE MARTINOLI, «Simetrías y asimetrías en materia contractual» y J.A. TONIOLLO, «Reflexiones acerca de la función jurisdiccional en el MERCOSUR», en: A. LATUCCA / M.A. CIURO CALDANI (coords.), *Economía globalizada y MERCOSUR*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pp. 76-80 y pp. 245-248, respectivamente.

⁵⁰ No nos detendremos en analizar el críptico ámbito de aplicación de este Protocolo.

⁵¹ Lo cual no los convertirá, probablemente, en *lovers*, aunque todo puede suceder (incluso que ambos caigan rendidos).

H) Los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR

Con serios errores de elaboración⁵², los Acuerdos sobre arbitraje comercial internacional de 1998 han dado entrada a “reglas blandas” sustanciales y procesales. Las ideas “autonomistas” están allí presentes no sin contradicciones. Para empezar, al referir a la decisión que da nacimiento al arbitraje, el acuerdo arbitral⁵³ (al que inexplicablemente llaman “convención”, introduciendo una molestia ya en la lectura de sus disposiciones), hacen una “ensalada” (art. 6.5) entre el derecho del lugar de celebración y la presunta convalidación por un Estado del art. 3,b). Luego, en el art. 7 regulan la validez intrínseca de la convención arbitral sometiendo la capacidad de las partes a la ley del domicilio y remitiendo, en el apartado 2, a la ley del Estado parte que sea sede del tribunal. Llama la atención que no se haya autorizado la autonomía conflictual y que se haya atado la validez del pacto al país de la sede, lo cual habla de una concepción anticuada e injustificada. El punto tiene que ver con el análisis de la competencia del árbitro, cuestión que ya no se discute en cuanto a que el mismo árbitro es el competente para decidir sobre su propia competencia (*compétence-competence*). Así surge del art. 8, pero obligando al árbitro a hacerlo sobre la base los artículos 6 y 7 (para la forma y para el fondo, respectivamente).

En cuanto al derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral, el art. 10 incorpora, de cualquier modo (elijan o no las partes), el derecho internacional privado y sus principios, así como el derecho del comercio internacional. Ahí podría entrar masivamente el llamado *soft law* ya que el procedimiento pactado integra ese *soft law*, especialmente en materia de arbitraje. Pero ello no ocurre, porque el articulado subsiguiente avanza decididamente sobre el terreno reservado a los acuerdos privados de arbitraje, sea éste *ad hoc* o institucional. Nos encontramos con obviedades innecesarias⁵⁴, con inconducentes normas de procedimiento en los arts. 12 y 13, con reglas sobre nombramiento, recusación y sustitución de árbitros remitiendo el tema en el arbitraje *ad hoc* a las normas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (art. 17), estableciendo en el art. 18 lo que ya estaba dicho en el art. 8, pero sometiendo las causales de inexistencia de materia arbitrable (cuestión indeclinable del

⁵² Ver J.R. ALBORNOZ, «El arbitraje en el derecho internacional privado y el MERCOSUR con especial referencia a los acuerdos de arbitraje del 23 de julio de 1998», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XV, 1999, pp. 15-45.

⁵³ Al acuerdo arbitral lo denominan «convención arbitral» y al tratado, «acuerdo de arbitraje comercial internacional», con lo cual el lector debe constantemente determinar si se está haciendo referencia al pacto de arbitraje o al tratado, ya que en la literatura jurídica especializada el pacto es el acuerdo y el tratado es el convenio.

⁵⁴ Como el art. 11 que permite a las partes elegir entre arbitraje institucional o *ad hoc*.

país requerido de reconocimiento) e inexistencia, nulidad o caducidad de la convención arbitral al reglamento de la institución interviniente, en abierta contradicción con los arts. 6 y 7, mandando a aplicar, en materia de medidas cautelares el Acuerdo respectivo del MERCOSUR (Decisión CMC N° 27/94)⁵⁵.

Todo esto nos lleva a ver a los Acuerdos sobre arbitraje comercial internacional como una cosa “rara” que incorpora normas “blandas” y las petrifica. Sería algo así como un *hard-soft law*, un híbrido que, no por sus cualidades, carece de aplicación práctica.

I) El Reglamento Bruselas I

En el Reglamento (CE) No 44/2001 del Consejo de 22/12/2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I) hay incorporación clara de *soft law*. Cuando habla de la prórroga de competencia en el art. 23, 1, a) establece que el acuerdo deberá celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita o “b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieren establecidos entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”. También, como particularidad, se contempla la prórroga tácita por la sola presentación del demandado, a menos que lo hiciera para impugnar la competencia o si existiere otra jurisdicción exclusivamente competente (art. 24). Como podemos percibir, la fórmula empleada utiliza el lenguaje del art. 9.2 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

Pero es una prórroga en favor de tribunales oficiales. La cuestión es problemática y tiene que ver con la exclusión del arbitraje en el ámbito de aplicación del Reglamento, tal como lo dispone el art. 1.2. d). Ello se debe a que se ha entendido que la generalizada y probada eficacia de la Convención de Nueva York de 1958 hacía innecesario entrar en el terreno arbitral. Sin embargo, hay problemas prácticos porque todos sabemos las interacciones que existen entre el arbitraje y la actuación de los tribunales ordinarios. Hasta ahora el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no ha dado solución a diversos inconvenientes que se están presentando, como por ejemplo, que un acuerdo arbitral sea considerado válido en un Estado y nulo en otro basándose, este último, en el mencionado art. 1.2.b). Por supuesto, sobrevienen problemas con el reconocimiento y ejecución de laudos, tema éste que, como otros varios, reclaman una modificación en el Reglamento, pero con mucho cuidado para armonizarlo con el sistema de Nueva York.

⁵⁵ Acuerdos sobre arbitraje comercial internacional de MERCOSUR, art. 19.

J) El Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro

En el preámbulo del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 se exponen escuetas aunque claras razones que justifican el articulado subsiguiente. Se quiere fortalecer la cooperación judicial mediante reglas uniformes sobre competencia y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil o comercial, dando para las partes seguridad y eficacia a los acuerdos exclusivos en operaciones comerciales⁵⁶. En ocasiones suele verse a los objetivos declamados en los preámbulos convencionales como verdaderos principios que permiten interpretar sus disposiciones y, en sentido amplio, podrían ayudar a los sistemas de los Estados parte a revisar y modernizar sus criterios en determinadas temáticas, cumpliendo de ese modo una de las funciones que se atribuyen al *soft law*. No vemos que esto pueda adjudicarse a las palabras iniciales de este Convenio.

El Capítulo I, referido al ámbito de aplicación y definiciones, el art. 1 señala que “1. El presente Convenio se aplicará en situaciones internacionales a los acuerdos exclusivos de elección de foro⁵⁷ que se celebren en materia civil y comercial. 2. A los efectos del Capítulo II, una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado. 3. A los efectos del Capítulo III, una situación es internacional cuando se solicite el reconocimiento o la ejecución de una resolución extranjera”.

La Convención excluye de su ámbito de aplicación en el art. 2 a los acuerdos celebrados por una persona física que actúe por razones perso-

⁵⁶ Véase J.L. SIQUEIROS, «La Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro. Versión final», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 817-830, disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=derint&n=6

⁵⁷ El art. 3 del Convenio establece: «A los efectos del presente Convenio: a) acuerdo exclusivo de elección de foro significa un acuerdo celebrado por dos o más partes que cumple con los requisitos establecidos por el apartado c) y que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal; b) un acuerdo de elección de foro que designe a los tribunales de un Estado contratante o uno o más tribunales específicos de un Estado contratante se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario; c) un acuerdo exclusivo de elección de foro debe ser celebrado o documentado: i) por escrito; o ii) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta; d) un acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato, será considerado un acuerdo independiente de las demás cláusulas del mismo. La validez del acuerdo exclusivo de elección de foro no podrá ser impugnada por la sola razón de que el contrato no es válido».

nales, familiares o domésticas (un consumidor), así como aquellos acuerdos vinculados con contratos laborales; por otra parte, se excluye a otras múltiples materias de carácter procedimental. El arbitraje está expresamente excluido en el art. 2.4: “El presente Convenio no se aplicará al arbitraje ni a los procedimientos relacionados con el mismo”.

No nos detendremos en el análisis pormenorizado de este instrumento. Sin embargo, sólo nos queda una pequeña duda sobre una eventual influencia que un proceso arbitral pueda tener en una denegatoria de reconocimiento y ejecución. El art. 9, sobre “Denegación del reconocimiento o de la ejecución”, dice que «el reconocimiento o la ejecución podrán denegarse si, punto g): “la resolución es incompatible con una resolución previamente dictada en otro Estado en un litigio entre las mismas partes con el mismo objeto y la misma causa, siempre que la resolución previamente dictada cumpla con las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido”. ¿Podría esa resolución previa ser un laudo arbitral firme? La respuesta nos parece positiva. No podemos decir lo mismo sobre un proceso arbitral en marcha como causal de litispendencia, pues una cláusula compromisoria (o compromiso) puede en cualquier momento, por acuerdo de parte, ser dejada sin efecto. En tal caso, lo sería mediante un acuerdo exclusivo de elección de foro.

2. Fuente interna argentina

A) El artículo 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

De parte de la Argentina, esta concesión de apertura al arbitraje viene a corroborar la que surge del art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando permite, salvo lo dispuesto en tratados internacionales y en el art. 14 de la ley 48, la prórroga en favor de jueces o árbitros que actúen fuera de la República cuando el asunto sea patrimonial e internacional, y siempre que la prórroga no esté prohibida por ley o se trate de jurisdicción exclusiva argentina. He ahí unas limitaciones que hacen a la validez del acuerdo y que funcionan a modo de normas imperativas para casos internacionales.

Es una muestra de control ejercido por el derecho positivo y la consecuente sumisión del derecho blando a aquél. A esto debe agregarse la condición impuesta por el art. 737, remitido por el art. 519 bis, ambos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: la materia debe ser arbitrable según el ordenamiento argentino, es decir, ser susceptible de transacción. Al comercio le interesa agregar a su propia libertad contractual (libertad de acordar las estipulaciones internas de cada negocio y las reglas materiales a las que las partes se deben ajustar), la potestad de elegir los tribunales judiciales o arbitrales que dirimirán una eventual controversia entre las partes. Y esto es visto positivamente en nuestros días por las evidentes ventajas que otorga al despliegue del mundo de los negocios y, por lo tanto, según dicen, a las economías nacionales y regionales.

B) Los arts. 1215 y 1216 del Código Civil

Los asuntos comerciales quedan comprendidos en las normas generales de jurisdicción internacional en materia contractual, salvo algunos supuestos que mencionaremos. Los artículos 1215/16 del Código Civil establecen que en materia contractual son competentes los jueces del lugar de cumplimiento del contrato, concurrentemente con los del domicilio o residencia del “deudor”⁵⁸. Se trata de normas de carácter procesal incluidas en un código de fondo, que operan bilateralmente porque se utilizan tanto para saber si los jueces argentinos están dotados de jurisdicción internacional en los casos concretos, cuanto para juzgar si los jueces extranjeros que han dictado sentencias cuyo reconocimiento se pide en nuestro país, poseen o no jurisdicción desde el punto de vista argentino⁵⁹.

Pero estas jurisdicciones son absolutamente subsidiarias pues sólo entrarán en consideración si los contratantes no hubiesen hecho uso de la prórroga autorizada por el art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Éste permite el acuerdo arbitral y, con esto, la posible entrada del *soft law* en cualquiera de sus formas. Sólo quedaría desplazado el art. 1 mencionado, por una norma convencional o por alguna norma de fuente interna especial. Esto último sucede con la prórroga contenida en el art. 621 de la ley 20.094 que, como particularidad, muestra una limitación temporal: se puede prorrogar la jurisdicción sólo “después” de los hechos generadores del litigio. En el tema jurisdiccional, la citada ley contiene normas de jurisdicción concurrente (art. 614, primer párrafo –para contratos de utilización de buques–, 618 –para asistencia y salvamento en aguas no jurisdiccionales–, 619 –abordajes en aguas no jurisdiccionales–, 620 –para contratos de seguro–), de jurisdicción única argentina (art. 612 –foro de patrimonio–, 613 –para acciones penales o disciplinarias en abordajes en aguas no jurisdiccionales, cuando el buque sea de bandera argentina–, 616 –contrato de ajuste en buque de bandera nacional– y 617 –asistencia, salvamento y abordaje en aguas jurisdiccionales argentinas–) y de jurisdicción exclusiva (614, 2º párrafo –fletamento o transporte de carga en general–, 615 –averías comunes en determinadas circunstancias–).

También queda desplazado el art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el art. 41 de la ley 24.921 de transporte

⁵⁸ Recordemos que donde dice «deudor» debemos leer «demandado», y donde dice «lugar de cumplimiento» ha de entenderse cualquier lugar donde haya una prestación cumplida o a cumplirse. A. BOGGIANO (nota 89), pp. 132-134. Véase, asimismo, C.D. IUD, «Contratos internacionales y juez competente», *La Ley*, 2000-A, pp. 404 ss. y P.M. ALL, «Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna», *Derecho del Comercio Internacional- Temas y Actualidades (DeCITA)*, n° 4, 2005, pp. 422- 444.

⁵⁹ Véase CNCom., Sala E, «Trigo Corporation c/ Cristalerías de Cuyo S.A.», 17/07/1998, *La Ley*, 1999-F, p. 778.

multimodal, que regula la prórroga de jurisdicción del mismo modo que el art. 621 antes visto, exigiendo que el acuerdo sea realizado con posterioridad al hecho generador de la causa. Si no hay prórroga, hay jurisdicción exclusiva de los tribunales federales argentinos si el destino previsto del transporte está en nuestro país.

En materia de sociedades comerciales difícilmente hallaremos derecho blandengue, habida cuenta de la conformación del derecho internacional privado societario interno que cuenta con una norma de conflicto (art. 118, 1er. párrafo, ley 19.550) y un envoltorio de normas materiales y de policía. Sólo cabe imaginar una hendidura o pequeña fistula en el sistema, por el lado del funcionamiento de los arts. 30 a 33 de la ley de sociedades, por ejemplo, si se aceptara una calificación de control societario tomada de alguna norma *soft* extranjera, como solución favorable a la sociedad presuntamente controlada. Pero no conocemos casos.

II. Instrumentos de “soft law”

A) Los Principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional

Según lo expresan sus entidades coautoras⁶⁰ se trata de un trabajo que toma en cuenta lo que ellas ven como necesidad de contar con un conjunto de procedimientos “universales” que trasciendan las normas jurisdiccionales nacionales y faciliten la resolución de disputas surgidas de transacciones comerciales internacionales⁶¹. Con tal finalidad han creado un conjunto de reglas y principios procesales que podrían ser adoptados globalmente para reducir la incertidumbre de litigar en entornos poco conocidos⁶².

La obra contiene principios y reglas procesales con prolijos comentarios que en buena medida sirven como una eficaz recopilación, estilo doctrina, en la que se han incluido las mejores y más conocidas pautas básicas extraídas de las leyes procesales de países tanto del *civil law* como del *common law*. Ambos (Principios y Reglas) pueden servir también para el proceso arbitral, salvo en lo que sean incompatibles con el mismo, como puede suceder con lo relativo a la jurisdicción, a la publicidad del procedimiento y a la apelación⁶³. Son treinta y un principios y treinta y seis reglas que tienen mucho en común. Por un lado, procuran incorporarse a

⁶⁰ El *American Law Institute* y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

⁶¹ Véase H.P. GLENN, «The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?», *Derecho del Comercio Internacional- Temas y Actualidades (DeCITA)*, n° 4, 2005, pp. 26 ss.

⁶² Véase presentación de los Principios ALI/UNIDROIT, Washington D.C., mayo de 2004 y Roma, Abril de 2004.

⁶³ Principios, comentario P-E, último párrafo, p. 18.

los sistemas nacionales (los Principios) y por otro, pretenden sustituir a los procedimientos locales (las Reglas). Pero en ambos casos se requiere un mecanismo interno de ingreso. Por ello, como se explica en “P-A”⁶⁴ es necesario que el foro los adopte mediante una ley, un reglamento o un tratado internacional, pudiendo excluir ciertas categorías de litigios o extenderlos a otros no contemplados⁶⁵ pues se trata sólo de estándares destinados a la solución jurisdiccional de los litigios comerciales transnacionales, excluidos los reclamos regulados por las leyes de defensa del consumidor⁶⁶.

Los Principios y las Reglas⁶⁷, tienen una redacción tan similar (clara, genérica e imposible –en la mayoría de los supuestos– de funcionar por sí solas como normas jurídicas procesales directamente operativas) que comparándolos, resulta difícil diferenciarlos. Si bien suelen tener un grado más de especificidad, las reglas son verdaderos principios que servirían para motivar normas procesales concretas.

Tomemos, por ejemplo el Principio 13, que textualmente dice:

13. Presentación de *amicus curiae*

Con el consentimiento del tribunal y previa consulta a las partes se pueden recibir de terceras personas, presentaciones por escrito referidas a cuestiones jurídicas importantes en el proceso e información sobre sus antecedentes. El tribunal puede invitar a que se efectúen tales presentaciones. Las partes deben tener la oportunidad de presentar comentarios por escrito sobre las cuestiones incluidas en tales presentaciones antes [de] que éstas sean consideradas por el tribunal⁶⁸.

Si se está de acuerdo con este principio, habría que crear una norma jurídica que permitiera ponerlo en práctica (oportunidad, plazos, recurribilidad, valor probatorio, etc.). Pero eso no sucede. Veamos cómo concreta este principio la Regla 6:

6. Presentación de *amicus curiae*

Cualquier persona física o jurídica puede efectuar una presentación por escrito al tribunal que contenga datos, información, comentarios, análisis jurídico y otras consideraciones que pueden ser útiles para una equitativa y justa decisión del caso. El Tribunal puede rechazar tal presentación. El tribunal puede invitar a un tercero para que efectúe dichas

⁶⁴ Principios, p. 17, primer párrafo.

⁶⁵ Principios, p. 17.

⁶⁶ Véase el alcance e interpretación y comentario P-B en lugar citado en nota inmediata anterior.

⁶⁷ Véase A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Lineamientos generales de los principios y reglas comunes para los procesos transnacionales (ALI-UNIDROIT)», *Derecho del Comercio Internacional- Temas y Actualidades (DeCITA)*, n° 4, 2005, pp. 51-53.

⁶⁸ Principios, pp. 36-37.

presentaciones. Las partes deben tener la oportunidad de presentar comentarios escritos sobre las cuestiones incluidas en tales presentaciones antes [de] que éstas sean consideradas por el tribunal.

¿Qué diferencia al Principio de la Regla? Ambos dicen lo mismo con muy pocas variantes en el vocabulario empleado. De modo que, puede decirse que ambos son “principios”⁶⁹. ¿Y esto es *soft law*? ¿No son más bien *soft principles*?⁷⁰ Ni siquiera tienen la característica de la regla concreta que debe cumplirse so pena de sufrir una consecuencia determinada, como ocurre en ciertos casos de la *lex mercatoria*⁷¹.

Todos los principios publicados son muy atractivos y no pueden sino motivar adhesión porque, además, no debe haber “nación civilizada” que no los tenga como propios en sus textos legales y en su doctrina. Pero de ahí a la vida real, puede haber mucho trecho. Porque ¿de qué sirve tener un principio como el “1.1.” según el cual “el tribunal y los jueces deberán tener independencia para resolver la controversia de conformidad a los hechos”⁷², si en la práctica tal independencia se diluye con llamativa asiduidad?⁷³ O ¿cómo pregonar “que los jueces deberán gozar de una estabilidad razonable en el ejercicio de sus cargos” cuando puede un país echar arbitrariamente a un magistrado del más alto tribunal y mantener incólume a quien ha incurrido en conductas cuya sola sospecha debería motivar la inmediata renuncia del involucrado?⁷⁴.

Creemos que nuestro sistema jurídico no es ajeno a los principios y reglas que estamos viendo, por lo que, en buena medida se adecua a los estándares que de ellos surgen. La cuestión es saber si como sociedad tenemos la posibilidad de poner en práctica tales pautas, porque si no

⁶⁹ Son pocas las Reglas de las que se pueda decir que son directamente operativas. Son principios más desarrollados.

⁷⁰ Si asignamos a *law* el significado de ordenamiento jurídico, o ley en el sentido de norma cuyo cumplimiento se puede forzar con medios de coacción oficiales, sería incorrecto el nombre *soft law*, ya que éste sólo se haría exigible al incorporarse en un contrato. Antes de que esto ocurriera, serían sólo principios o simplemente reglas de utilización optativa, salvo las tácitamente consideradas aplicables en algún instrumento normativo oficial. Pero hemos de seguir la corriente para no perder diálogo con quienes utilizan la «popularizada» expresión.

⁷¹ Véase cualquiera de las reglas elaboradas, por ejemplo, por la Cámara de Comercio Internacional en materia de compraventa o de contratos bancarios. Claro que, la consecuencia «jurídica» del incumplimiento de una de estas reglas deriva de su incorporación voluntaria al contrato o, eventualmente, de ser considerada como un uso que en el comercio internacional, es «ampliamente conocido y regularmente observado en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate» (art. 9, 2 de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías).

⁷² Principios, p. 18.

⁷³ Pensemos en algún país, donde algunos jueces puedan tener estrecha vinculación con el poder político.

⁷⁴ Principio 1.2, p. 18.

es así, tampoco lo conseguiremos aunque incorporemos al sistema legal cuantos magníficos principios y reglas anden pululando por el mundo.

Una señal más de la insuficiencia de las reglas para regular todos los aspectos del proceso está dada en la referencia que ellas mismas hacen al derecho procesal del foro, por ejemplo al delegarle las cuestiones no tratadas en ellas⁷⁵.

B) Las Reglas de la *International Bar Association* sobre la práctica de prueba en el arbitraje internacional

Se trata de un instrumento⁷⁶ resultado de la revisión de las Reglas de la IBA de 1999 con el que se procura dar a las partes y a los árbitros un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en el arbitraje internacional⁷⁷. En el propio prólogo se aclara que si las partes desean adoptarlas, se les recomienda incluir una fórmula determinada y, por lo demás, las pueden modificar o usar como guías para el desarrollo de su propio procedimiento⁷⁸.

Estas reglas integran el *soft law* y se autolimitan al ceder frente a alguna disposición legal imperativa, aunque no por contradicciones con Reglas Generales (que son definidas como las reglas institucionales, *ad hoc* u otras reglas que se apliquen en el desarrollo del arbitraje⁷⁹) a menos que las partes dispongan lo contrario⁸⁰.

Han sido elaboradas por especialistas en arbitrajes fusionando elementos recogidos de distintas tradiciones procesales. Así, por ejemplo, en los arts. 5 y 6 incorporan los sistemas de designación y valoración de peritos y sus dictámenes, tanto de los países anglosajones como de los de derecho escrito⁸¹.

⁷⁵ Regla 1.2, p. 99.

⁷⁶ <http://www.ibanet.org/Default.aspx>

⁷⁷ Reglas IBA, Prólogo, p. 2.

⁷⁸ Reglas IBA, Prólogo, p. 2., penúltimo párrafo, p. 3. Esto se reitera en el Preámbulo, pto. 2, p. 4.

⁷⁹ Reglas IBA, Definiciones, p. 5.

⁸⁰ Reglas IBA, art. 1.1.

⁸¹ En el art. 5 se regula la designación de peritos por las partes, el contenido del dictamen, e incluso la posibilidad de que el tribunal ordene que los peritos con opiniones divergentes, se reúnan, deliberen y traten de llegar a un acuerdo sobre los asuntos a que se refieren sus dictámenes, haciendo constar por escrito el resultado de tales deliberaciones, con las coincidencias y las disidencias debidamente motivadas. En el art. 6 se incorpora la posibilidad de que se utilice el sistema pericial reinante en los ordenamientos de derecho escrito, en los que el perito es designado por el tribunal previa consulta a las partes. Se reglamenta allí la actuación del perito, las facultades de las partes frente al dictamen y su valoración por el tribunal.

Su finalidad es procurar poner remedio a la incertidumbre generada sobre el modo de presentación y tratamiento de la prueba en el arbitraje internacional, por las importantes diferencias en las tradiciones procesales de los distintos sistemas legales nacionales en materia de arbitraje, tratando de armonizar las prácticas divergentes.

C) Directrices de la *International Bar Association* sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional

La *International Bar Association* ha preparado también un documento denominado "Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional"⁸², que contiene normas generales sobre imparcialidad e independencia y sobre la obligación de revelar hechos y circunstancias que pudieran ponerlas en riesgo, en su primera parte. En la segunda parte, aborda la aplicación práctica de esas normas generales⁸³.

Excede el propósito de nuestra presentación un detenido examen de estas normas, sin perjuicio de señalar que se trata de una importante clasificación de situaciones en que pueden encontrarse o haberse encontrado los árbitros respecto de las partes contendientes. Se recopilieron informes nacionales sobre estándares relativos a la imparcialidad de los árbitros, codificándolos de acuerdo a sus características comunes para luego elaborar reglas sobre su aplicación práctica, confeccionando listas a las que se distinguió asignándoles diferentes colores (rojo, naranja y verde)⁸⁴. Son listas no exhaustivas que describen circunstancias reveladoras de la

⁸² http://www.voldgiftsforeningen.dk/Files/Filer/Final_Text_of_Guidelines.pdf

⁸³ Sobre las Reglas de la IBA en materia de práctica de prueba y sobre las Directrices de la IBA., véase G. KAUFMANN-KOHLER, G. KAUFMANN-KOHLER, «La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional», en: D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.A. MORENO-RODRÍGUEZ (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley, 2010, pp. 108 ss.

⁸⁴ A modo informativo, podemos citar un ejemplo de cada «color». 1. Listado Rojo Irrenunciable. 1.1. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje. 2. Listado Rojo Renunciable. 2.1. Relación del árbitro con la controversia. 2.1.1. El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de los anteriores. 2.1.2. En el pasado el árbitro intervino en el asunto. 3. Listado Naranja. 3.1. Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso 3.1.1. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de ésta, o anteriormente fue consultado o asesoró en otro asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya o el árbitro los asesoró pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos. 4. Listado verde. 4.1. Dictámenes anteriores al arbitraje. 4.1.1. Anteriormente el árbitro expresó en público su opinión general (en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión).

existencia, o no, de conflictos de intereses y la viabilidad de recusaciones y excusaciones basadas en las mismas, como también distintas maneras de salvar tales inconvenientes. Más allá de la denominación que prefiera utilizarse (reglas, principios, normas) merece destacarse su adaptabilidad y su no exhaustividad, lo que cuadra con lo que la propia publicación aclara en su párrafo final al decir que se trata de una simplificación esquemática de una realidad muy compleja, debiendo tenerse en cuenta que en cada caso siempre prevalecerán las circunstancias particulares.

El problema que intentan superar es complejo y tiene que ver con la posibilidad de allanar inconvenientes que pueden frustrar o al menos perjudicar con distinta intensidad a los arbitrajes internacionales. Ocurre que el desarrollo del comercio internacional, donde aparecen grupos de sociedades vinculados a los grandes bufetes de abogados genera gran cantidad de circunstancias y hechos que los árbitros deben revelar, produciéndose conflictos de intereses muy difíciles de resolver. De ese modo se da oportunidad a las partes reticentes al arbitraje, para que utilicen la recusación para dilatar el proceso y, si pueden, privar a la contraparte del árbitro que ha elegido. Se facilita el planteo de objeciones que culminan con la renuncia y sustitución de un árbitro. Las Directrices dan un marco razonable de causales y modos de proceder para superar las tensiones que se producen entre el derecho que tienen las partes a conocer hechos que hagan dudar de la imparcialidad o independencia de un árbitro y su derecho a elegir libremente al árbitro que prefieran, todo en pos de la obtención de un proceso dotado de las debidas garantías. A juicio de la IBA, las reglas que al respecto suelen tener los reglamentos de arbitraje carecen de especificidad y aplicación uniforme. De ahí que la comunidad del arbitraje internacional difiera con frecuencia aplicando distintos estándares cuando llega el momento de analizar hechos o circunstancias que hagan dudar de la imparcialidad e independencia del árbitro⁸⁵. Por eso el Comité de Arbitraje y ADR (*Alternative Dispute Resolution*) de la IBA creó un Grupo de Trabajo compuesto por 19 especialistas en arbitraje internacional provenientes de catorce países para que estudiaran los derechos nacionales, la jurisprudencia, los reglamentos de arbitraje y los aspectos prácticos relativos a la imparcialidad e independencia de los árbitros con la intención de contribuir a regular el proceso decisorio en la materia. El Grupo de Trabajo consideró que las normas existentes en la materia no eran lo suficientemente claras ni se aplicaban de manera uniforme.

Por ello, preparó las Normas Generales con notas explicativas y describió causales (hechos y circunstancias) específicas buscando la mayor

⁸⁵ Según el punto 3 de la Introducción a las Directrices, «Es en el interés de todos los integrantes de la comunidad del arbitraje internacional que los procedimientos arbitrales no se vean afectados por el incremento de los problemas de conflictos de intereses».

homogeneidad en la aplicación de las Normas Generales para reducir las recusaciones superfluas, las renunciaciones y sustituciones de árbitros, intentando armonizar los intereses contrapuestos de las partes, representantes legales, árbitros e instituciones arbitrales, tomando especialmente en cuenta la opinión de muchas de tales instituciones, de abogados corporativos y de otras personas vinculadas al arbitraje internacional⁸⁶.

Hay un aspecto interesante a tener en cuenta con relación a las opiniones que recibió el Grupo de Trabajo, ya que se advirtió que las Directrices pueden aplicarse a otros tipos de arbitraje como los referidos al arreglo de diferencias sobre inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, en la medida en que no sean considerados como arbitrajes comerciales⁸⁷. También entendió que es posible la aplicación de las Directrices por analogía a los funcionarios públicos y autoridades gubernamentales que sean designados como árbitros por Estados o entidades estatales que intervengan en procedimientos de arbitraje⁸⁸.

III. *El proceso arbitral “transnacional”*

El arbitraje comercial internacional es un creador permanente de criterios especiales para la solución de los litigios puestos a su consideración. Podríamos decir que el caso “*Norsolor*” constituye un hito que marca un rumbo ascendente en la elaboración de soluciones de variadas características, las que se van reflejando en reglas que son puestas a disposición de los futuros litigantes (generalmente grandes empresas que intentan evitar el sometimiento a los sistemas judiciales de los ordenamientos jurídicos nacionales) mediante las compilaciones que llevan a cabo los organismos privados de la talla de la Cámara de Comercio Internacional, tanto individualmente publicando reglamentaciones, usos y prácticas, principios de pretendida validez universal, como en sus trabajos en colaboración con organismos internacionales, contribuyendo también, de esa manera a la concreción de proyectos de convenciones, leyes modelo, reglamentos y acuerdos diversos en diferentes áreas del comercio.

Ahora bien, si el proceso arbitral sustituye al proceso judicial en asuntos internacionales, especialmente los comerciales, cabe preguntarnos de dónde surge, cuál es la fuente del poder de los árbitros para entender y fallar en una controversia, y si pueden éstos emitir sentencias desconociendo normas internacionalmente imperativas. Ninguna respuesta satisfactoria surge de la vieja discusión acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje⁸⁹. No convence la vieja idea de equiparación del árbitro con los

⁸⁶ Introducción a las Directrices, punto 4.

⁸⁷ Introducción a las Directrices, punto 5.

⁸⁸ Introducción a las Directrices, nota 3.

⁸⁹ Las tesis contractualistas, las procesalistas y las que ven en el arbitraje una mixtura o combinación de las anteriores.

tribunales judiciales del país donde está la sede, dando así carácter «nacional» a cada arbitraje según el lugar en que se desenvuelve, tal como lo estableció el Protocolo de Ginebra de 1923⁹⁰, criterio reafirmado en posteriores resoluciones del Instituto de Derecho Internacional, adoptadas en Ámsterdam en 1957⁹¹. En la Convención de Nueva York de 1958 parece advertirse la influencia de la corriente que ve al arbitraje integrado al orden jurídico del país de la sede, pero en realidad su concepción es internacionalista puesto que da preeminencia a la voluntad de las partes y permite la convalidación del laudo anulado en la sede⁹².

Con posterioridad, la Convención de Ginebra de 1961 consagró la libertad de las partes y, subsidiariamente, la de los árbitros para conducir el procedimiento, incluso cuando las partes no hubiesen excluido expresamente el derecho del país de la sede, al que los árbitros no tienen por qué sujetarse⁹³.

Según apunta Gaillard⁹⁴ la práctica arbitral ha evolucionado de tal manera que, en la mayoría de los casos, los árbitros no seleccionan de manera abstracta al inicio del procedimiento el derecho llamado a regir la integralidad del mismo, sino que determinan en el transcurso del arbitraje, cada una de las cuestiones concretas que les van siendo planteadas por las partes. Esa práctica, no impide a los árbitros establecer, al empezar el procedimiento, la manera en que se desarrollará el mismo en términos de plazos, intercambio de escritos, producción de documentos y de prueba testimonial.

Si se considera que hay más de un ordenamiento calificado para expedirse sobre la validez y eficacia del laudo, (por ejemplo, que los derechos conectados con su ejecución entraran en un pie de igualdad con el derecho de la sede) el laudo ya no sería 'nacional' (de la sede) sino 'internacional'. Ahora bien, este modo de ver al arbitraje conllevaría el riesgo de perjudicarlo

⁹⁰ El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje en su art. 2, primer párrafo, decía: «El procedimiento arbitral, incluyendo la constitución del tribunal arbitral, se regirá por la voluntad de las partes y por la legislación del país en cuyo territorio se lleva a cabo el arbitraje».

⁹¹ La Resolución de Ámsterdam de 1957, en su art. 9 *ab initio*, disponía: «La ley del lugar de la sede del tribunal arbitral deberá determinar si el procedimiento a seguir por los árbitros puede ser fijado libremente por las partes».

⁹² Ver arts. V e) y VII. No ocurre lo mismo con la CIDIP I de Panamá (que no reproduce el art. VII) y con los Acuerdos de Arbitraje Comercial Internacional de MERCOSUR (art. 22). Sobre el art. VII véase D.F. DONOVAN / D. W. PRAGER, «El impacto del art. VII», en: G.S. Tawil / E. Zuleta (dirs), *Arbitraje comercial internacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 631-644. En la misma obra, R.J. RINCÓN ORDÓÑEZ, «El artículo VII de la convención de Nueva York: aproximación por parte de las cortes europeas y norteamericanas».

⁹³ Ver Convención de Ginebra de 1961, art. IV.

⁹⁴ E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, BdG, La Ley Paraguaya / CEDEP / Thomson Reuters, Asunción, 2010, p. 110.

gravemente si se entendiera que el tribunal tuviera que ocuparse de encajar su decisión dentro de las exigencias de todos los ordenamientos vinculados al arbitraje, incluido el de la sede, pues de esa manera se terminaría aplicando la ley más restrictiva. Así ocurriría si se tomara al pie de la letra la exigencia del art. 35 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (vigente desde el 01/01/1998) cuando dice que “En todos los casos no previstos expresamente en el Reglamento, la Corte y el Tribunal Arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal”⁹⁵. Por otro lado, habría que pensar que la libertad del árbitro para conducir el procedimiento estaría siendo una concesión, no de uno, sino de varios ordenamientos.

La postura de Galliard sobre esta cuestión consiste en sostener que la libertad del árbitro no depende de uno ni de varios ordenamientos, por más liberales que éstos sean⁹⁶, sino del ordenamiento jurídico arbitral, autónomo, transnacional, aunque, no por ello –aclara– debe pensarse que el árbitro posee libertad ilimitada. En efecto, dice el citado autor que la convergencia de las diversas legislaciones que exigen del árbitro el respeto de los principios fundamentales de igualdad de las partes y del contradictorio ejerce una influencia tan fuerte, que tales principios forman indiscutiblemente parte integral del ordenamiento jurídico arbitral cuyas normas se identifican mediante el método transnacional.

No nos resulta convincente la idea del ordenamiento jurídico arbitral transnacional. El autor dice que la libertad del árbitro para conducir el procedimiento con el solo condicionamiento del respeto del contradictorio y la igualdad de las partes no se encuentra asegurada en todos los sistemas jurídicos, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos francés, suizo e inglés, en que tal libertad ha sido conquistada hace varias décadas. Cita un litigio ante los tribunales de Dubai en torno al laudo dictado el 20/2/02 en un arbitraje *ad hoc* entre una empresa norteamericana, *International Bechtel Company* y el Ministerio de Aviación Civil de Dubai, bajo el Reglamento de UNCITRAL, que versaba sobre el desarrollo de un parque de diversiones en Dubai, con sede en dicho emirato. El tribunal arbitral oyó a un importante número de expertos y testigos bajo reglas acordadas por escrito por las partes, quienes confirmaron que no tenían ninguna objeción. Pese a eso, la demandada perdidosa solicitó ante los tribunales locales la nulidad del laudo basándose en que los testigos no habían prestado el juramento requerido por el derecho local. En primera y segunda instancia, los tribunales de Dubai anularon el laudo. Con este ejemplo, el autor se pregunta si en realidad, una visión más liberal en materia de

⁹⁵ Coincidentemente, el art. 41 del nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que comenzará a regir el 01/01/2012, consagra el mismo texto.

⁹⁶ E. GAILLARD (nota 94), pp. 114-116.

procedimiento no es tan completa (o generalizada) como podría esperarse después del Protocolo de Ginebra de 1923 y la Convención de Nueva York de 1958 que dieron preeminencia a la voluntad de las partes por sobre el derecho de la sede. Y ahí reflexiona presentando la opción entre “resignarnos” a la supervivencia de particularismos locales como el ilustrado con el ejemplo de Dubai o contribuir al “floreamiento” de todos los lugares como posibles sedes de arbitraje favoreciendo la desvinculación del arbitraje de los particularismos locales, como hicieron en los años setenta ciertos árbitros⁹⁷.

Así planteada la cuestión, parece ser una “cuestión de fe”, porque dice Gaillard que un árbitro que no crea en la existencia de reglas transnacionales y aun menos en la existencia de una *lex mercatoria* procesal, cuyo contenido jamás ha sido revelado⁹⁸, será poco receptivo a argumentos basados en la existencia de principios que resultan de su aplicación repetida o de la aplicación del método comparativo, mientras que aquel que acepte la idea de que la convergencia de derechos permite extraer verdaderas reglas transnacionales, será más receptivo a la aplicación de principios generales basados en precedentes arbitrales⁹⁹. Más que demostrar la existencia de un orden jurídico transnacional, elabora ejemplos parciales, de soluciones que pueden ser compartibles, pero que no alcanzan, desde nuestro punto de vista, para cortar el cordón (por muy delgado que sea) que une al *soft* procesal con el *hard* procesal. Tampoco nos convence Gaillard cuando sostiene que su postura permite al árbitro no atarse a normas de conflicto del foro y ni siquiera a otras que considere apropiadas, sino que lo autoriza a hacer uso de reglas de conflicto transnacionales o directamente reglas materiales transnacionales. En ambos casos –dice– se tratará de normas derivadas de un análisis de derecho comparado¹⁰⁰.

Es cierto que el árbitro no tiene porqué atarse a ninguna norma de conflicto, pero sí está obligado a aplicar el derecho elegido por las partes. Y si éstas no lo han hecho, debe aplicar las normas jurídicas que considere apropiadas, tal como lo viene diciendo la Cámara de Comercio Internacional en su Reglamento de Arbitraje vigente (art. 18) y en el que entrará a regir a partir del 1/1/12 (art. 21) pudiendo aplicar los usos comerciales que considere pertinentes. Pero esas normas, no son etéreas elaboraciones basadas en precedentes, debiendo cumplir como mínimo el recaudo de ser “jurídicas”. Y en cuanto a los usos, la “pertinencia” estará dada, en cada caso por una suficiente justificación de su aplicación, para lo cual bien cabe la utilización del criterio del art. 9.2 de la Convención de Viena de 1980.

⁹⁷ E. GAILLARD (nota 94), pp. 114-115.

⁹⁸ Cita allí a A. KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 236.

⁹⁹ E. GAILLARD (nota 94), pp. 116-117.

¹⁰⁰ E. GAILLARD (nota 94), pp. 124-125.

A) El Reglamento de arbitraje de UNCITRAL

El Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 2010 rige para litigios contractuales o no contractuales, con las modificaciones que las partes que lo adoptan, pudieran acordar¹⁰¹. También pueden las partes acordar regirse por una versión anterior. Se excepciona la aplicación de normas que estén en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar.

El art. 35¹⁰² da lugar a interpretaciones que omitiremos para no excedernos tanto en la extensión de este trabajo. Solamente diremos que al dar la posibilidad a las partes para elegir las reglas que regirán el fondo de la controversia, el punto 1 habla de “normas de derecho”, lo que daría la impresión de referir a un ordenamiento positivo. Inmediatamente, ante la falta de elección por las partes dice que el tribunal aplicará la ley que estime apropiada. Y aquí viene el problema del porqué del cambio de denominación. Por qué “ley” y no “derecho”. ¿Entrará la *lex mercatoria* o el *soft law* en alguna de estas menciones? Porque después, en el punto 3 habla de que en todos los casos, el tribunal tendrá en cuenta “cualquier uso mercantil aplicable al caso”. Siempre supimos que los usos mercantiles integran genéricamente la *lex mercatoria*. Si, como creemos, ésta se integra al llamado *soft law*, la respuesta afirmativa llega por sí sola. Pero se pudo ser más claro teniendo en cuenta que se actualizó en 2010.

B) El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

En su versión actualmente en vigencia, el art. 17.1 dice que si las partes no acuerdan libremente las “normas jurídicas” aplicables al fondo, el tribunal aplicará las “normas jurídicas” que considere apropiadas. Hay coherencia en el lenguaje empleado. Posteriormente establece que el tribunal siempre, en todos los casos deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes¹⁰³.

En cuanto al procedimiento arbitral se aplica el Reglamento o, en caso de silencio de éste, por normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen, ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable¹⁰⁴.

¹⁰¹ Art. 1.1. Véase M. B. NOODT TAQUELA, «El derecho aplicable por los árbitros al fondo del Asunto», en: *Jornadas Franco-Sudamericanas de Derecho Comparado, Contratos y arbitraje internacional en la era global*, Buenos Aires, 26 y 27 de abril de 2011, Buenos Aires, La Ley, en prensa, p. 8.

¹⁰² Véase el trabajo de J.A. MORENO RODRIGUEZ, «Comentarios al artículo 35», P. PERALES VISCASILLAS / IGNACIO TORTEROLA (dirs.), *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Anotado y Comentado*, Buenos Aires, Legis, 2011, en pp. 353-384.

¹⁰³ Art. 1.2. Véase M. B. NOODT TAQUELA (nota 101), p. 12.

¹⁰⁴ Art. 15.

En la versión que comenzará a regir en 2012, el segundo párrafo de la disposición sobre derecho aplicable al fondo, el art. 21 suprime la expresión “en todos los casos” y agrega la palabra “cualesquiera” para referirse a los usos comerciales pertinentes. No hay ningún obstáculo al empleo de cualquier expresión del *soft law* como tampoco en materia procesal tema en el que se repite en el art. 19 la referencia al Reglamento, las normas determinadas por las partes o el tribunal, con o sin referencia a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje.

C) Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

El Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) de 2002, en el art. 1 especifica que puede regir con las modificaciones que le hagan las partes. En lo que hace a la ley aplicable al fondo de la controversia, luego de consagrar la autonomía conflictual, mantiene la vieja idea de que el tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables¹⁰⁵, además de los usos mercantiles aplicables al caso¹⁰⁶.

Como puede verse, el contenido de los reglamentos de arbitraje resguarda el ejercicio de la autonomía conflictual y material de los litigantes.

Conclusiones

Hemos dicho que la realidad viva del derecho muestra, desde hace tiempo, en cuanto a la regulación de las relaciones privadas internacionales, una evolución significativa de reglas y principios no oficiales que podría ser vista como una competencia entre sectores partidarios del positivismo jurídico que procuran aferrarse a las normas oficiales, emitidas por los Estados y organizaciones internacionales de un lado, y quienes ven en el derecho de fuente estatal o convencional una rémora, un obstáculo para el despliegue y progreso del comercio, de otro.

Hablar de desafíos procesales y sustanciales del comercio internacional puede dar la idea de reto, batalla, pelea, enojo, enemistad. Se alude a “*hard law versus soft law*”, se plantea si constituyen “alternativas, comple-

¹⁰⁵ En el mismo sentido, el art. 9 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje de 1994. Véase cuánto más «moderno» es en este aspecto el Reglamento de la *American Arbitration Association* de 1997 cuyo art. 28, en sus dos primeros apartados, dice: «1. El tribunal aplicará la(s) ley(es) sustantiva(s) o las reglas de derecho designada por las partes como la(s) aplicable(s) a la disputa. Si las partes dejan de hacer tal designación, el tribunal aplicará tal ley o leyes o las reglas de derecho que considere apropiada. 2. En arbitrajes que envuelvan la aplicación de contratos, el tribunal decidirá conforme a los términos del contrato y tomando en cuenta los usos del comercio aplicable al contrato».

¹⁰⁶ Art. 30.

mentos” o si, simplemente, resultan antagónicos en el proceso de gobernanza internacional.

¿Pero qué es el *soft law*? ¿Es una “nueva” nueva *lex mercatoria*? ¿Es algo distinto? ¿Se trata de un sistema jurídico aparte, independiente, autónomo, autosuficiente? Sabemos que existe y que se cuele en los intersticios que le deja el *hard law*, el derecho positivo, y que no se detiene en la regulación sustancial de las relaciones jurídicas privadas multinacionales, sino que ha avanzado en lo procedimental, fundamentalmente por medio del arbitraje comercial internacional.

Su crecimiento es directamente proporcional con el incremento del comercio mundial, y presiona para ganar espacios en los que el derecho positivo muestra sus flancos más débiles, especialmente en la cobertura de nuevas situaciones, adaptación a los cambios vertiginosos, previsión de problemas sobrevinientes, soluciones judiciales mediante estructuras y hombres no siempre idóneos, justos y rápidos. Pero abrirse al *soft law* no puede significar una libertad tan grande que permita a los grupos de interés que los motorizan, dar por tierra con las pautas básicas de convivencia de cada sociedad nacional, individualmente o en agrupaciones u otras formas de uniones de Estados. Todo sistema oficial tiene sus características particulares, muchas de las cuales son esenciales para la subsistencia de la comunidad como tal y, otras, son estructurales de sus ordenamientos jurídicos. En ambos casos deben resistir los embates liberalizadores para lograr un justo equilibrio como resultado del cual, se beneficie el comercio pero también éste beneficie a las sociedades en su conjunto y a los individuos sin ningún tipo de distinción. Esta puja siempre ha existido, pero parece presentarse con más ímpetu con motivo de la globalización de la economía y de la vida en general.

Décadas atrás nos asombrábamos con la nueva *lex mercatoria*. De pronto nos remontábamos al medioevo y nos veíamos profiriendo maldiciones contra el súper solemne *ius civile* porque nos impedía comerciar abierta y eficazmente, vendiendo, comprando, intercambiando mercaderías de diversas procedencias, luego de semanas o meses de peligrosos viajes en nuestras lentas carretas tiradas por caballos o burros, resistiendo los asaltos de los turcos que asediaban las rutas. Y nos maravillábamos con la posibilidad de encontrar lugares de reunión seguros donde comprar, vender, y solucionar nuestras discrepancias rápidamente por pares conocedores del comercio. Y nos veíamos parados en la proa de nuestras galeras o carabelas surcando el Mediterráneo para vender nuestra mercadería en el norte de África, reaprovisionando en Malta, sabiendo que nos arriesgábamos a sufrir multas y hasta la excomunión. Pero eufóricos porque ya teníamos nuestras propias reglas, algunas desde siglos anteriores y otras latitudes, pero separadas del derecho oficial. Allí estaban las Roles de Olerón y la Tablas de Amalfi guiando nuestros rumbos comerciales.

Ahora, frente a la aparición paulatina de la nueva *lex mercatoria* no permitiríamos que fuera nuevamente inmovilizada, atrapada en códigos rígidos.

Aprendimos a movernos bastante eficazmente con los usos y prácticas recopilados, reelaborados y periódicamente actualizados, y de pronto, pasamos del latín medieval al inglés informático. Ya no más *lex mercatoria* frente al *ius civile*, ni usos y prácticas consuetudinarios frente al derecho positivo. Ahora es el *soft law* frente al *hard law*. Se nos vino encima la *business community* con sus *Principles of International Commercial Contracts*, sus *UNCITRAL Arbitration Rules*, *standard forms*, las *guidelines*, los *Restatements of Law* y nosotros aquí, enfrentándolos de la mano de Vélez Sársfield, Acevedo y poco más.

Todo esto es muy rápido, vertiginoso. Entonces debemos reflexionar y, en primer lugar, observar el panorama, para luego darnos cuenta de las respuestas que los nuevos fenómenos requieren. Porque la nueva *lex mercatoria*, o sencillamente la *lex mercatoria* de hoy, sigue progresando más allá de que su reconocimiento se deba a Schmithoff, Kahn, Fouchard, Stoufflet o Goldman, y podemos considerarla comprendida dentro del más abarcativo *soft law*,

En el plano estricto del DIPr hemos planteado en cada tema comercial en particular, para qué sirven las normas de *soft law* tanto en la faz sustancial como procesal; si compiten o se armonizan en la práctica con los instrumentos *hard law*, qué efectos deben desplegar y cuáles son sus límites.

Ya hemos aclarado que debido a la complejidad y extensión de los temas involucrados, y atento a las limitaciones formales asignadas a este trabajo, hemos restringido nuestro análisis específicamente a los temas contractuales de carácter general por considerar que son los que actualmente presentan novedades significativas para todo el ámbito del comercio, lo cual no implica restar importancia a otros problemas y enfoques que no abordamos en nuestro análisis.

Este nuevo derecho suave o débil ha sido visto de muy diversas maneras y mucho se ha teorizado sobre él, pero no se ha logrado darle un sentido unívoco. Quizás su profundización nos llevaría a cuestionar el significado mismo del derecho, como dijo Kaufmann-Kholer. Por eso, coincidiendo con ella, lo tomamos como comprensivo de todo tipo de normas, cualquiera sea su fuente, que no pueden ser impuestas coactivamente por la fuerza pública y que se convierten en verdaderas normas materiales de DIPr cuando son incorporadas a los contratos expresa o implícitamente. En su elaboración trabajan organizaciones públicas y privadas, tanto individualmente como en colaboración, y sus límites son los tradicionales: las normas de policía y los principios de orden público.

Esas normas de policía o internacionalmente imperativas frenan la autonomía de la voluntad de los contratantes y, con ello, son un dique de

contención para el derecho oficial extranjero, las estipulaciones contractuales, la *lex mercatoria* y cualquier otro tipo de regla o principio que integre el *soft law*. El art. 9 de la Convención de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías es la gran puerta de entrada de todo tipo de regla blanda o principio al DIPr, como el arbitraje es creador de reglas especiales y de normativas procesales. Lo que no puede ignorarse es que existen indicios de debilitamiento de reglas imperativas, por las decisiones de diversos tribunales como hemos ido poniendo de relieve. Y ésta es una cuestión que, en realidad, tiene que ver con el orden público de los Estados, ya que se supone que tales normas defienden los principios fundamentales de cada ordenamiento y, detrás de ellas, quedan los principios mismos en su función de control *a posteriori*.

Por ahora, el panorama está algo revuelto, quizás, hasta que se asienten los efectos de la globalización económica, y ahí se verá cuáles son los nuevos posicionamientos de las soberanías estatales frente a las fuerzas del mercado. Hay reacciones plausibles como los intentos de generación de cuerpos normativos para proteger a las partes débiles, (por ejemplo la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y de la Comisión relativo a una normativa común de compraventa europea” de 11/10/2011), de modo que hay que estar pendientes de lo que vaya sucediendo, porque hasta la Convención de Nueva York empieza a ser interpretada restrictivamente en su art. V.2.

Paralelamente se va produciendo una llamada «privatización» del *soft law*, pero llevada a cabo de diferente modo a las codificaciones estatales de los siglos XIX y XX. Se procura su divulgación y conocimiento por los actores privados, las organizaciones internacionales y los Estados. Hemos de tomar en consideración que estos procesos privatizadores persiguen fines que suelen ser sectoriales, y no han demostrado mejorar los problemas más profundos que tienen las sociedades nacionales. El mercado, con todas sus leyes, su empuje, sus presiones, porta defectos que hasta pueden colaborar en la profundización de crisis como la que actualmente viven los países europeos.

En lo que hace a cuestiones puramente jurídicas, el *soft law* tiene, frente al derecho positivo, la misma fuerza del vehículo que lo transporta: la autonomía de la voluntad de los contratantes. Y ésta existe porque el derecho positivo la concede. El problema no está ahí, sino en los límites y controles que se ejercen sobre su utilización.

Así, en los Tratados de Montevideo su incidencia es mínima y entra más que nada por el lado del arbitraje en lo relativo al proceso.

En el Reglamento Roma I se acepta la autonomía, pero para elegir derecho estatal. Sin embargo, creemos que en la práctica esto no es así, ya que basta con que en un contrato se transcriban reglas de *soft law* como estipulaciones creadas de común acuerdo, para que los tribunales europeos tengan que aplicarlas. Es para pensarlo. El que no entra, es el

arbitraje, lo cual es problemático porque siempre existe interacción con la justicia oficial y en ocasiones la Convención de Nueva York puede no ser suficiente frente a la cerrazón de Roma I.

En la CIDIP V sobre derecho aplicable a los contratos internacionales las posibilidades de la *lex mercatoria* y el *soft law* son muy amplias. Hay autonomía, hay criterios flexibles de proximidad, hay *dépeçage* voluntario y legal, hay principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, están las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. Lo que no hay, son ratificaciones (fuera de México y Venezuela). Eso sí, están las normas imperativas del foro, la extranjeras que el foro considere aplicables y la manifiesta oposición con el orden público del foro.

En la fuente interna argentina todo puede pasar, porque el art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es un portón abierto al *soft law*, que puede entrar fácilmente por vía arbitral, siempre que se trate de un asunto transable. Tenemos el art. 14 del Código Civil, pero su efectividad dependerá de las políticas de cada momento histórico. Argentina ha entrado de lleno a la aceptación de la autonomía y a los usos y prácticas internacionales del comercio, por el lado de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, arts. 6 y 9. De todas maneras, en la práctica judicial los Incoterms se aplican “naturalmente”, tal como lo demuestra el viejo fallo del “Gobierno de Perú contra SIFAR” (1956). Se aceptan sin problemas los instrumentos de pago bancarios reglamentados por distintas publicaciones de la Cámara de Comercio Internacional (cobranzas documentarias, órdenes de pago documentarias, créditos documentarios, cartas de crédito *standby*).

En el “primer mundo” jurídico está instalado el tema de los Principios de UNIDROIT que van adquiriendo importancia en los estrados arbitrales. No son reglas surgidas de la práctica espontánea (como se pregona de los Incoterms, aunque no sea tan así) sino que se trata de una especie de recopilación de pautas regulatorias elegidas, tomadas de reglas generales de diversos sistemas jurídicos estatales, con pretensión de “derecho universal de obligaciones y contratos”. Se los compara con los *Restatements* anglosajones. Cuando aparecieron se los consideraba dentro de la *lex mercatoria*; ahora estarían integrando el *soft law* junto a diversos instrumentos como recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta que no son obligatorios y, por ende, no tienen poder de vinculación directa pero que, no obstante, “actúan como referentes específicos en la actuación judicial y en el desarrollo legislativo futuro, principalmente porque su procedencia autónoma explica su funcionalidad y adaptación a las exigencias del tráfico internacional. Se discute si pueden ser derecho aplicable al contrato y nos parece que no hay inconvenientes si se encuadran en la autonomía material y respetan sus límites”.

Los Principios de derecho europeo de los contratos (PECL) buscan desde contribuir en la interpretación e integración del derecho privado, servir como modelo para las legislaciones, hasta ser incorporados por las partes en sus contratos, estableciendo una especie de *ius commune* europeo de los contratos. No se advierte en ellos “transnacionalidad” sino, por el contrario, la sola pretensión de ayudar al *hard law*, salvo en el supuesto en el que las partes no hubieran elegido ningún sistema o normativa legal (art. 1:101(3) (b), caso en el cual los principios serían aplicables. Sin embargo, no dejan de ser reglas generales como lo aclara el art. 1:101 (1), siendo su finalidad la de ser aplicados en tal carácter.

Como sucesor de los Principios de derecho europeo de los contratos se cita al Marco Común de Referencia para el derecho contractual europeo, que debe ser entendido como un instrumento para legislar mejor y constituir un conjunto de orientaciones no vinculantes que deben utilizarse a escala comunitaria.

La Conferencia de La Haya trabaja en la elaboración de un instrumento sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales de pretendida aplicación universal.

En materia procesal, el *soft law* ingresa sin necesidad de grandes modificaciones en los derechos nacionales, pues reconociendo laudos, se acepta el procedimiento privado, que de por sí es *soft*.

En el Código Bustamante es casi impensable la admisión de normas blandas. Tampoco en los Tratados de Montevideo de 1889, y quizás algo en el de 1940, más abierto a la autonomía por vía de la prórroga en el art. 56 del TMCIV y porque para esa época, el reconocimiento de sentencias y laudos ya podía involucrar normas como los Incoterms.

La Convención de Nueva York de 1958 significó un fundamental avance en la unificación de criterios para agilizar la circulación de las sentencias arbitrales. Ahora se debate contra los esfuerzos por debilitar el art. V.2, a y b. Permite reconocer laudos anulados en el país de la sede, cosa que no se puede en la CIDIP I sobre arbitraje comercial internacional de 1975.

La Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias y la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero son verdaderas ayudas para los juicios arbitrales estableciendo pautas claras para la circulación de decisiones y tramitación de pruebas solicitadas en los juicios arbitrales. En cambio la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979 es una rémora pues exige la calidad de ejecutoriado del laudo en el país de la sede.

Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias daría un pequeño resquicio para el arbitraje para el supuesto de discrepancias sobre la interpretación y cumplimiento de una garantía, pero es prácticamente nada.

En el plano europeo, el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22-12-2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I) tiene *soft* en la forma de acordar la prórroga, aunque excluye al arbitraje. Es una cosa bastante rara.

No hay lugar para el *soft law* en el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.

En el ámbito mercosureño, el Protocolo de las Leñas de 1992 sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa defiende algunos principios de los que habitan en el *soft law* procesal (igualdad de trato). Al establecer en el art. 20 c) que el órgano arbitral debe ser competente según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional, está reafirmando que el arbitraje existe en tanto y en cuanto el *hard law* le abra sus puertas. Lamentablemente insiste en la dependencia del laudo con el Estado en que fue dictado, según el art. 20 e).

No hay lugar para nada *soft* procesal en el Protocolo de Ouro Preto, muy poco en el Protocolo de Buenos Aires de 1994 y en los Acuerdos de Arbitraje de 1998.

En la fuente interna argentina, tenemos la apertura ya mencionada del art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 621 de la ley 20.094 (con los frenos de un par de normas de jurisdicción exclusiva en materia de fletamento y averías comunes). En la misma onda, la prórroga del art. 41 de la ley 24.921.

Yendo a instrumentos del *soft law*, los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional (2004) y sus consecuentes reglas son interesantes pautas que, de todos modos, reconocen estar apoyados en el derecho procesal del foro.

Las Reglas de la *International Bar Association* (IBA) sobre la práctica de prueba en el arbitraje internacional (2010) integran el *soft law* y se autolimitan al ceder frente a alguna disposición legal imperativa.

Las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional (2004) son buenas reglas *soft* que intentan minimizar o suprimir los frecuentes problemas relativos a los conflictos de intereses en el arbitraje, sobre todo tratando de asegurar la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Hemos visto también las opiniones de autores que propugnan la existencia de un derecho transnacional independiente del derecho oficial, y materializado en los arbitrajes con sistemas propios, no sólo procesales sino también sustanciales. Son opiniones con las que no estamos de acuerdo.

Finalmente, hemos citado algunos de los más conocidos reglamentos de arbitraje que resguardan plenamente el ejercicio de la autonomía de la

voluntad de los contratantes. El Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (2010), el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (2002), son buenas muestras de ello.

BLANCA

SECCIÓN
RELACIONES INTERNACIONALES

BLANCA

XXIII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
“JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER”

Sección Relaciones Internacionales

LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES
EN CLAVE REGIONAL.
LOS CONFLICTOS PERCIBIDOS POR LA REPÚBLICA
POPULAR CHINA Y LA FEDERACIÓN RUSA

INTERNATIONAL CONFLICTS IN REGIONAL KEY.
THE CONFLICTS PERCEIVED BY THE REPUBLIC OF CHINA AND
THE RUSSIAN FEDERATION

*Relatora: María Cristina MONTENEGRO**

RESUMEN

El estudio analiza los conflictos internacionales del siglo XXI desde una perspectiva regional. A partir de la inferencia de los conflictos regionales percibidos por China y Rusia, que surgen de la lectura de los documentos: China's National Defense in 2010 y National Security Strategy until 2020, de la Federación Rusa, se puede señalar que ambos países mantienen vigentes el concepto estado céntrico en clave realista, centrados en una tradición geopolítica a partir de la cual identifican sus conflictos o «amenazas» en función de los intereses nacionales con proyección regional. Los conflictos caracterizados por la complejidad y la incertidumbres, uniéndose en una urdiembre de índole endógeno y exógeno, le dan a esos conflictos una naturaleza particular en una de las regiones más inestables del planeta.

* Magister en Relaciones Internacionales. Profesora e Investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro Titular de la AADI. Email cristmont@hotmail.com

PALABRAS CLAVES

Conflicto regional- China- Federación Rusa- incertidumbre y complejidad- inestabilidad regional.

ABSTRACT

The study analyzes the international conflicts that took place in the 21st century from a regional perspective. From the inference of the regional conflicts perceived by China and Russia, which arise from reading different documents (China's National Defense in 2010 and National Security Strategy until 2020, of the Russian Federation), it can be pointed out that both countries keep the concept of state-centric realism alive, centered in a geopolitical tradition from which they identify their conflicts or «threats» on the basis of national interests with a regional projection. The concepts of complexity and uncertainty that characterize conflicts, linking in an intricate pattern of endogenous and exogenous kind, give them a particular nature in one of the most unstable regions in the planet.

KEYWORDS

Regional conflict-China-Russia-complexity, uncertainty and regional instability.

Introducción

El conflicto sigue siendo un elemento inevitable en las relaciones internacionales. En algunas regiones, las formas tradicionales de conflicto prácticamente han desaparecido, mientras que en otras sigue siendo un hecho cotidiano. La incertidumbre y los factores desestabilizadores caracterizan el ambiente de seguridad en los inicios del siglo XXI.

La globalización económica y el extraordinario desarrollo de la ciencia y la tecnología impactan profundamente en la división internacional del trabajo mientras la cooperación económica mundial y regional impulsa la interdependencia. Pero esa misma globalización e interdependencia potencian conflictos diversos y complejos debido a las contradicciones políticas, económicas, los problemas de seguridad de índole étnico y religioso, las cuestiones relacionadas con la energía, los recursos, las finanzas, la información, fuerzas terroristas internacionales, los desastres naturales, la degradación del medio ambiente, la delincuencia internacional y otros problemas transnacionales.

Por otro lado, los Estados nacionales siguen siendo los actores relevantes de las relaciones internacionales, compartiendo el escenario con actores no estatales. Así, los problemas interestatales generan conflictos y competencias interestatales o entre estados y actores no estatales. Por

caso la situación en la península coreana y en el noreste de Asia se ha vuelto más compleja y desafiante. Irak y Afganistán siguen haciendo frente a la turbulencia donde se conjugan viejos y nuevos factores desestabilizadores. Medio Oriente continúa sumido en las tensiones y enfrenta-mientos ancestrales al interior de los países árabes sumados al largo conflicto palestino-israelí.

Por lo consignado, estudiar el conflicto internacional en el primer decenio del siglo XXI, exige modos de abordaje que permitan «cartografiar», conceptualizar y categorizar los conflictos y observar la evolución y posible desenlace de aquellos que aparecen, como los más notorios factores de desestabilización, en tiempos de transición del poder en la política internacional.

En este estudio se propone un enfoque de tipo regional centrado la atención en las tensiones y conflictos geopolíticos emergentes en el espacio euroasiático en la última década. Esto a partir de los documentos que los gobiernos exponen sobre sus políticas exteriores y de seguridad, que permiten un análisis de sus posiciones frente a las “amenazas” y en función de las cuales proponen políticas y estrategias.

La cuestión es: cuáles son los conflictos que tanto Rusia como China advierten como desestabilizadores de sus espacios regionales y cómo estos se traducen en la práctica de sus relaciones exteriores.

El supuesto es que tanto China como Rusia mantienen vigentes el concepto estado céntrico en clave realista, centrados en una tradición geopolítica desde donde enfrentan los conflictos de naturaleza “tradicional” o “no tradicional” en función de los intereses nacionales con proyección regional.

1. El Escenario del Conflicto en el Siglo XXI

El inicio del siglo XXI es un escenario inseguro y poco predecible pero, el concepto que mejor lo define es la “incertidumbre”. Una compleja combinación de dinámicas de poder en el espacio euroasiático se entrecruza con diferentes rivalidades y ambiciones por parte de potencias y periferias. Estas fuentes se vinculan con el reordenamiento del poder y las zonas de influencia en el espacio euroasiático con incidencia en movimientos nacionalistas y separatistas en ambos países y con problemas de cuño territorial clásico como es el dominio de espacios y fijación de fronteras. Para hacer más complejo el panorama, el terrorismo tiene su papel relevante en una de las zonas más inestables del planeta.

De la lectura de los expertos en asuntos internacionales se ha hecho común la expresión “geopolítica del Cáucaso” o “geopolítica regional china” que ponen de manifiesto los intereses nacionales de Rusia y China y su decisión de hacer efectivo ejercicio de poder en sus espacios de influencia respectivos. De allí el concepto de geopolítica en tanto desarrollo de una

conducción política en un marco geográfico determinado, donde se materializan las formas de poder complejas y diversas, caracterizadas por la dominación y la influencia (RODRÍGUEZ: 2004).

Pero, al espacio que refiere la geopolítica tradicional se agrega la construcción de un nuevo concepto surgido de la virtualidad de la red. Esta nutre las interacciones de poder a escala regional y global desde donde surgen nuevas fuentes de conflictos y nuevos medios para lidiar con ellos. Los Estados buscan garantizar la seguridad nacional intentando mantener equilibrio de poder como forma de estabilización de sus regiones y salvaguardia de sus intereses nacionales.

En consonancia con lo anterior, y en clara divergencia con las corrientes que avizoran un escenario “posmoderno” de desterritorialización como consecuencia de la globalización y el desarrollo de la “virtualidad” como fenómeno planetario, el territorio sigue siendo la plataforma o el soporte de toda actividad humana. Porque es en el soporte físico sobre el que se aplica el poder, se desarrolla la economía, se extraen los recursos y ancla la información. De tal suerte, el Estado detenta el poder y dominio sobre un cierto espacio que no implica sólo lo geográfico sino que incluye lo social, económico, cultural y virtual.

Esta irrupción de la “virtualidad” ha modificado la geopolítica en tanto le agregó una nueva dimensión, producto del desarrollo científico-tecnológico ya que el ejercicio de dominación y control sobre el espacio y los recursos no se ejerce sólo en aquellos que están físicamente localizados sino en aquellos que se sitúan más allá de la geografía. El “ciberspacio” se torna un lugar de dominio y confrontación pero también un medio para hacer frente a las amenazas, tensiones y conflictos del oponente (BÉDAR: 2002).

El escenario de los conflictos, entonces, se caracteriza por la multiplicación de complejos factores polemológicos donde se entremezclan viejos contenciosos territoriales, religiosos, étnicos, nacionalistas-secesionistas con nuevos conflictos de tipo económico y de acceso a los recursos estratégicos además de aquellos provenientes de la era de la información y la comunicación.

Si bien es cierto que la tendencia hacia la globalización, permitida por la tecnología informacional, se verifica en pleno desarrollo existe una tendencia hacia la fragmentación potenciada por motivaciones regionalistas, localistas, separatistas identificadas con factores nacionalistas étnicos, religiosos y culturales de carácter antisistémicos, enfrentados con las tendencias globalistas (BAUTZMANN:2001).

En este marco, diferentes potencias ponen en juego políticas y estrategias diplomáticas a fin de articular en torno suyo aquellos estados regionales detrás de objetivos comunes que les permite actuar desde sus regiones en el plano global como contrapeso a la hegemonía norteamericana y en franca apuesta a la multipolaridad y para el fortalecimiento de sus

sistemas de seguridad nacional a partir del fortalecimiento de vínculos regionales en materia de seguridad.

1.2. Asia central y la concurrencia de intereses

China se concibe a sí misma como una potencia continental con proyección sobre el espacio asiático. Sus expertos señalan que su pretensión no es el control de áreas pivotes ni un dominio planetario. Su visión geopolítica es defensiva vinculada a la región Asia Pacífico. Desde su plataforma regional busca contrabalancear la unipolaridad en retroceso y se percibe como una nación continental asiática poco dispuesta a aceptar proyectos de dominación occidental o global. Se podría calificar tal perspectiva como “asiático-céntrica” (KUMAR:2002).

Por otra parte, en el espacio de Asia del Este los intereses chinos tienen la incidencia directa de Rusia que tiene una alta participación en los asuntos de la región. Entre 1994 y 1996, los contactos sino-rusos se intensificaron tanto en visitas oficiales de primer, como de segundo y tercer orden. En 1994, se firmó un acuerdo de “asociación estratégica constructiva”, que en 1996 se convertiría en “sociedad cooperativa estratégica” (KUMAR: 2002).

En 1997, se firmó la declaración conjunta sino-rusa que reclamaba la promoción de un mundo multipolar y el establecimiento de un nuevo orden político. Esta relación bilateral tiene diversos campos de cooperación: económicos, políticos y de seguridad. Este último refiere a la exportación de armas y tecnologías a China, la solución de problemas limítrofes, apoyo recíproco en las cuestiones de Chechenia, Taiwán y el Tíbet.

Entre 1996 y 1999, se constituyó el Grupo de Shanghái entre Rusia y China, Kazajistán, Kirguistán, Tayikistán y Uzbekistán, con el objetivo de afianzar lazos de buena vecindad para la solución de problemas limítrofes, de distensión militar y cuestiones de seguridad regional. En junio de 2001, el Grupo se convierte en la Organización para la Cooperación de Shanghái (OCS), cuyo pilar es el combate contra el terrorismo, el separatismo y el extremismo (RUIZ GONZÁLEZ: 2011).

Resulta pertinente señalar que, la desestructuración de la URSS creó un vacío de poder en la región que fue asumido por la RPCH que se posicionó como un nuevo centro de poder regional cuyo centro vital es Asia Central. Tanto Rusia como la RPCH lideran la OCS y su centro de preocupación es el objetivo de la Organización: combatir las actividades terroristas del Turquestán Oriental en Xingjiang, del Movimiento Islámico de Uzbekistán y las posicionadas en Chechenia.

(Es) la cooperación en el ámbito militar lo que cimentó la relación entre esos países, hasta llegar a la creación de la OCS el 15 de junio de 2001 y a la firma simultánea de la “Convención de Shanghái para combatir el terrorismo, el separatismo y el extremismo” (las denominadas por la OCS

«tres plagas»). A los cinco de Shanghái se unió Uzbekistán, y se crearon las principales estructuras de la Organización, como el Secretariado con sede en Pekín y el Centro Antiterrorista Regional con sede en Taskent (RUIZ GONZÁLEZ: 2011: 4).

Esta coincidencia de intereses parece haber dejado atrás las enemistades ruso-chinas y orientan sus relaciones por el camino de la cooperación a través de consultas intergubernamentales en temas tratados en diferentes organismos internacionales como Naciones Unidas y APEC. En la Cumbre de San Petersburgo, en junio de 2002, cuando se sanciona la Carta Constitutiva de la OCS, se logra un acuerdo sobre el establecimiento de una agencia antiterrorista regional y, se firma la declaración de los presidentes de los países miembros.

El comunicado conjunto aprobado por la cumbre de Shanghái habla de configurar la OCS como, *“un buen ejemplo de diálogo entre civilizaciones”*. Se propone, *“un modelo no confrontacional de relaciones internacionales, desmarcado de la mentalidad de guerra fría”*, decidido a apoyar la multipolaridad y el papel central de la ONU, como, *“organización internacional más representativa”* y salvaguarda del *“orden en la ley internacional”*. También señala la aspiración de que el próximo Secretario general de la ONU, *“debería ser un asiático”*. En un mensaje claramente dirigido a las repúblicas situadas entre China y Rusia, se dice que los Estados miembros de este club, *“no integrarán ninguna alianza u organización internacional que perjudique la soberanía y la integridad territorial de otros miembros”*.

Tanto Rusia como la RPCH ven en la organización la posibilidad de reducir o contrarrestar la presencia de la OTAN en el Asia Central y, además, se presenta como un medio para expandir la influencia y el liderazgo chino en dicha región, en concordancia con la tesis de la expansión de su sistema político. Todo esto nos lleva a afirmar que, estamos asistiendo a una nueva era en las relaciones bilaterales entre China y Rusia caracterizada por la estabilización de la relación en la cooperación, tendencia enmarcada en tres puntos, a saber: la normalización de relaciones; el posterior establecimiento de una asociación estratégica, y una cooperación en diferentes materias (comercial, tecnológica, etc.); y el “Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación”, de julio de 2001.

De tal manera que China y Rusia han establecido relaciones estratégicas que, entre otros temas, les permiten el control de las dos grandes zonas energéticas del mundo: el Golfo Pérsico y la cuenca del Caspio. En medio de este tablero se encuentra Irán, cuarto productor mundial de petróleo. La OCS, es la pieza central en esta arquitectura.

El eje de este fenómeno parece tener dos explicaciones: la RPCH y su creciente necesidad de energía para el desarrollo y Rusia, que aprovechando la bonanza de los precios internacionales de los hidrocarburos, fija con realismo sus áreas de influencia frente a las maniobras norteamericanas y de la OTAN, sobre todo en Afganistán y el Caspio.

Asia Central se había considerado antaño un asunto periférico, un rincón alejado de las principales áreas de responsabilidad de la Comandancia del Pacífico (China, Japón y la península de Corea). Pero esa región, que se extiende desde los Montes Urales a la frontera occidental de China, se ha convertido hoy en importante objetivo estratégico debido a las grandes reservas de petróleo y gas natural que se cree yacen bajo el Mar Caspio y sus alrededores.

Rusia muestra hoy mayor interés en su política exterior hacia las áreas productoras de energía de Asia Central. Aunque siga preocupándose por los acontecimientos que ocurren en sus fronteras occidentales, en áreas colindantes con la Organización del Tratado del Atlántico Norte, OTAN, Moscú ha dedicado considerables recursos a fortalecer su presencia militar en el sur, en el Cáucaso (incluyendo Chechenia y Daguestán) y en las antiguas repúblicas soviéticas de Asia Central.

Del mismo modo, el ejército chino ha desplazado su concentración de la frontera norte, con Rusia, a Xinjiang, en el oeste (fuente potencial de petróleo), y a áreas extra costeras en los mares de la China Oriental y Meridional (KLARE: 2003).

2. Los conflictos desde la visión de la RPCH

2.1. El libro Blanco de la Defensa china

Atento a lo explicitado en el Libro Blanco de la Defensa “La Defensa Nacional de China en 2010” se pueden identificar las fuentes de conflicto que preocupan a la potencia emergente:

China por su parte enfrenta a los desafíos de seguridad más diversos y complejos. China tiene vastos territorios y aguas territoriales. Se encuentra en una fase crítica de la construcción de una sociedad moderadamente acomodada en forma generalizada. Por lo tanto, se enfrenta a grandes exigencias en la salvaguarda de la seguridad nacional. La fuerza separatista “independencia de Taiwán” y sus actividades siguen siendo el mayor obstáculo y una amenaza para el desarrollo pacífico de las relaciones a través del Estrecho. El progreso en las relaciones a través del Estrecho sigue siendo confrontado por algunos factores de complicación. Las fuerzas separatistas “Independencia de Turkestán Oriental” y la de “Independencia del Tíbet” han causado graves daños en la seguridad nacional y en la estabilidad social.

Por otro lado, se manifiesta la necesidad de preservación de la integridad territorial de China y de los derechos e intereses marítimos. Sobre los conflictos no tradicionales, el documento alude a las amenazas terroristas y aquellas que se ciernen sobre los recursos energéticos, las finanzas y la información.

Existen sospechas, sostiene el documento, de interferencias externas contra China, aludiendo que EE.UU ha desafiado tres comunicados

conjuntos sino- estadounidenses y continúa vendiendo armas a Taiwán. Advierte, además, que lo consignado impide las relaciones pacíficas entre ambos países y perjudica el desarrollo de relaciones a través del Estrecho.

Respecto del contencioso con Taiwán, el documento expresa la intención del gobierno chino de seguir adelante con los esfuerzos de unificación de ambos países mediante el fortalecimiento de relaciones a través del Estrecho, ya que sostiene, ambos lados del Estrecho de Taiwán están destinados a la reunificación definitiva, por lo que es responsabilidad del pueblo chino, a ambos lados del Estrecho, trabajar, para poner fin a la historia de hostilidad y evitar la repetición de la historia del conflicto armado entre compatriotas.

Las dos partes deben tener una actitud positiva hacia el futuro, y tratar de crear condiciones favorables para resolver gradualmente, a través de consultas en pie de igualdad, tanto las cuestiones heredadas del pasado y las nuevas que surgen en el desarrollo de las relaciones a través del Estrecho. Las dos partes pueden discutir las relaciones políticas en la situación especial de que China no está todavía reunificada de una manera pragmática. Las dos partes pueden mantener contactos e intercambios sobre asuntos militares en el momento oportuno y hablar acerca de un mecanismo de seguridad militar de confianza mutua, en un intento de actuar en conjunto para adoptar las medidas de estabilizar aún más a través del Estrecho y aliviar las preocupaciones sobre la seguridad militar. Las dos partes deben celebrar consultas sobre la base de mantener el principio de una sola China para poner fin formalmente a las hostilidades y llegar a un acuerdo de paz (Paper White, National Defense Policy Ch. II).

Atento al entorno complejo de los conflictos en el nuevo siglo, el gobierno de la RPCH sostiene que adhiere a los conceptos de *seguridad global, de la seguridad cooperativa y de seguridad común*. Además, promueve su nuevo concepto de seguridad basado en la confianza mutua, el beneficio mutuo, la igualdad y la cooperación, la protección política, económica, militar y la seguridad de la información de una manera integral insistiendo en la necesidad de cooperación con los otros países para lograr estabilidad internacional.

China sigue una política de defensa nacional de carácter defensivo... El propósito de una defensa nacional de carácter defensivo se determina por vía del desarrollo de China, sus objetivos fundamentales, su política exterior, y sus tradiciones históricas y culturales... avanza sin vacilar en su reforma y apertura, así como en la modernización socialista, haciendo uso del medio ambiente internacional pacífico para su propio desarrollo (Paper White, National Defense Policy Ch. II).

Por lo dicho la RPCH sigue una política exterior independiente y promueve la cooperación amistosa con todos los países, ... *mantiene sus tradiciones culturales y sus creencias en la valoración de la paz por encima de todo, abogando por la solución de las controversias por medios pacíficos,*

la prudencia en el tema de la guerra, y la estrategia de “atacar sólo después de ser atacado”. China nunca buscará la hegemonía, ni va a adoptar el enfoque de la expansión militar ahora o en el futuro, no importa cómo evolucione su economía (Paper White, National Defense Policy Ch. II).

Los objetivos y las tareas de defensa nacional de China en la nueva era se definen como sigue:

- a) Salvaguardar la soberanía nacional, la seguridad y los intereses del desarrollo nacional.
- b) prevenir y resistir la agresión,
- c) defender la seguridad de sus tierras, las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo,
- d) salvaguardar sus derechos e intereses marítimos, y mantener sus intereses de seguridad en el espacio, el espacio electromagnético y el espacio cibernético.

Además advierte claramente, lo que se infiere son sus principales ejes de conflicto, que son objetivos de la defensa nacional de la RPCH oponerse y contener a las tres fuerzas separatistas que atentan contra la integridad territorial individualizándolas como fuerzas de: Independencia de Taiwán, Independencia del Tíbet e Independencia de Turkestán Oriental.

En razón de los conflictos en curso o potenciales, la política de seguridad de la RPCH fija una estrategia militar defensiva activa pero también la subordina al desarrollo del país considerando, este periodo chino, como una oportunidad estratégica. La seguridad nacional y el desarrollo nacional están íntimamente vinculados.

La defensa nacional está a la vez subordinada y al servicio del desarrollo del país y a las estrategias de seguridad... China aplica la estrategia militar de defensa activa de la nueva era, adhiere a los principios de independencia y de legítima defensa de toda nación, fortalece la construcción de sus fuerzas armadas y la defensa de sus fronteras, mar territorial y aire territorial, y mejora las capacidades de la estrategia nacional (Paper White, National Defense Policy Ch. II).

Finalmente, se alude a otras fuentes de conflicto que desestabilizan la región al señalar que:

Tomando el mantenimiento de la estabilidad social en su conjunto como una tarea fundamental, las fuerzas armadas decididamente combatirán todas las actividades subversivas y de sabotaje por parte de fuerzas hostiles, así como las actividades violentas y terroristas. (Paper White, National Defense Policy Ch. II).

2.2. Identificando la naturaleza de los conflictos desde la perspectiva china

2.2.1 Conflictos interestatales

Teniendo en cuenta lo manifestado en el documento “La Defensa Nacional de China” en 2010 el gobierno de la RPCH, siguiendo un enfoque

realista, tiene identificado sus frentes de conflictos que desafían su seguridad nacional. Estos conflictos, que denomina “amenazas”, responden a factores tradicionales y no tradicionales, nacionales e internacionales interconectados y en permanente retroalimentación, de allí la complejidad de los conflictos de nuevo cuño.

Los conflictos, denominados “tradicionales”, que están explícitos en el documento y que refieren a la integridad territorial y aluden a los movimientos secesionistas de Taiwán, Tibet y Turkestán Oriental. Particularmente, el primero tiene un factor externo que no pasa desapercibido: es la intervención de un actor extra regional, además potencia global, con el cual la RPCH tiene acuerdos. Concretamente EE.UU. identificado como proveedor de armas a Taiwán.

Por otro lado, expertos occidentales consideran que China se ha vuelto más insistente en sus reclamos territoriales del estado de Arunachal Pradesh, en el noreste de India, y de las Islas Senkaku, controladas por Japón, en cuyas aguas las naves de guerra chinas han hecho frecuentes incursiones. Los funcionarios de defensa indios han reportado un agudo aumento de las incursiones militares chinas a través de los 4.057 kilómetros de frontera en disputa en los Himalayas y de intensos patrullajes. Además, China ha comenzado a cuestionar la soberanía india sobre el estado de Jammu y Cachemira, un cuarto del cual ocupó tras la anexión del Tibet. Esto hace que los intentos de perturbar el *status quo* territorial de Asia son una invitación a un conflicto endémico (CHELLANEY: 2011).

Así, los críticos señalan que habiendo predicado previamente el evangelio de su “ascenso pacífico”, China ya no pone limitaciones a mostrar sus capacidades militares y afirmar su poder en múltiples frentes. Puesto que el Partido Comunista Chino depende cada vez más del ejército para mantener su poder y asegurar el orden interno, los altos oficiales militares están ejerciendo una influencia abierta sobre la política exterior. El resultado es una creciente reivindicación territorial que se ha convertido en fuente de nuevas fricciones a lo largo de las fronteras terrestres y marítimas de China. Eso, a su vez, ha puesto a China en el centro de los conflictos políticos de Asia¹.

Por otro lado, China, el segundo consumidor mundial de petróleo, después de EE.UU. y necesita imperativamente un mayor acceso al petróleo ruso, como parte de su estrategia de disminuir su dependencia de Medio

¹ La rencilla de Beijing con Corea del Sur en 2004 acerca del antiguo reino de Koruryo -generada por una reinterpretación histórica publicada en el sitio Web de ministerio del relaciones exteriores chino decía que el imperio, fundado en la cuenca del río Tongge de Corea del norte, era chino- fue vista como un intento de afirmar las opciones de China frente a una Corea potencialmente unificada. Al señalar que la actual frontera entre Corea del Norte y China puede no ser definitiva, Beijing ha dado pie a posibilidades de tensiones fronterizas en el futuro (CHELLANEY: 2011).

Oriente. China importa alrededor de la mitad del petróleo que usa, gran parte a través de rutas estratégicamente vulnerables.

Así, esa necesidad de asegurar recursos energéticos, como componente vital para el desarrollo nacional, agrega un elemento más de conflictividad. Desde esta perspectiva, y recurriendo a expertos chinos, los objetivos militares son los tradicionales: obtener, retener y ocupar espacios.

Entre los dos factores (falta de recursos y falta de confianza) que pueden conducir a guerras, la falta de recursos es más fundamental. En esencia, los conflictos entre los países están directa o indirectamente dirigidos a obtener recursos estratégicos y escasos. Ante tal situación, es muy importante establecer un marco analítico de la geopolítica en la base de la distribución de los recursos y analizar los conflictos internacionales actuales y futuros a través de la lente de la obtención de recursos (WANG: 2004: 231).

En la misma sintonía, el sistema productivo chino necesita cada vez más del petróleo para mantener su ritmo de desarrollo, ya advertido, como indisolublemente unido a su seguridad nacional. De la misma manera, otras potencias tratarán de asegurar el acceso a los recursos lo que plantea un escenario de conflictos toda vez que en los próximos diez a veinte años, a través de las distintas fuentes de energía, el petróleo tendrá el impacto más significativo en la seguridad internacional (QIAN y ZHAO: 2008).

2.2.2. Conflictos con actores no estatales

En cuanto a los conflictos generados entre actores estatales y no estatales, el separatismo, el nacionalismo, el terrorismo también son fuentes de preocupación en tanto y en cuanto:

Desde el final de la guerra fría, el impacto negativo del nacionalismo fue y sigue creciendo, lo que conduce a olas de separatismo étnico, violencia interétnica, el neofascismo, de supremacía blanca, y otros tipos de conflictos étnicos. Todos ellos contribuyen a los conflictos regionales y el terrorismo y suponen una amenaza creciente para la seguridad internacional (ZHAO: 2005: 17).

En este marco de conflictos no tradicionales se sitúa lo que los expertos denominan “guerra ciber” que son los ataques producto del desarrollo de la tecnología moderna. En la literatura china se ha puesto de relevancia la acción de los “*hackers patriotics*” que luchan por su país aprovechando la tecnología disponible pero, que a su vez se tornan muy difíciles de controlar con consecuencias negativas para la seguridad nacional.

La emergencia del espacio y del ciberespacio son dimensiones nuevas en las otras tres dimensiones militares (tierra, aire y mar) que han impactado en la percepción de los conflictos de nueva generación y que son tenidos en cuenta por los estrategas chinos. La emergencia del ciberespacio ha aumentado dramáticamente los medios de la guerra, la

guerra cibernética, que inevitablemente jugará un papel cada vez más importante en los conflictos futuros (HUANG y SUN: 2003).

En la actualidad ya existen como 21 países que explotan el espacio exterior con el propósito de la seguridad nacional. Están desarrollando sus sistemas militares espaciales y la búsqueda de posiciones ventajosas en el desarrollo espacial, a fin de tener la sartén por el mango en los conflictos futuros en el espacio... En el largo plazo, el espacio se convertirá en el “terreno alto” en las guerras del futuro. El espacio añade el cuarto dimensión para el campo de batallas existentes y determinará la dirección de los conflictos futuros (QIANG: 2000).

Esta relevancia del ciberespacio como una cuestión de seguridad nacional aparece en 1995. Una de las manifestaciones fue el conflicto con Google. Con el fin de bloquear contenidos el Ministerio de Seguridad Pública elaboró un enorme sistema de filtros, conocido fuera de China como “*The Great Firewall*”, un juego de palabras entre la denominación inglesa de la Muralla China, ‘*Great Wall of China*’, y el componente de seguridad que bloquea acceso de redes en las computadoras: ‘*Firewall*’.

Entre los portales bloqueados figuran los de grupos tibetanos en el exilio, de medios como la radio estadounidense Free Asia o redes sociales como Twitter, Facebook o el portal de videos de Google, YouTube. Para la tarea de bloqueo China exige cooperación a los proveedores de Internet. Al controlar el tráfico de datos, ellos pueden bloquear contenidos críticos o desviar a otras web la navegación. Por otro lado, los buscadores tienen una importancia decisiva: al igual que el chino Baidu, los proveedores extranjeros se ven sometidos a la presión de los censores para no mostrar entre los resultados de una búsqueda los contenidos críticos con el régimen (Diario *El Mundo*, 23/03/2010).

Los expertos en seguridad chinos están dando relevancia a los estudios sobre la incorporación del espacio cibernético al campo militar.

En la era de la información, el concepto de campo de batalla se ha extendido más allá de los entendimientos. Se refiere no sólo a la tierra y el mar, sino también incluye la atmósfera y el espacio exterior, así como los dominios invisibles como el campo de la electromagnética, la información y la psicología cognitiva (GUAN: 2006).

Desde esta perspectiva, la literatura china centra su preocupación en esta nueva dimensión de los conflictos advirtiendo la aparición de nuevos medios para lidiar con ellos.

La tendencia de la revolución de la tecnología militar indica que las guerras modernas no sólo incluyen medios militares (tradicionales) sino que también requieren la exploración de nuevos medios políticos, legales y medios de comunicación y propaganda para lograr los objetivos (HUANG: 2005).

Los medios de comunicación y la tecnología de la información adquieren protagonismo en la dimensión mental como campo de lucha contra actores estatales o no estatales oponentes.

En los conflictos..., es posible llevar a cabo operaciones psicológicas sociales, haciendo uso de tecnología avanzada y los medios de comunicación, lo que significa crear y difundir información falsa a través de diversos medios de comunicación y las redes informáticas de comunicación a fin de generar confusión y el caos en el país enemigo, afectar la mentalidad del público, y alterar su inteligencia, la toma de decisiones y la implementación de políticas (LUI: 2001: 3).

Además, los instrumentos electrónicos son percibidos como herramientas importantes en conflicto en tanto es un medio principal la transferencia de información en el contexto de la tecnología de información avanzada en el futuro. El espectro electrónico será el principal campo de batalla en la competencia por la "supremacía de la información" (SUNG y DONG: 2001).

3. Los conflictos desde la visión de la Federación Rusa

3.1. La Estrategia de Seguridad Nacional hasta el año 2020

En el mes de julio de 2008, Medvedev firmó el documento denominado Concepto de Política Exterior. Poco después del conflicto ruso-georgiano, de agosto 2008, el Presidente ruso Medvedev presentó una iniciativa de políticas de seguridad, en una declaración sobre los principios políticos. En el mes de septiembre del mismo año aprobó la estrategia específica para la región del Ártico y, en 2009, ratificó la Estrategia de Seguridad Nacional 2020, como el tercer pilar de la "troika".

En el CPE se refiere a la condición internacional de Rusia, a las estructuras euroatlántico de seguridad y a la cooperación con actores del Este. En cuanto a su posición en el ámbito internacional, la CPE describió a Rusia como una gran potencia con un rol de pleno derecho en los asuntos mundiales y como uno de los centros de influencia en el mundo contemporáneo. Debido al resurgimiento de su *status* de gran poder, Rusia afirma que ejercerá una influencia sustancial sobre los acontecimientos internacionales. En línea con su posición internacional fuerte, se deja en claro que Rusia protegerá los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos rusos y de los compatriotas en el extranjero.

Con respecto a la seguridad euroatlántica, el deseo de Moscú de crear un sistema de seguridad regional colectiva y de cooperación de manera diferente al que se emplea actualmente en Occidente para garantizar la unidad de la región euroatlántica. Además, el CPE rechaza la expansión de la OTAN, especialmente a Ucrania y Georgia y reitera la oposición al escudo antimisiles prevista por EE.UU en Europa.

El documento afirma la decisión de profundizar las relaciones con China e India tanto a nivel bilateral como en la asociación estratégica de Rusia y China. Se menciona la importancia que tiene para la Federación el Tratado de Seguridad Colectiva (TSC) como alianza militar con los siete

estados de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) como un instrumento para mantener la estabilidad y garantizar la seguridad de la Comunidad. Por otra parte, destaca la importancia de la Organización de Cooperación de Shanghai como grupo económico, político y de seguridad entre Rusia, China y cuatro de los Estados de la CEI de Asia Central y su rol en la creación de una red de socios de la región Asia-Pacífico.

El CPE señala que Rusia ha restablecido su posición internacional y persigue sus propios intereses nacionales en lugar de ser influenciada por los deseos de otros actores. En esto reitera anteriores documentos firmados por Putin en 2007 y 2008. La acción en Georgia parece una clara advertencia sobre el particular.

Un aspecto que tiene importancia sustantiva para el gobierno ruso es la cuestión energética tanto como un problema de recursos como uno de seguridad. Esto en tanto la seguridad energética es fundamental para producir altos ingresos como para su uso como instrumento de poder. La comprobación empírica de lo último fue el caso de la crisis del gas con Ucrania. Respecto de los Principios de Política Exterior y de Seguridad, en agosto de 2008, luego de la corta guerra de Georgia, el Presidente Medvedev destacó los cinco principios que rigen la política exterior de seguridad como guía de acción para Rusia:

- 1) Supremacía del derecho internacional
- 2) Reemplazo de la unipolaridad, dominada por EE.UU., por la multipolaridad
- 3) Rusia no tiene intención de aislarse y busca una relación amistosa con Occidente.
- 4) Rusia considera prioridad la protección de los rusos dondequiera que estén. Rusia responderá a cualquier acto agresivo contra sus ciudadanos o Rusia.
- 5) Rusia privilegia sus intereses en ciertas regiones.

Debido a que Rusia había invadido no sólo las regiones separatistas de Abjasia y Osetia del Sur, sino Georgia, se levantaron voces críticas que ponían en cuestión el compromiso de Rusia a la supremacía del derecho internacional. Pero un análisis más profundo de los documentos anteriores de seguridad y una atenta revisión de la política de fronteras da cuenta de que, además del mensaje a EE.UU y la OTAN, hay una referencia clara sobre la protección de las minorías rusas. Rusia justificó el uso de la fuerza militar en regiones separatistas de Georgia porque era necesario proteger a las minorías rusas de Osetia del Sur, Estonia y Letonia. Además el concepto de “intereses privilegiados rusos” deja en claro que el extenso espacio de la antigua URSS es una esfera de influencia de la que Occidente debe mantenerse al margen (DE HASS: 2009).

“La Estrategia de Seguridad Nacional hasta el año 2020”. Se define como:

La Estrategia de Seguridad Nacional de la Federación Rusa hasta 2020 es un sistema de reconocimiento oficial de las prioridades estratégicas, objetivos y medidas de los factores determinantes de la política interior y exterior de la seguridad nacional y el desarrollo sostenible del nivel de estado a largo plazo. Conceptualmente, en materia de seguridad nacional, está basada en una relación fundamental y de interdependencia de la Estrategia de Seguridad Nacional de la Federación Rusa hasta 2020 y el Concepto de Desarrollo Socioeconómico de la Federación Rusa hasta 2020 (Estrategia de Seguridad Nacional de la Federación Rusa hasta 2020, punto 3).

Esta estrategia es el documento base para la planificación del desarrollo de sistemas para garantizar la seguridad nacional de la Federación de Rusia, que establece los procedimientos y las medidas para garantizar la seguridad nacional. Es la base para una cooperación constructiva entre las autoridades públicas, organizaciones y asociaciones para la protección de los intereses nacionales de Rusia² y la seguridad de las personas, la sociedad y el Estado (Estrategia de Seguridad Nacional de la Federación Rusa hasta 2020, punto 3).

Esta nueva Estrategia reemplaza los conceptos de seguridad nacional de Yeltsin de 1997 y de Putin de 2000. Refiere a la seguridad en un sentido amplio y sus capítulos incluyen: la evolución de la seguridad internacional, los intereses nacionales, las prioridades y las amenazas, el aseguramiento de la seguridad nacional en los campos de la seguridad militar y la defensa, la seguridad social, el bienestar de los ciudadanos, la economía, la ciencia-tecnología-educación, salud, cultura, y el medio ambiente.

Rusia debe ganar y mantener la paridad en armas nucleares con los EE.UU. debe convertirse en una potencia para influir en los asuntos globales. En cuanto a las amenazas percibidas, se sostiene que existen políticas en una serie de países que buscan la supremacía militar a través de la construcción de armas nucleares, armas convencionales, estratégicas y el desarrollo unilateral de escudos antimisiles y la militarización del espacio. La OTAN se convierte en una amenaza para Rusia en tanto busca su expansión cerca de las fronteras rusas e intenta otorgarse el *status* de una alianza militar con rango global.

El fracaso de la actual arquitectura mundial y regional orientada, sobre todo en la región euroatlántica, sólo la Organización del Atlántico Norte, así como la falta de instrumentos jurídicos y mecanismos cada vez más una amenaza a la seguridad internacional (Estrategia de Seguridad Nacional de la Federación Rusa hasta 2020, punto 8).

Así, y ya advertido *supra*, la Región de la Comunidad de Estados Independientes, la Federación Rusa considera que la Organización del Tratado

² «Los intereses nacionales de la Federación de Rusia» un conjunto de necesidades internas y externas del Estado para garantizar el desarrollo sostenible y la seguridad del individuo, la sociedad y el Estado; (Estrategia de Seguridad Nacional de la Federación Rusa hasta 2020, punto 6).

de la Seguridad Colectiva es el principal instrumento para hacer frente a las amenazas que puedan surgir en la región.

El desarrollo de las relaciones de cooperación bilateral y multilateral con los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes es la prioridad de la política exterior de Rusia. Rusia tratará de desarrollar la capacidad de integración regional y subregional y la coordinación en el espacio de los estados participantes de la Comunidad de Estados Independientes y la Organización del Tratado de la Seguridad Colectiva y la Comunidad Económica Euroasiática. Esto tiene un efecto estabilizador sobre la situación general en las regiones fronterizas con los Estados-miembros de la Comunidad de Estados Independientes (Estrategia de Seguridad Nacional de la Federación Rusa hasta 2020, punto 13).

Se pone de relieve la interdependencia existente entre la estabilidad civil y la seguridad nacional en tanto el desarrollo socioeconómico es tan importante como la seguridad militar. La seguridad estratégica es una de las preocupaciones relevantes. Señala que la competencia por los recursos energéticos podría generar tensiones y derivar en el uso de la fuerza militar cerca de la frontera de Rusia y de sus países aliados.

En cuanto a la competencia por los recursos no se puede excluir resolver problemas mediante la fuerza militar ya que puede ser alterado el equilibrio de fuerzas establecido cerca de las fronteras de la Federación de Rusia y las de sus aliados (Estrategia de Seguridad Nacional de la Federación Rusa hasta 2020, punto 12).

Respecto a las “amenazas internas” los conflictos percibidos por el gobierno de Medvedev son: el nacionalismo, el separatismo, la xenofobia, el extremismo y el radicalismo religioso. Se agregan además: un elevado índice de desempleo, una desigualdad creciente en las rentas, una pobre situación demográfica, una fuerte dependencia de la exportación de materias primas y una gran desproporción económica entre las diferentes regiones de la Federación.

Respecto a los conflictos potenciales por recursos energéticos, el documento centra su atención para el control de cinco regiones estratégicas para el gobierno de la Federación: Medio Oriente, los arrecifes del Mar de Barents, el Ártico³, la cuenca del Mar Caspio y Asia Central. En su calidad de país que posee enormes recursos naturales, la Federación Rusa se considera especialmente vulnerable a este tipo de amenaza.

³ Los intereses y objetivos políticos en el Ártico refieren al efectivo y exclusivo control de los recursos naturales del Ártico y tienden a ver el futuro en términos de una «lucha global por los recursos». Asimismo, está incrementando su presencia militar en la región, aumentando su Flota del Norte y la actividad estratégica de su aviación en el Ártico. Ello refleja la confianza que tiene Moscú en la fuerza militar como instrumento decisorio en la competencia geopolítica por los recursos naturales.

La atención de la política internacional a largo plazo se centrará en la posesión de fuentes de energía, incluyendo Medio Oriente, Mar de Barents y otras zonas del Ártico, la Cuenca del Mar Caspio y Asia. El impacto negativo en la situación internacional en el mediano plazo seguirá marcando la situación en Irak y Afganistán, los conflictos en el Medio Oriente, varios países de Asia meridional y África, la península coreana (Estrategia de Seguridad Nacional de la Federación Rusa hasta 2020, punto 11).

De lo anterior se infiere que las preocupaciones rusas en este primer decenio del siglo XXI pasan por los conflictos armados cercanos a sus fronteras y en su área de influencia que se desarrollaran en los apartados siguientes. Es por ello el despliegue fronterizo de mecanismos de alta tecnología y propósitos múltiples en las fronteras con Kazajstán, Ucrania, Georgia y Azerbaiyán así como el aumento de la eficiencia de la protección fronteriza en la región del Mar Caspio.

3.2. Identificando la naturaleza de los conflictos desde la perspectiva de la Federación Rusa

3.2.1. Inestable vecinos del sur de Rusia

Las regiones occidentales de Siberia comparten 6500 kilómetros de frontera con Kazajstán y tiene fronteras con China y Mongolia. Asia Central abarca un vasto territorio con poblaciones étnica y religiosamente diversas y con Estados inestables.

Cinco repúblicas ex soviéticas ocupan el espacio geográfico: Kazajstán, Kirguistán, Tayikistán, Turkmenistán y Uzbekistán. La transición post-soviética en estos países se ha caracterizado por el declive económico, insuficientes reformas democráticas y la radicalización de grupos extremistas islámicos. Por allí circula la mayor parte de la droga proveniente de Afganistán.

Por otro lado, este amplio territorio de Asia Central es compartido por la parte occidental de China (Xinjiang Región autónoma (Sin-kiang)) y la parte occidental de Mongolia (Bayan-Ölgiy región). Ambas están habitadas por poblaciones turcas de mayoría musulmana, que establecieron relaciones difíciles con los respectivos gobiernos centrales en Pekín y Ulan Bator. Además, algunos grupos de Uigures promocionan la secesión de la parte continental de China y están operando en Estados de Asia Central, incluyendo Kazajstán y Kirguistán.

Más al sur, la región fronteriza con Afganistán que, debido a su composición étnica con poblaciones tayikos y uzbekos, sus vínculos históricos con el resto de Asia Central, se consideran parte de la región. A lo largo de la década de 1990, Afganistán ha sido una fuente importante de inestabilidad en la región. La guerra civil amenazaba con extenderse a Asia Central. Después de los ataques terroristas de 11 de septiembre de 2001, la guerra contra los talibanes y Al-Qaeda, si bien debilitó

considerablemente la infraestructura terrorista en Afganistán y puso fin a la guerra civil, todavía no le ha traído estabilidad a largo plazo.

3.2.2 Las regiones fronterizas

La importancia de las regiones fronterizas de Rusia en las relaciones con Asia Central en general se deriva de una serie de factores. El primero, y más importante, comprende las preocupaciones de seguridad de Rusia. Muchos de los potenciales conflictos en Asia Central proceden de Afganistán tanto sea por el terrorismo como por el conflicto armado interno. Pero otros conflictos provienen de las tensiones interestatales sobre las fronteras y los recursos hídricos en el área. Si bien es cierto que no están dirigidos en contra de las regiones fronterizas de Rusia, su persistencia socava la estabilidad regional, el desarrollo y la integración y, por lo tanto, impacta sobre la perspectiva de las regiones de Siberia y la reactivación económica. Esas regiones dependen de recursos propios y del comercio transfronterizo con los países vecinos.

Debido a la pobre seguridad fronteriza entre las regiones del sur de Rusia y Afganistán, las regiones fronterizas de Siberia occidental son portadoras de conflictos potenciales que van desde el tráfico de drogas a el contrabando y la migración ilegal.

La importancia de la dimensión de seguridad en la política de Rusia hacia el Asia Central se ha visto reforzada por la guerra global “contra el Terror”, en la que Rusia está asumiendo un papel activo, centrándose principalmente en sus zonas fronterizas del sur.

3.3.3. Asia Central y la seguridad rusa

En los documentos de seguridad nacional de 2000 y 2003 se advierte el esfuerzo del gobierno de la Federación Rusa por promover la integración regional en Asia Central, a través del Tratado de Seguridad Colectiva de la CEI y la Organización de Cooperación de Shanghái (OCS) a fin de mejorar la seguridad de Rusia en las fronteras de Asia, y, por tanto, en las regiones de Siberia occidental.

Debido a los conflictos regionales, la política de seguridad rusa tiene en cuenta tres categorías de conflicto en Asia Central: a) de baja intensidad y seguridad fronteriza, b) prevención de la proliferación de los grupos terroristas en y alrededor de Asia Central, y c) la prevención de los conflictos entre Estados y el surgimiento de Estados fallidos en la región.

Las estrategias para abordar los potenciales conflictos u “amenazas” están destinadas al fortalecimiento de sus propias fronteras y en lo posible al fortalecimiento de las fronteras exteriores de los Estados de Asia Central para combatir amenazas blandas de seguridad y terrorismo.

Las fuerzas rusas siguen proporcionando refuerzos a los tayikos para la vigilancia de las fronteras exteriores de Tayikistán. En el año 2003, Rusia y Kirguistán firmaron un acuerdo sobre el establecimiento de una base militar rusa en el campo de aviación de Kant formando parte de la implementación de la fuerza de despliegue rápido de la CEI a fin de promover la cooperación de seguridad regional, incluida la protección colectiva contra el terrorismo. También en 2003, Rusia propuso una cooperación más estrecha entre las autoridades fronterizas de Rusia y Kazajstán para defensa de las fronteras exteriores de Kazajstán.

Por otro lado, la política de seguridad de Rusia procura reforzar a largo plazo la presencia militar de Rusia en la Organización del Tratado de Seguridad Colectiva en Asia Central. Esta preocupación de Rusia en tener una presencia militar en Asia Central, según algunos expertos, responde no sólo a la inestabilidad de la región sino a cuestiones de índole geopolítico debido a la presencia de EE.UU. y otros países de la OTAN en Kirguistán y Uzbekistán para apoyar la Operación Libertad Duradera en Afganistán. La tercera estrategia consiste en promover el intercambio de información y el intercambio de inteligencia sobre posibles amenazas terroristas.

En 2000, Rusia promovió la creación del Centro Antiterrorista de la CEI en Bishkek, Kirguistán. Es un organismo de cooperación de base multilateral, con la participación de similares estructuras de otros estados de Asia Central.

Finalmente, otra estrategia adoptada por Rusia para contrarrestar las amenazas a la seguridad, que emanan de Asia Central, es promover una mayor cooperación y compartir la carga con actores externos a la CEI incluidos los EE.UU., la Unión Europea, la OTAN, la OSCE y otras instituciones multilaterales.

En este sentido, Putin, después del 11 S, expresó su apoyo a los Estados Unidos por la campaña contra los talibanes y Al-Qaeda en Afganistán y apoyó la creación de instalaciones en Asia Central, aunque sobre una base temporal. Rusia siempre dio apoyo práctico a la coalición liderada por Estados Unidos en términos del intercambio de información y a través de la asistencia militar a la Alianza del Norte.

En sintonía con lo anterior, EE.UU. y las tropas rusas siguen manteniendo una presencia paralela con una cooperación práctica en mínima medida para la seguridad de Asia Central. Las élites militares rusas, no obstante, siguen considerando la presencia militar de EE.UU. en Asia Central como una amenaza potencial y un desafío geopolítico para Rusia. Por eso es que han insistido en que los EE.UU. y sus aliados retiren sus fuerzas una vez que la operación militar en Afganistán se haya terminado.

3.3.4. La Región del Cáucaso

La región, situada entre el mar Negro y el mar Caspio que sirve de puente entre Europa y Asia, es un espacio geopolítico complejo. Por un lado, en la parte sur coexisten tres países que recuperaron su independencia en 1991 tras el derrumbe de la Unión Soviética, pero que mantienen una tensa relación con Moscú: Georgia, Armenia y Azerbaiyán. Por otro, la zona norte pertenece a la Federación Rusa y en ella se hayan siete repúblicas autónomas: Chechenia, Osetia del Norte, Ingusetia, Daguestán, Kabardino-Balkaria, Karachevo-Cherkesia y Adiguea.

En toda la región viven más de 30 millones de personas, pertenecientes a más de 60 etnias diferentes, con culturas e idiomas distintos, lo que hace de la zona una de las más complejas del mundo. La mayoría profesa la religión cristiana, en su vertiente ortodoxa, pero la minoría musulmana es mayoría en Chechenia e Ingusetia.

Durante la existencia de la URSS, Moscú mantuvo la obediencia del Cáucaso gracias a sus tanques y militares, pero con su desaparición renacieron las ideas independentistas, en especial en las zonas de mayoría musulmana, cuya fe fue reprimida.

3.3.4.1. El conflicto de Chechenia

Fue en Chechenia, donde rebeldes liderados por Dudayev se alzaron en armas contra el nuevo régimen ruso entre 1994 y 1999. El entonces presidente Yeltsin mandó las fuerzas militares de la Federación comenzando una guerra que se caracterizó por su extrema crueldad.

Aunque en un principio, los rebeldes consiguieron frenar la ofensiva rusa, con los años fueron confinados a los bosques, mientras decenas de miles de civiles huían de los combates. Aunque los gobiernos rechazaron la política de “tierra arrasada” impuesta por el gobierno de Rusia, como una lección para futuros secesionistas, los ataques del 11-S cambiaron la situación. Vladimir Putin asoció el conflicto en Chechenia con la guerra contra el terrorismo mundial y ordenó la militarización de la región.

La muerte de los líderes guerrilleros separatistas provocó la huida de unos 500 combatientes a las montañas de Ingusetia y Daguestán donde, según expertos rusos, se han reorganizado dentro de un movimiento extremista islámico que ya no busca la independencia de Chechenia, sino la constitución de un emirato en todo el Cáucaso bajo la conducción de Doku Umárov, quien en el 2007 se proclamó emir y jefe de todos los grupos combatientes activos en la región.

En noviembre del 2009, Umárov proclamó la imposición de la *sharia* o “ley islámica”, en la región y la responsabilidad de todo musulmán de luchar contra los infieles rusos en una *yihad* o “guerra santa”. Desde entonces se han multiplicado los ataques a comisarías y edificios públicos del Cáucaso. Los atentados ocurridos en el metro de Moscú se percibieron

como una venganza de los terroristas por los asesinatos de dos importantes rebeldes leales a Umárov, Said Buriatskai y Anzor Astemirov. Recientemente EE.UU. incluyó a Umárov en la lista de terroristas más buscados.

La Federación Rusa aplaudió la decisión de EEUU de incluir a Doku Umárov en la lista de los terroristas internacionales más buscados, de crear un apartado especial para el grupo "Emirato del Cáucaso" en esa lista y de apoyar la inclusión de Umárov en la lista general (de terroristas) con arreglo a la resolución 1267 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (Embajada de la Federación Rusa: 27/05/2011).

Otros conflictos han ocurrido en la región como los de Nagorno-Karabaj y el de Georgia. Pero la parte este del Caspio también tiene olas de turbulencia debido a la influencia de la situación de Afganistán.

Todos estos conflictos se generan justamente en una región estratégica para el desarrollo de ductos de gas y transporte de petróleo. La mayoría se encuentra en la región del Trans Cáucaso del Caspio, donde los conflictos de Nagorno-Karabaj, Georgia y la República de Chechenia, en el sur de Rusia, han obstaculizado el desarrollo de rutas de exportación hacia el oeste desde el Mar Caspio. En el lado este del mar Caspio, la inestable situación en Afganistán, después de más de 23 años de guerra, ha sofocado el desarrollo de rutas de exportación hacia el sureste, y la continua amenaza del fundamentalismo islámico en Asia Central, especialmente en Uzbekistán, que prohíbe cualquier nuevo gasoducto de exportación de ese país. La amenaza de guerra entre Pakistán e India sirve como un elemento disuasorio adicional a la ejecución de oleoductos de exportación al sudeste del mar Caspio, ya sea a través de Irán o Afganistán (CROISSANT: 2011, KENT: 1996).

Además, la situación del *status* legal sin resolver del mar Caspio ha amenazado con aumentar el conflicto entre varios de los estados del litoral. Aunque Rusia, Kazajstán y Azerbaiyán han firmado acuerdos bilaterales de delimitación de sus respectivos sectores marítimos, no hay un acuerdo multilateral entre los cinco Estados ribereños.

Azerbaiyán y Turkmenistán se han enfrentado por las cuencas petroleras en el sur del Mar Caspio. Aunque hay varias propuestas de ductos de exportación de gas no se pueden implementar hasta que se arribe a un acuerdo entre los cinco países ribereños.

La ruta norte original del petróleo del ducto de Azerbaiyán a Bakú-Novorossiysk, pasaba 80 millas a través de la República rusa de Chechenia. Las tropas rusas entraron en Chechenia en diciembre de 1994, y después de casi dos años de lucha, se alcanzó un acuerdo de paz que, en julio de 1997, abrió el camino a un acuerdo tripartito entre Azerbaiyán, Chechenia y Rusia sobre las exportaciones de petróleo de Azerbaiyán (CORRELL: 2003).

A pesar de que el acuerdo permite las reparaciones necesarias en el oleoducto ya existente, no resolvió las cuestiones de seguridad regional y las tarifas de tuberías. La Russia's Transneft y los funcionarios del gobierno de Chechenia se han enfrentado en el pasado sobre el tema de los aranceles y las reparaciones de la guerra con Rusia. La reanudación de la guerra en Chechenia en 1999 impulsó a Transneft a construir un puente de desvío de Chechenia, que fue terminado en 2000, pero la devastación causada por las dos guerras, así como la falta de un acuerdo de paz, puede hacer de la tubería un objetivo para ataques terroristas.

3.3.5. Una concepción ampliada de la frontera de la Federación rusa

Según la Estrategia Nacional de la Federación Rusa 2010 una nueva doctrina sustituye a la ideológica de la guerra fría. Esa nueva doctrina promueve el modelo de la Federación Rusa denominado de “centro regional” o “Estado regional” y busca redefinir su relación con el espacio postsoviético. A diferencia de las anteriores doctrinas de 1997 y 2000 ya no se hace hincapié en la inviolabilidad de las fronteras de los Estados vecinos sino que enfatiza en la obligación del Estado ruso de velar por los intereses de sus connacionales allende sus fronteras. Esto, desde luego, nos remite a la instrumentalización de la diáspora rusa para justificar el posible ensanchamiento de las fronteras rusas (ANORVE: 2010).

En la política de freno a las “estructuras unipolares” dominadas por EE.UU. y vista como cercamiento de Rusia, el presidente Medvedev ha promovido la política fronteriza de Rusia basada en la “sospecha” apartándose de la concepción anterior de “fronteras confiables”. Una vez controlada la potencial insurrección dentro de las fronteras internas de la Federación se establecerá el control de un área exterior que garantice la inviolabilidad de la frontera internacional reconocida de la Federación Rusa.

Con el fin de garantizar la frontera internacional, el Estado ruso ha emprendido una doble estrategia:

1) Diseño del área de influencia incondicional de Rusia, referido a los países considerados como su “cercano extranjero”, que corresponden a los territorios de la ex URSS. De ahí que, producto de su retiro del Tratado de Fuerzas Armadas Convencionales en Europa en 2007, Rusia se encuentre militarizando el Cáucaso y sus fronteras en general (RASIZADE, 2009 citado por ANORVE: 2010).

2) La expansión de la frontera territorial y/o marítima en aquellos casos en los cuales los recursos energéticos, eje de la política exterior rusa, se hallen en peligro. Son los casos de pronunciamiento prácticamente unilateral del cambio de la frontera internacional reconocida con Georgia, vía Osetia del Sur y Abjasia, y la declaración unilateral rusa de la soberanía sobre el Ártico.

Según la Azeri Press Agency (2009) la nueva concepción de seguridad nacional rusa, es en el mediano plazo el desplazamiento de sus “fronteras” e “influencia” hacia diferentes regiones: a) el Cercano Este; b) el mar de Barents; c) otras regiones del Ártico; d) el mar Caspio y e) Asia Central. Esto no hace más que augurar conflictos y desestabilizaciones en el tablero euroasiático ya sea por los recursos estratégicos como por la ubicación en territorios de “paso”, que en definitiva incluye la nueva política fronteriza rusa (ANTONEKO: 2011; AÑORVE: 2010).

Incluso la seguridad rusa tiene una nueva dimensión, ya que históricamente la dimensión marítima no había sido muy importante. La nueva doctrina marítima rusa incluye una flota naval, buques mercantes, buques pesqueros y embarcaciones de investigación; todo esto, como parte de una aproximación holística de explotación del mar. Esto en gran parte como una respuesta esperada del Estado ruso ante la monumental crisis demográfica, que en un momento dado podría ser más peligrosa para mantener la integridad del Estado ruso que una posible invasión extranjera (AÑORVE: 2010: 30).

Por otro lado, el Ártico es una región estratégica en materia de recursos energéticos y rutas comerciales pero también, algunos analistas lo consideran de relevancia, por cuestiones demográficas ... *con una población declinante, que se espera se reduzca hasta los 100-110 millones de habitantes para la mitad del presente siglo, las perspectivas de largo plazo de sobrevivir como una gran potencia son reducidas. La perspectiva de contar con una “última oportunidad” gracias al Ártico y a la transformación climática de Siberia reabre las visiones de largo alcance para la supervivencia del país (LAURELLE, 2009).*

El gobierno de Medvedev, que debe ser visto como la continuidad histórica de un proyecto de fortalecimiento y consolidación del Estado-nación ruso, reservándose el derecho de ajustar, por la fuerza si es necesario, cualquier disputa en sus Estados vecinos, y mantener los ductos de gas y petróleo funcionando, aun en partes del sistema que se encuentren más allá de las fronteras rusas (Belarusian Review, 2003). La situación de la diáspora rusa es absolutamente central en la transformación del concepto de frontera y en las posibles reconfiguraciones de éstas. Putin ha sido muy claro, primero como presidente y ahora como primer ministro, sobre los retos que trajo para el Estado ruso la reconfiguración fronteriza resultante de la desaparición de la URSS⁴. El 25 de abril de 2005 en su informe anual ante la Duma estatal, Putin señaló:

⁴ Los conflictos violentos recientes y los movimientos de población desde otros estados postsoviéticos han cambiado un tanto la composición étnica de la población de Rusia. De los 25 millones de habitantes de los nuevos estados, unos 3.5 millones de etnia rusa se han trasladado aquí, procedentes sobre todo de Asia Central, Kazajstán, Letonia y el Cáucaso Sur. Otros varios millones de inmigrantes, especialmente trabajadores estacionales, empresarios y élites culturales han venido

Primero y lo más importante, vale la pena reconocer que la desaparición de la Unión Soviética fue la más grande catástrofe geopolítica del siglo. Por lo que toca a la gente rusa, se convirtió en una genuina tragedia. Decenas de millones de nuestros conciudadanos y paisanos se encontraron de repente más allá de los márgenes del territorio ruso (citado en RASIZADE, 2009:9).

Ante una situación de despoblamiento de la Federación Rusa, el gobierno hace un fuerte hincapié en su diáspora considerando a sus connacionales de igual relevancia que los rusos viviendo en la Federación. El recurso al discurso nacionalista, en el cual se incluye a “todos” los rusos, es la estrategia para hacer que las fronteras de la Federación Rusa no se estanquen en las fronteras heredadas en 1991.

Rusia tiene una población que decrece rápidamente y que según la ONU podría descender de los 141 millones de habitantes en la actualidad a unos 101.5 millones de habitantes para el año 2050 ... Ante una crisis demográfica como la que enfrenta Rusia desde hace dos décadas, es preciso revertir este fenómeno por medio de la inclusión de «todos» los rusos, ya sea promoviendo su regreso a la Federación Rusa, o bien, manteniendo “vivo” el nacionalismo ruso allende sus fronteras para así derivar beneficios como el envío de remesas, la inversión en Rusia, una opinión pública favorable, el turismo de nostalgia, etc. El más claro ejemplo de lo anterior se dio durante la preparación y el desarrollo de la guerra con Georgia. El enclave de Osetia del Sur ha buscado protección rusa desde 1993. Las tropas del Kremlin, oficialmente designadas salvaguardas de la paz, desde entonces han preservado de forma extraoficial la autonomía de una población de unos 70 mil habitantes, 90% de éstos, portadores de un pasaporte ruso (rosianin) (AÑORVE citando a MCELROY: 2010: 33).

Esa guerra dio lugar a la ampliación del concepto de frontera rusa, la misma que ahora parece coincidir con la presencia de connacionales, lo cual incluye tanto a los russkii como a los rosianin dentro del pragmatismo ruso. Desde la preparación de la guerra, se puede apreciar en el discurso esta nueva concepción de frontera dentro del pensamiento del Estado ruso (Sopor, 2008). Moscú, con las acciones anteriores, está erradicando abiertamente las fronteras internacionales por medio de la fuerza.

también a vivir a Rusia, entre ellos un millón de azeris y también georgianos ucranianos y armenios, aproximadamente medio millón en cada caso.

Muchos son emigrantes forzosos de zonas en conflicto (Abjazia, Karabaj, Tayikistán) o se han visto desplazados por los conflictos en el Cáucaso Norte (unos 30.000 inguches fueron expulsados de Osetia del Norte, mientras que 500.000 chechenos y 200.000 rusos abandonaron Chechenia, azotada por la guerra). Hay también nuevos inmigrantes, procedentes de países de Asia y África (afganos, chinos, kurdos, somalíes y vietnamitas, entre otros) que vinieron a este país tratando de exiliarse hacia Occidente ya los que las autoridades rusas les denegaron el estatus de refugiados. Desde 1991, un total de dos millones de personas han emigrado de Rusia, incluyendo judíos, ucranianos y alemanes del Volga (TISHKOV: 2011).

Osetia del Sur y Abjasia no son los únicos conflictos, puesto que existen alrededor de 10 bolsones de conflictos en ambos lados de la frontera rusa en el Cáucaso.

...la campaña rusa para mantener su influencia externa va más allá de la problemática red de clanes y tribus ubicadas en las montañas del Cáucaso. Además de Osetia del Sur y de Abjasia, está la situación de Crimea en Ucrania; el norte de Kazajstán; el Transdniestro en Moldavia; Narva en Estonia, y algunas áreas orientales de Letonia. Todas estas áreas mantienen fuertes vínculos con Moscú, al mismo tiempo que las naciones a las cuales pertenecen han desarrollado fuertes vínculos con la Unión Europea (UE) y con la OTAN. La mayoría de estos enclaves es el hogar de poblaciones sustanciales de rusoparlantes. Muchos de éstos se mudaron a esos países durante el periodo soviético de la "rusificación". Lo que es indiscutible es que estos movimientos separatistas han tenido un papel crítico en la estrategia rusa de "desafío" a las fronteras "pactadas" (AÑORVE: 2010: 34).

Para algunos expertos, después de Georgia el próximo foco de conflicto podría ser Crimea por dos motivos: a) la mayoría de los habitantes de Crimea es étnicamente rusa (russkii) y b) la ciudad más grande de la península es Sebastopol que alberga la flota rusa del mar Negro.

... es un secreto a voces que el liderazgo ruso considera a Crimea como su propio territorio, el cual temporalmente se convirtió en parte de Ucrania por un error histórico (TERLIUK, 2009).

Así, la cuestión de la ampliación de las fronteras es una fuente de conflictos a la que se le ha prestado poca atención entre los conflictos regionales emergentes del siglo XXI en marcha y que puede estar en curso de colisión con los países circundantes y con la estabilidad del espacio euroasiático.

Resulta claro en la actualidad que el fortalecido Estado ruso no permitirá que sean las fuerzas del mercado en abstracto o los etéreos requerimientos de la globalización los que delimiten los espacios económicos o políticos sobre los cuales el Estado ruso pueda ejercer su influencia. Más bien, serán las consideraciones geopolíticas que tomen como punto de partida la supervivencia estatal, como obligación primaria de cualquier Estado, las que trazarán las nuevas líneas fronterizas rusas.

Producto del análisis de las circunstancias cambiantes en las últimas dos décadas, podemos vaticinar que fiel a los ciclos históricos de contracción-expansión de sus fronteras, el fortalecimiento interno de su Estado, y su resultante reposicionamiento internacional, harán que las fronteras internacionales de la Federación Rusa sufran cambios en el corto plazo. De hecho, la situación en Osetia del Sur y Abjasia es una clara evidencia de que un nuevo ciclo expansivo de las fronteras rusas se ha puesto en marcha. (AÑORVE: 2010: 36).

3.3.6. Actores no estatales

La participación de actores no estatales en los conflictos parecieran reflejar la realidad interna de la Federación y se suele categorizar como a) problemas internos, tales como las intervenciones de estos actores en la región del Cáucaso, b) aquellos de importancia regional externos a la Federación como Hamas, Hezbollah y c) los de alcance global: Al Qaeda. El componente religioso y étnico es referenciado en los estudios sobre seguridad, en tanto se considera que predominan las organizaciones radicales islámicas que no poseen los atributos necesarios de poder militar. A menudo quedaban fuera del análisis de la situación político-militar y militar-estratégico y luego del 11S se han multiplicado los trabajos relativos a este aspecto de los conflictos del siglo XXI (PANOV and MANEVYCH).

La literatura rusa considera que la emergencia de estos actores es consecuencia de la globalización. Así existe la tendencia al surgimiento de actores de diversa índole que confrontan con los Estados. Estos son fuentes de inseguridad y dan lugar a las guerras asimétricas fundamentalmente, por parte de los grupos terroristas. Estos conflictos vinculan a estos actores con el Estado de la Federación Rusa. En el marco del conflicto checheno, ya mencionado, en el intento de secesión de Chechenia se detectó la participación de la rama wahabista del extremismo islámico, apoyada y armada por ciertas fuerzas exteriores, principalmente de Arabia saudí, que establecieron una serie de bases en Chechenia y en Daghestán (TISHKOV: 2011).

Para enfrentar este conflicto denominado no tradicional, la Federación Rusa creó la Doctrina de Seguridad Nacional y la Doctrina Militar y ha buscado formas de cooperación militar tanto en la OCS como con otros países a fin de neutralizar dicha amenaza. Rusia tiene el interés de evitar la separación de Chechenia y así conservar el control sobre el territorio y las fronteras y terminar con el problema doméstico del terrorismo.

Otro conflicto que desestabiliza la región de la Federación es Afganistán y la lucha contra Al Qaeda, organización multinacional, con conexiones en todo el globo. Muchos de sus altos miembros son dirigentes de otras organizaciones islámicas extremistas y conforman una red que extiende sus tentáculos a todos los rincones del mundo (DIARIO EL PAÍS: 2011).

Basándose en los acuerdos internacionales es necesario colaborar eficientemente con los Estados extranjeros, sus órganos de protección del orden legal y servicios especiales, así como con las organizaciones internacionales llamadas a luchar contra el terrorismo. También se debe ampliamente aprovechar las experiencias internacionales de la lucha contra este fenómeno, ajustar un mecanismo coordinado de resistencia al terrorismo internacional, cortar seguramente los canales del tráfico ilegal de las armas del exterior (Doctrina de Seguridad de la Federación Rusa: 2002).

Para el gobierno y los expertos rusos, el terrorismo se ha convertido en la principal amenaza regional, puesto que existe influencia de

movimientos radicales islámicos de las zonas fronterizas de las repúblicas transcaucásicas y de Asia Central, que han llegado a las regiones con aspiraciones independentistas como Chechenia y Daguestán. Para Rusia el aumento del terrorismo afecta la estabilidad global y regional, por lo que considera que estos factores desestabilizadores deben ser combatidos. Por tal motivo, la Federación Rusa está de acuerdo con llevar a cabo una política exterior basada en soluciones conjuntas, en colaborar con los demás Estados en momentos de hostilidad para conseguir beneficios mutuos.

Cabe consignar que Afganistán es percibido como un foco de amenaza para su seguridad, debido a que de esta área provienen el terrorismo y el tráfico de drogas, este último considerado como fuente de financiación de los extremistas-separatistas. Entonces, a raíz de lo anterior, la Federación Rusa colabora con Estados Unidos para estabilizar, controlar e imponer la paz en esta región. Estos hechos se mostrarán más adelante en este trabajo.

Por otra parte, hacia el interior de la Federación, desde principios del nuevo siglo se observa una tendencia de la opinión pública a poner orden en el conflicto etno-nacionalista radical y sus violentas manifestaciones políticas. Algunas autonomías territoriales, como Buryacia, Chuvachia, Tatarstán y Yacucia están a favor de una política cultural más pluralista.

Los crecientes problemas de chovinismo, xenofobia y extremismo religioso sumados a la crisis financiera, los cambios caóticos en los gobiernos federales y la lucha por el poder y la privatización de los recursos dan lugar a tensiones sociales que son aprovechadas por las fuerzas ultranacionalistas incitando a activistas, que incluyen a cosacos y otros grupos chovinistas de la «gran Rusia», a adoptar posiciones antisemitas y antiinmigrantes (principalmente anti-caucásicos). Esto ha ocurrido sobre todo en las grandes ciudades, como Moscú, y en el sur de Rusia, donde la población sufría las incursiones de los chechenos, además de soportar la ola de refugiados. El chovinismo es un terreno fértil, donde los grupos ultranacionalistas y una parte de la oposición comunista comparten una causa común (TISHKOV: 2011).

No obstante, hay movimientos nacionales, que representan a ciertos grupos étnicos que impiden acuerdos interétnicos y obstaculizan los esfuerzos de las autoridades para lograr una salida a los conflictos. Es el caso de Osetia e Inguchia cuyas autoridades intentan paliar las consecuencias del conflicto entre los dos grupos y conseguir el retorno de los refugiados inguches.

El 13 de diciembre de 2010, como consecuencia de los graves disturbios ocurridos en Moscú y San Petersburgo, el presidente Dmitri Medvédev, calificó esa tendencia como “especialmente peligrosa” por instigar al odio por motivos raciales. Constituía una amenaza para la estabilidad del Estado y era necesario usar todos los medios legales para evitar los desórdenes. Si bien es cierto que se utilizó la fuerza policial para la represión el mensaje

apuntaba a la radicalización de grupos separatistas que se muestran activos en el interior de la Federación.

En cuanto a la incidencia de las nuevas tecnologías de información y comunicación (TICs), la Estrategia de seguridad nacional explicita claramente su vinculación con la seguridad nacional de la Federación: *“Los medios para asegurar la seguridad nacional”, la tecnología, así como hardware, software, lingüística, recursos legales, organizacionales, incluyendo los canales de telecomunicaciones utilizados en el sistema de seguridad nacional para la recopilación, ensamblaje, procesamiento, transmisión o recepción de información sobre el estado de la seguridad nacional y las medidas para fortalecerlo. (Estrategia de seguridad Nacional de la Federación Rusa hasta 2020, punto 6).*

Así, a medida que aumenta la dependencia respecto de las TIC en el plano mundial, también aumenta la vulnerabilidad a los ataques contra las infraestructuras esenciales a través del ciberespacio. Aunque las fronteras exactas de una “guerra cibernética” aún no están bien definidas, los considerables ataques contra la infraestructura de la información y los servicios de Internet que se han producido en la última década dan una idea de la posible forma y alcance de un conflicto en el ciberespacio. Los ataques producidos en Georgia se han asociado a una guerra cibernética (CLABURN:2008, DAVIS: 2007).

El rápido aumento de la dependencia respecto de las redes inteligentes y otros sistemas de control y supervisión basados en Internet, hace que los recursos de energía, transporte y defensa hayan quedado expuestos a los ataques de quienes desean causar estragos a los gobiernos y la población civil. Así pues, el aumento de la ciberseguridad y la protección de la infraestructura esencial de la información son dos aspectos fundamentales para la seguridad y la economía de cualquier país (TOURE: 2011:26).

Desde hace poco más de cuatro décadas, con el extraordinario desarrollo que han experimentado las telecomunicaciones y los sistemas de información, se ha modificado la capacidad de las naciones, grupos, organizaciones e incluso individuos para alterar la estabilidad de sus potenciales enemigos en otra dimensión: el ciberespacio. El riesgo y daños que pueden producir exceden en gran manera a los que provocan las armas convencionales, con el simple empleo de sistemas informáticos (Editorial de ARMY MAGAZINE MARCH 2011).

La Federación Rusa posee la Agencia Federal para Comunicaciones e Información del Gobierno (AFCIG) destinada a combatir las denominadas “armas de la información”. En la Doctrina Militar de la Federación, de 2000, se estableció como principal teatro de operaciones externo las “operaciones de información hostiles (técnicas o psicológicas) que amenacen la seguridad militar de la Federación Rusa y sus aliados” e interno a las operaciones tendientes a afectar los servicios de la infraestructura de información. Estas operaciones de información se refieren a la totalidad de los

efectos de información, ataques y batallas coordinadas en cualquier tiempo y lugar y conducidas de acuerdo a la unificación de un plan específico.

La invasión rusa de Georgia, en 2008, fue precedida por intensos ataques cibernéticos intentando interrumpir, desfigurar y reducir la infraestructura *online* gubernamental y civil georgiana. Estos ataques se convirtieron en un asalto masivo en vísperas de la invasión. Como resultado se bloquearon y se apoderaron de varias secciones del ciberespacio georgiano. Es así como la guerra de Georgia fue la incorporación de una nueva dimensión al campo militar en tanto fue el primer caso en que una invasión terrestre fue coordinada con una ciber ofensiva *online*. Demostrando el avance de la Federación Rusa en materia de revolución de asuntos militares.

Según varios expertos, La campaña ha sido reportada en los medios de comunicación con amplia cobertura, sugiriendo que fue un estallido espontáneo de sentimiento popular donde *hackers* independientes colaboraron con Rusia. Sin embargo, ... la ofensiva fue demasiado grande, coordinada y sofisticada para las posibilidades de lo que podrían hacer los *hackers* independientes, la evidencia conduce en gran parte a la Russian Business Network (RBN) en San Petersburgo, Rusia. Mientras que sólo una investigación penal puede probar la participación del Kremlin, expertos y comentaristas han acusado a Moscú de patrocinar los ataques ya que su magnitud requiere la participación de la clase de recursos sólo un estado patrocinador puede ofrecer (KIRK: 2008; KEIZER: 2008).

Varios servidores de las computadoras del Estado de Georgia han estado bajo control externo, ya que poco antes de la intervención armada de Rusia, que se inició el viernes, dejó las líneas en caos.

Mientras que el sitio web oficial de Mijail Saakashvili, el Presidente de Georgia, volvió a estar disponible, el sitio del gobierno central, así como las páginas web del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Defensa, se mantuvieron caídas. Algunos sitios comerciales también han sido hackeados.

El Gobierno de Georgia, dijo que la interrupción fue causada por los ataques llevados a cabo por Rusia en el marco del conflicto en curso entre los dos Estados sobre la provincia georgiana de Osetia del Sur.

En un comunicado difundido a través de un sitio web construido en reemplazo de bitácoras en el servicio de Google, el Ministerio georgiano de Relaciones Exteriores, dijo: "Una campaña de guerra cibernética de Rusia está interrumpiendo seriamente muchos sitios web georgianos, incluyendo el del Ministerio de Relaciones Exteriores" (SWAINE para The Telegraph, 11 de agosto de 2008).

Por otra parte, el diario New York Times señalaba al respecto:

En Georgia, las compañías de medios, comunicaciones y transporte también fueron atacadas, de acuerdo con los investigadores de seguridad.

Shadowserver vio el ataque contra la propagación de Georgia a las computadoras en todo el gobierno después de que tropas rusas entraron en la provincia georgiana de Osetia del Sur. La página web del Banco Nacional de Georgia fue desfigurada. Las imágenes de los dictadores del siglo XX, incluyendo la imagen del presidente de Georgia, Mijail Saakashvili, se colocaron en el sitio. “¿Podría ser esto de alguna manera la acción indirecta de Rusia? Si, pero teniendo en cuenta el pasado de Rusia hubiera podido utilizar bombas reales, que podrían haber atacado objetivos más estratégicos o eliminado la infraestructura cinética”, dijo Gadi Evron, experto de la red de seguridad de Israel. “La naturaleza de lo que está pasando no está clara” (MARKOFF para el diario New York Times, 12 de agosto de 2008).

Krebs, periodista del Washington Post, señalaba que el Forum de Hackers rusos impulsaron los cyberataques a Georgia. Un mes antes fueron acusados de un ataque similar al gobierno lituano.

En el relato de ese ataque Fix Security me envió una copia de una carta de felicitación enviada a los hackers nacionalistas rusos por Nikolai Kuryanovich, un ex miembro de la Duma rusa. La misiva tiene fecha de marzo de 2006, y consignaba las direcciones de los hackers del grupo Unión Eslava después de que el grupo terminara una serie de ataques exitosos contra los sitios web israelíes.

“En un futuro cercano muchos conflictos futuros no se llevarán a cabo en el campo abierto de batalla, sino en los espacios en Internet, luchando con la ayuda de los soldados de la información, es decir, los hackers informáticos”, escribió Kuryanovich. “Esto significa que una pequeña fuerza de hackers informáticos es más fuerte que la fuerza de varios miles de soldados de las actuales fuerzas armadas” (KREBS para Washington Post, 16 de octubre de 2008).

Conclusiones

Los conflictos del siglo XXI de carácter geopolítico, étnico, religioso y otros interactúan y se retroalimentan dando lugar a frecuentes conflictos armados.

Debido a los cambios fundamentales en el escenario nacional e internacional, las potencias regionales intentan lidiar con los conflictos, en curso o a futuro, implementando estrategias, señaladas como defensivas. En el caso de las potencias regionales bajo estudio se puede señalar como conclusión que:

a) Los conflictos e inestabilidades del espacio euroasiático vinculan a la RPCH y la Federación Rusa en orden a lidiar de manera cooperativa. Esto ha provocado el cierre de conflictos de índole fronterizo entre ambas potencias y su participación en la Organización de Cooperación de Shanghái en una suerte de “*entente cordiale*” que tiene tres consecuencias: a) el cierre del conflicto sino-ruso, b) la lucha contra el terrorismo y la

delincuencia internacional que desestabilizan sus espacios geopolíticos y c) fija un límite a la OTAN y al “entrismo norteamericano” en sus áreas de influencia.

De todas maneras el enorme desequilibrio demográfico entre el oriente ruso y el nordeste chino pueden plantear conflictos que afectarían a la soberanía de la Federación. Esto se advierte en el aumento de los ejercicios militares rusos en la región a fin de “aumentar su capacidad de reacción en zonas remotas del lejano oriente”.

b) China tiene tres frentes de conflictos que afectan la integridad territorial y su soberanía: el separatismo de: Taiwán, Turkestán Oriental y Tíbet. Estos conflictos, sobre todo los dos primeros que adquirieron notoriedad internacional, los considera problemas internos e innegociables porque son de integridad territorial.

Tiene inestabilidades internas por acciones de grupos etnonacionalistas y religiosos concentrados en Xinjiang donde la población uigur reivindica su autonomía. El problema se agrava por la migración de otras etnias, como las que están cambiando la composición étnica de los uigurs y la de grupos radicalizados islámicos que son portadores de activistas terroristas en la región.

Finalmente, hay conflictos que surgen con el desarrollo tecnológico informacional como medios de actividades que atentan contra la seguridad nacional de la RPCH. Esta percepción del gobierno chino ha tenido trascendencia internacional con motivo del bloqueo de redes sociales.

c) La Federación Rusa percibe conflictos de índole territorial en la Región del Cáucaso, la extensión de las fronteras a las regiones periféricas donde existen “poblaciones rusas o rusificadas” producto de la descomposición de la URSS. Por otro lado, como consecuencia de la política de ampliación de fronteras ha abierto el conflictivo camino al Ártico.

Contiene en su interior conflictos etnonacionalistas y religiosos vinculados, fundamentalmente, al conflicto del Cáucaso que detonaron en varias oportunidades a raíz de ataques terroristas como el del metro de Berlín.

Finalmente, la existencia de la red y la incorporación del ciberespacio como nuevas dimensiones de la seguridad nacional ha provocado nuevos frentes de conflictos como en el caso de la RPCH.

Teniendo en cuenta lo dicho se puede concluir que:

Tanto la RPCH como la Federación Rusa, a través del análisis de sus documentos de Defensa Nacional, mantienen vigentes el concepto estado céntrico en clave realista, centrados en una tradición geopolítica a partir de la cual identifican sus conflictos o “amenazas” en función de los intereses nacionales con proyección regional.

Entre las dos potencias bajo análisis existen conflictos nacionales que se anudan con otros regionales a través de actores no estatales y el

efecto desestabilizador de Afganistán. Si bien es improbable un conflicto armado al estilo clásico entre los actores estatales, sobre todo entre las potencias, la urdiembre de actores, conflictos y medios que retroalimentan la violencia en la región euroasiática pueden desencadenar y complicar la estabilidad regional obligando a actuar a las potencias *ad intra* y *ad extra* de sus espacios nacionales. Esta proyección devenida en regional tiene directa incidencia en la estabilidad del sistema internacional. La existencia de un foco desestabilizador externo, Afganistán añade complejidad y incertidumbre y demuestra las características que asumen los conflictos en el siglo XXI.

Recomendación

Una manera de abordar los complejos conflictos internacionales es hacerlo desde la perspectiva regional.

Lo anterior surge del convencimiento que la globalización implica la regionalización y los bloques. La dinámica de los bloques regionales ha potenciado el surgimiento de potencias regionales, esas potencias siguen pujando por adquirir poder para “multipolarizar” el sistema internacional. Tanto los gobernantes de la RPCH como los de la Federación Rusa han dejado en claro que la multipolaridad es el reaseguro de la estabilidad internacional. Pero lo que parece no tenerse en cuenta es que tal apreciación no es consistente con la historia, ya que polaridad y estabilidad no tienen un vínculo inequívoco. Los que sí se puede sugerir es que la aparición de potencias regionales generen estudios de conflictos internacionales de característica regional, atento a que muchos de esos conflictos nacen y evolucionan en función de la existencia de centros de poder regional. Aún más, la existencia de dos poderes en una región como la asiática genera instancias de cooperación bilateral o multilateral que no están exentas de instancias de confrontación o desconfianza entre los dos socios mayores.

Finalmente, regionalizar el estudio de los conflictos puede ser una manera práctica para poder establecer las categorías analíticas que permitan desentrañar la naturaleza de los conflictos en el primer decenio del siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTONENKO, Oksana, *Russia's Foreign and Security Policy in Central Asia: The Regional Perspective Programme*, IISS 2011.
- BAUTZMANN, A., *Les Etats Unis et l'espace exogéographique*. EHESS- IRPES. Paris, 2001.
- BÉDAR, S., *Infodominance et globalisation*. EHESS-CIRPES. Paris, 2002
- , *L'asymétrie comme paradigme central de la stratégie américaine*. EHESS. CIRPES. Paris, 2001.

- CHESTERIAN, V., *Del Golfo a la China, conflictos de alto riesgo. Mapas de juegos de guerra*. Le Monde Diplomatique (edición chilena). Santiago, noviembre 2001.
- CORRELL, DAVID CORRELL, *Caspian Sea region*. August 19, 2003 <http://www.eia.doe.gov/emeu/cabs/caspian.html>
- CRISSANT, MICHAEL, *EEUU intereses en la Cuenca del Mar Caspio*. Routledge. 2011.
- FEDOSEEV, *Modern Military Conflictology about Military Security: Problems and Prospects*. Kazakhstan Institute of Strategic Studies, 2005), <http://www.kisi.kz/img/docs/1267.pdf>.
- KLARE, MICHAEL, *La nueva geografía de los conflictos internacionales*. Foreign Affairs en Español, Verano 2001.
- HERMANN, CHARLES; JACOBSON, HAROLD K. and MOFFAT, ANNE S., (Editors) *Violent Conflict in the 21st Century. Causes, Instruments and Mitigation*. American Academy of Arts & Sciences, Midwest Center Chicago, IL 1997.
- JENNINGS, P., *Geopolitics and World Order*. Business Council of Australia. Camberra, 2004.
- JIE MIAN, Y., *Revisit International Cooperation on counter-terrorism: applying and transcending Geopolitics*. Shanghai Institute for International Studies. Beijing, 2002.
- KUMAR, D., *Asia's Changing Geopolitics*. Jerusalem Institute for Western Defence. Jerusalem, 2002.
- PANARIN, ALEKSANDR, *Strategic Instability of the XXI Century*. [Moscow' Magazine], 2002, http://www.patriotica.ru/actual/panar_strategy.html
- PANOV and MANEVYCH, *Military Conflicts on the Eve of 2030 (Part 1)*, 2008, <http://pentagonus.ucoz.ru/publ/19-1-0-563>.
- RUIZ GONZÁLEZ, FRANCISCO, *La Organización de Cooperación de Shanghai en su X aniversario*. Instituto Español de Estudios Estratégicos 018/2011, 28 de junio de 2011.
- SLIPCHENKO, VLADIMIR, *Sixth Generation Wars: Armaments and Military Art in the Future* (Veche, 2002), <http://lib.rus.ec/b/52435/read>
- VLADIMIROV, ed., *The XXI Century - Challenges and Threats*. Moskva: Inoktavo, 2005, <http://www.mchs.gov.ru/mchs/library/38.pdf>.
- WANG YI, *Trends in Sino-Japanese Relations and the Challenges ahead for Asia*. Institute for the Study of Diplomacy. Beijing, 2003.

Documentos:

- China's National Defense in 2010*. http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2011-03/31/c_13806851.htm
- Russia's National Security Strategy to 2020*. <http://www.scrf.gov.ru/documents/99.html>

Diarios:

The Telegraph, 11 de agosto de 2008.

New York Times, 12 de agosto de 2008.

El País: varios.

El Mundo: varios.

Algunas Preguntas:

- ¿Cuáles son las principales causas en los conflictos del siglo XXI?
- ¿Qué conflictos pueden caracterizarse como regionales por la existencia de potencias o poderes relevantes?
- ¿Cómo la relación de las grandes y pequeñas potencias puede generar desestabilización y conflictos en un espacio regional?
- ¿Cómo el desarrollo del patrón tecnológico impacta en los conflictos, fundamentalmente en el ciberespacio como medio de potenciación de conflictos tanto por actores estatales como no estatales?
- Un aspecto importante para profundizar la cuestión de los nuevos conflictos es indagar sobre el uso del ciberespacio, como sistemas de TICs en cuanto a redes e información contenidas dentro de sistemas y redes tanto en línea como sin conexión. Esto en tanto la capacidad que tienen los actores estatales o no estatales para producir ataques a dichos sistemas.

Nota:

Por la complejidad, la incertidumbre, la interdependencia y la letalidad de los conflictos pareciera que hay una importante oportunidad de contribuir a la generación de un marco más sofisticado de estudio, en esa materia particular, creando supuestos metodológicos y nuevos modos de investigación en materia de conflictos internacionales y de seguridad internacional a once años de iniciado el siglo XXI.

SECCIÓN
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

BLANCA

**XXIII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
"JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER"**

Sección Derecho de la Integración

**MERCOSUR: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVA A 20 AÑOS
DE LA FIRMA DEL TRATADO DE ASUNCIÓN.
REFERENCIA A LA REGIÓN LITORAL**

*MERCOSUR: EVOLUTION AND PROSPECTIVE TO 20 YEARS
AFTER SIGNING ASUNCION TREATY. SPECIAL REFERENCE TO
THE LITORAL REGION*

*Relatora: Liliana BERTONI **

RESUMEN

Poder contar con un diagnóstico situacional del Mercosur a veinte años de su creación implica rescatar muchos aspectos que contribuyeron en el pasado y otros que de aquí en más podrían contribuir a convertir en suma positiva el futuro desarrollo del proceso integrador. Con este propósito el presente trabajo aportará indicadores para la profundización del análisis.

PALABRAS CLAVES

Integración Regional, Mercosur, evolución, perspectiva.

* Abogada. Universidad de Buenos Aires, profesora de esa Casa de Estudios. Investigadora especialista en temas de integración Regional. Miembro titular AADI. mail: lilianabertoni@fibertel.com.ar

ABSTRACT

Having a situational diagnosis of Mercosur 20 years after its creation means to rescue many aspects that contributed in the past and others that, from now on, could contribute towards the future development of the integration process. To this end, this work will include indicators for a further analysis of the topic.

KEY WORDS

Regional Integration, MERCOSUR, evolution, perspective.

SUMARIO

Introducción. **I.** Antecedentes del proceso integrador. El regionalismo y la regionalización, su incidencia en la creación del MERCOSUR. **II.** Evolución del Proceso integrador en si mismo **III.** Algunas consideraciones sobre los logros del proceso integrador. **III. a.-** Los procesos integradores de los años 90. **III.b.-** Avances y logros jurídicos-institucionales del MERCOSUR. **IV.** Agenda Exterior Común. **IV.a.-** La relación con los países latinoamericanos. **IV.b.-** MERCOSUR/Cuba. **IV.c.-** Las Relaciones con América del Norte. **IV.d.-** Relaciones con otros esquemas integrados. **IV.e.-** Relaciones a través del Atlántico. **IV.f.-** MERCOSUR/Israel. **IV.g.-** MERCOSUR /Egipto. **IV.h.-** MERCOSUR/SACU. **IV.i.-** MERCOSUR/India. **IV.j.-** MERCOSUR/Marruecos. **V.** Consideraciones Finales.

Introducción

Cuando decidimos analizar la evolución y perspectiva de algo implica por una parte, atender al desarrollo o transformación de las cosas y atender las distintas circunstancias que provocaron que ellas pasaran súbita o gradualmente de un estado a otro, pero por otra parte significa también mirar hacia delante y evaluar cuáles serán las consecuencias de esos cambios.

La evolución, tanto en la esfera biológica como en la cultural, se mueve simultáneamente en dos direcciones:

Por una parte, se genera diversidad a través de la modificación adaptativa:

Es decir, surgen nuevas formas diversas, que son diferentes de las anteriores.

Y por otra parte, la evolución genera el progreso:

Es decir, surgen formas superiores que derivan de y superan a las inferiores.

La primera de estas direcciones es la evolución específica y la segunda, la evolución general. Pero es importante recordar que la evolución específica y la general no son dos realidades diferentes; sólo representan dos aspectos de un mismo proceso de cambio. En otras palabras representan dos contextos en los que podemos ubicar los mismos sucesos y elementos evolutivos. Cualquier cambio dado en la forma de vida o en la cultura puede ser visto tanto desde la perspectiva de la adaptación, como desde el punto de vista del progreso general.

Realizar un análisis de los veinte años de vida del MERCOSUR y conocer su evolución y perspectiva significa atender sin excepción todas las variables, porque evolucionar es moverse en la dirección de un creciente uso de los recursos disponibles que permiten el incremento de esa transformación.

Por supuesto, ello excedería las dimensiones del presente relato con lo cual este trabajo se avocará a considerar algunos de los puntos que a mi entender han sido significativos en la evolución del proceso de integración iniciado por estos cuatro países del Cono Sur de América.

En este sentido celebro la participación de los distintos ponentes cuyos trabajos presentados en la Sección de Derecho de la Integración y sus intervenciones en el grupo de trabajo de la Sección, permitieron ampliar las opciones de análisis y contribuyeron a una mejor evaluación de la evolución y perspectiva del proceso integrador en estudio.

I. Antecedentes del proceso integrador

El regionalismo y la regionalización, su incidencia en la creación del MERCOSUR

Conocer la evolución del proceso de integración regional MERCOSUR iniciado por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay implica analizar un extenso periodo de tiempo, que sin duda nos llevaría a analizar las circunstancias atravesadas por el continente americano en los tiempos de la conquista.

Deberíamos, por una parte, observarlo desde la historia intelectual que revela el aporte de los historiadores y compiladores de los distintos hechos históricos que contribuyeron a formar el continente americano y que incidieron en la formación de cada uno de estos países, pero además deberíamos evaluar este proceso desde la "Historia de las ideas" porque ella nos pone frente a la existencia de una "Idea de América"¹ que ideológi-

¹ Se conoce como Historia de las ideas a la disciplina que estudia la evolución del pensamiento de la humanidad a través de sus culturas. Emparentada con la historiografía y la sociología del conocimiento, es una disciplina que engloba la Historia del Humanismo, de la Filosofía, de la Ciencia, del Arte, de la Religión, de la Literatura y de las disciplinas que como la Antropología cultural o la Historiografía revelan el espíritu de la humanidad a través de cosmovisiones integradoras.

camente se sostuvo en patrones de unidad, pero a pesar de ellos, la percepción y la realidad nos han demostrado que esta "Idea de América" tuvo desde siempre un carácter dual.

Con esto, quiero decir que existió, desde un principio, una diferencia sustancial entre la colonización del norte y el sur de América, la colonización anglosajona se diferenció de la del sur por varias razones, pero principalmente porque esta última protagonizó una nueva división de América, la América Lusitana y la América Hispana.

A partir de allí encontramos asimetrías y marcadas diferencias, que persisten hasta nuestros días y han guiado el comportamiento profundamente diferenciado entre los dos socios mayoritarios del MERCOSUR.

Dejando en claro la importancia de estos antecedentes y teniendo en cuenta la necesidad de acotar el análisis, comenzaré con los más destacados acontecimientos de las últimas décadas del siglo pasado que, poco a poco, contribuyeron a conformar un espacio de actuación común en el Cono Sur de América.

En este análisis resulta entonces significativo comenzar por los últimos años de la década del 70 cuando los primeros acercamientos entre Argentina y Brasil impulsaron el proceso de cooperación en la Región.

Proceso que conjuntamente con la evolución general producida en la década del 80 en la mayoría de los países latinoamericanos respecto del asentamiento definitivo de las instituciones democráticas, impulsó desde los ámbitos nacionales de cada uno de los Estados una importante modificación adaptativa para acompañar esta nueva circunstancia político institucional.

Argentina y Brasil, desde la visión estratégica de sus presidentes, superaron rivalidades ancestrales y comenzaron por aplicar políticas de cooperación en los distintos ámbitos que comprendían sus relaciones bilaterales, que por ese entonces no eran demasiado amplias ni fuertemente consolidadas.

A partir de esta nueva óptica, la cooperación entre ambos países logró extenderse al plano económico propiamente dicho en la búsqueda de fortalecer un proceso de integración más profundo que permitiese mejorar las economías nacionales desde la actuación conjunta.

En el año 1985, la inauguración del puente Tancredo Neves significó un hito importante para la integración física entre ambos países, sobre todo porque Argentina y Brasil, de la misma manera que muchos de los países latinoamericanos a través del tiempo y en sucesivas oportunidades, intentaron y proyectaron una integración en el continente sin considerar los impedimentos físicos para poder concretarla.

Reconocer la existencia de extensos ríos, de cadenas cordilleranas y amplias superficies territoriales que necesitan ser atravesadas y recorridas por personas y mercaderías y trabajar en consecuencia, significa dar un

paso certero en los caminos de la integración económica y ello constituyó un rasgo distintivo de las nuevas integraciones posnoventa donde integración económica, desarrollo e infraestructura comenzaron a ser elementos complementarios de los nuevos proyectos iniciados.

La infraestructura comprendida con carácter amplio encuentra en el espacio territorial un soporte físico que permite incrementar los intercambios que conducen a promover el desarrollo. Consecuentemente, la relación existente entre la infraestructura y el desarrollo regional nos dice que las zonas o países con mayor infraestructura tienen mayor desarrollo económico, es decir que en la medida que los Estados inviertan en la realización de obras de infraestructura, las zonas de menor evolución se convertirán en importantes polos de progreso y desarrollo desde los inicios mismos de las obras que deberán, sin lugar a dudas, contar con una importante infraestructura de servicios que permita sostener este desarrollo.

La inauguración del Puente Tancredo Neves o Puente de la Fraternidad no sólo representó un hito importante para la integración física, sustancial para los intercambios sino que logró también consolidar las relaciones iniciadas por Alfonsín y Sarney quienes, reunidos en Iguazú firmaron lo que se conoció como el "Acta de Iguazú" en la que reafirmaron la voluntad de ambos países respecto de acelerar y profundizar el proceso de cooperación para poder iniciar el camino hacia una integración binacional.

A los sucesivos acontecimientos y actos impulsados desde los gobiernos nacionales durante la década del 80 por parte de cada uno de los países participantes en las negociaciones en pos de un proceso integrador, debemos agregar y destacar otros actos y acontecimientos que también contribuyeron a la evolución de los proyectos iniciados.

En este sentido resulta importante destacar las actuaciones realizadas desde los gobiernos locales y muy particularmente las realizadas desde las provincias del Noreste Argentino: Corrientes, Chaco, Misiones, y Formosa que conjuntamente con las litoraleñas Santa Fe y Entre Ríos, fueron precursoras en la creación de procesos de integración regional en el Cono Sur de América.

Estas provincias, encontrándose ante la necesidad de resolver problemas comunes y sumar esfuerzos para lograr un mayor protagonismo en las cuestiones nacionales referentes al comercio exterior, en el año 1983 crearon la Comisión Regional de Comercio Exterior del NEA-LITORAL denominada como CRECENEA-LITORAL.

Los múltiples encuentros y reuniones, realizados en el seno de esta organización regional, lograron que dentro del marco del Programa de Integración y Cooperación Económica, entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil se firmase un compromiso concreto de trabajo conjunto. Este compromiso permitió el establecimiento gradual y equilibrado de un espacio económico ampliado entre ambos países, impulsando la participación activa de la región de fronteras entre Argentina y Brasil.

En el año 1989, la firma del Protocolo Regional Fronterizo N° 23 reconoció que la frontera entre ambos países es una de las áreas donde se integran las fuerzas sociales y económicas, las que adecuadamente coordinadas pueden optimizar la utilización de recursos y favorecer el desarrollo de ambos países.

En este sentido, el Protocolo otorgó un marco institucional a CRECENEA LITORAL y permitió incorporar en este esfuerzo a los productivos y ya organizados Estados del sur de Brasil que desde el Consejo de Desarrollo del Sul, el CODESUL, sumaban acciones conjuntas de los Estados de Mato Grosso do Sul, Paraná, Río Grande do Sul y Santa Catarina.

Las propuestas de trabajo incluidas en el Protocolo N° 23 fueron amplias y se desarrollaron a través de Grupos de Trabajo Permanentes, que permitieron delimitar temas fundamentales y básicos para lograr una activa y organizada integración fronteriza que pudiera sentar las bases de una futura integración entre ambos países. La infraestructura, la salud, la cultura, la educación, el turismo, el medio ambiente, la ciencia y la tecnología, así como la cooperación técnica y la seguridad fueron considerados temas prioritarios a ser desarrollados por cada uno de los Grupos de Trabajo que sumados a la tarea realizada desde la Coordinación Ejecutiva permitieron un acercamiento efectivo de ambas regiones.

Es por ello que es dable destacar que este proceso de Regionalización² permitió el trabajo conjunto y efectivizó la cooperación regional entre dos importantes Regiones en las que se encontraban representadas relevantes provincias argentinas integrantes de la Comisión Regional de Comercio Exterior del NEA-LITORAL y también los productivos Estados brasileños integrantes del CODESUL-FORUM SUL. Un claro ejemplo de cooperación regional impulsado por los sectores productivos y gobiernos locales cercanos a la problemática que diariamente debe ser resuelta con celeridad. Logros que en su momento fueron reconocidos y acompañados por los Ministerios de Relaciones Exteriores tanto de la República Argentina como de la República Federativa de Brasil, aunque con posterioridad no hayan sido capitalizados como experiencias positivas que concretamente pusieron en marcha la integración regional entre Argentina y Brasil.

El comienzo de la década del 90 encontró a ambos países inmersos en un proceso de cooperación regional y convencidos de los beneficios que aportaría una futura integración económica. Bajo estos conceptos concretan la firma del "Acta de Buenos Aires" con un objetivo económico claro a seguir: el establecimiento y consolidación de un Mercado Común para cuyo fin crearon un Grupo de Trabajo que contribuyera a la concreción del Proyecto.

² Regionalización, entendida como la formación de regiones internas dentro del proceso de regionalismo iniciado desde los gobiernos nacionales.

Siguiendo la rápida y eficaz evolución del Proyecto conjunto de Argentina y Brasil las vecinas Repúblicas de Uruguay y Paraguay mostraron interés en sumarse. Y al año siguiente, 1991, la firma del Tratado de Asunción tradujo la voluntad y decisión política de los cuatro países de integrarse económicamente, considerando que la ampliación de los mercados nacionales constituiría una condición fundamental para acelerar el proceso de desarrollo de sus países.

II.- Evolución del Proceso integrador en sí mismo

El proceso de integración MERCOSUR como todos los procesos que persiguen una integración profunda, transitó por distintos periodos:

- Algunos de gran auge y avance en las negociaciones y otros de mayor o menor cumplimiento de lo acordado.
- A los que se suman en algunos casos breves y en otros más extendidos periodos de estancamiento que, de no contar con los instrumentos y la voluntad política para superarlos, pueden derivar en una crisis difícil o imposible de superar.

En el caso particular del MERCOSUR, desde su puesta en funcionamiento hasta el año 1995, a pesar de no haber llegado en el término establecido a constituirse el Mercado Común cuya fecha de constitución era diciembre de 1994.

Se pudo, en esta primera etapa verificar un crecimiento dinámico y sostenido, tanto en la faz comercial como en lo jurídico-institucional. Así lo demostraron la serie de documentos fundamentales firmados durante este periodo³.

Sin embargo, después de este primer período exitoso, en los dos años siguientes no pudo avanzarse en la coordinación y armonización de políticas macroeconómicas y a pesar que los flujos de comercio crecían, fue notoria la persistencia y aparición de barreras arancelarias y pararancelarias que, junto con ayudas estatales otorgadas a los sectores sensibles de las economías nacionales alejaron a los Estados del cumplimiento de lo consensuado.

A partir del año 1998 aumentó el grado de politización del esquema, politización entendida como el aumento de la opinión diferenciada sobre

³ Marzo 1991 firma del Tratado de Asunción, entró en vigor en noviembre de ese mismo año. En diciembre de 1991 la evolución general del proceso integrador permite superar la forma simple del sistema de solución de controversias establecido en el Anexo III del TA firmando el «Protocolo de Brasilia». Tres años después el «Protocolo de Ouro Preto» sobre estructura institucional del Mercosur que entra en vigencia en diciembre de 1995 fortalece el organigrama institucional y da un paso importante al constituir como órgano a la Comisión de Comercio del MERCOSUR que se ocupará específicamente de agilizar los temas comerciales, tarea básica para el avance del proceso iniciado.

aquello acordado como de interés común, que en gran medida impulsó el aumento del grado de incumplimiento de lo acordado y ello produjo un notable incremento de la litigiosidad.

Esta situación llevó a que de aquí en adelante el MERCOSUR entrase en una etapa de estancamiento provocada fundamentalmente por los constantes desacuerdos entre los Estados Partes respecto de la administración de la política comercial intrazona. Cuestiones que hoy en día pocas son las que pudieron evolucionar en forma positiva y persistentemente rodean las relaciones comerciales en el MERCOSUR sin poder resolverse⁴.

Los desacuerdos comerciales producidos en esta etapa tuvieron una base cierta y comenzaron a surgir principalmente ante la situación económica nacional de las dos economías de mayor tamaño dentro del MERCOSUR. Tanto Argentina como Brasil, por primera vez desde el año 1991, experimentaron una convergencia de crecimiento negativo, una recesión en sus órdenes nacionales al mismo tiempo. Consecuencia de ello, ambos países priorizaron sus intereses particulares por sobre los acuerdos comunes. Y ello significó que en el año 1999 el MERCOSUR comenzara a transitar por un período de crisis no sólo económica sino de credibilidad. Esta crisis motivó constantes comentarios adversos sobre la continuidad del esquema integrado. Se llegó a poner en duda el objeto buscado al momento de integrarse, pensándose en abandonar la evolución lógica de todo proceso de integración en camino de constituir un Mercado Común y limitar la integración cuando ésta hubiese llegado a concretar una zona de libre comercio entre los países partes.

Como todos sabemos el año 1999 se conoció como aquel en que se reunió el primer Tribunal Arbitral del MERCOSUR, y muchos lo interpretaron como el año en que se puso en funcionamiento el sistema de solución de controversias del MERCOSUR.

Afirmación que no resulta totalmente cierta, ya que el sistema implementado en el MERCOSUR para dar solución a las controversias entre los Estados Partes cuenta con varias etapas a cumplirse para dar solución definitiva a la misma.

A mi entender, lo sucedido en aquel momento fue que el sistema de solución de controversias implementado no escapó a la situación de crisis planteada a partir del año 1999. Consecuencia de ello, las negociaciones directas, los acercamientos intergubernamentales, los pedidos de aclaratorias o consultas ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR ya no

⁴ Aplicación de licencias no automáticas a las importaciones/exportaciones. Aplicación de cupos de importación. Cláusulas de salvaguardia. Son entre otros instrumentos de política comercial irresueltos y sin una legislación firme que permita superar los problemas que provocan en los intercambios y en las relaciones comerciales intrazonales.

fueron suficientes y se convocó por primera vez la constitución de un Tribunal *Ad-hoc* para resolver una controversia que no pudo ser resuelta en las etapas anteriores.

Terminada esta breve reseña sobre la evolución del MERCOSUR en sus primeros diez años, los que poco a poco fueron definiendo la impronta que los Estados Partes quisieron otorgar al desarrollo y prosecución del esquema integrado, podría sostenerse que estos años iniciales fueron fundamentales no sólo para definir la evolución política, jurídica institucional y el rumbo comercial del grupo de países económicamente integrados, sino que constituyeron además una base firme sobre la cual el proyecto inicial bien o mal, con mayor o menor énfasis, logró proseguir y ser impulsado en perspectiva hacia una posterior evolución.

Cuando las negociaciones comerciales sufrieron un estancamiento y no presentaban buenas perspectivas hacia el futuro, los Estados Partes pusieron énfasis en el fortalecimiento de otras áreas que pudiesen contribuir a sostener e incrementar la base creada. De esta manera la búsqueda de una continuidad hizo que el MERCOSUR en su segundo decenio se enfocara a recomponer áreas que fueron desatendidas y que ante el estancamiento comercial comenzaron a presentarse como promisorias para fortalecer lo actuado.

De esta manera, el MERCOSUR comenzó a expandirse mas allá de las elites políticas y académicas tratando de incorporar la participación del ciudadano común en sus distintos roles. Por una parte los distintos Grupos de interés se vieron representados en el Programa conocido como el MERCOSUR Social y por otra se buscó ampliar la integración del sector empresarial incentivando el incremento de la competitividad de los sectores productivos. En esta línea de trabajo se aprobó la Decisión CMC N° 12/0 con un "Programa de Integración Productiva del MERCOSUR"⁵, cuyo objetivo central fue el fortalecimiento de la complementariedad productiva de empresas del MERCOSUR y, especialmente, la integración en las cadenas productivas de Pymes y de las empresas de los países de menor tamaño económico relativo.

La búsqueda de una distribución equitativa de los beneficios económicos y comerciales que la integración proporciona a cada Estado Partes impulsó la creación de un Fondo para la Convergencia Estructural del

⁵ El Programa contiene siete líneas de acción a nivel horizontal: la cooperación entre los organismos vinculados al desarrollo empresarial y productivo, la complementación en investigación, desarrollo y transferencia de tecnología, la formación de recursos humanos, la articulación con otras instancias del Mercosur, la generación de información y su procesamiento, la articulación de medidas de facilitación del comercio, y el financiamiento, entre otras acciones que se decidan. A nivel sectorial, el Programa prevé el desarrollo de los foros de competitividad y de iniciativas de integración.

MERCOSUR (FOCEM)⁶. La aprobación de la Decisión CMC N° 45/ 04 destinada a financiar programas para promover la convergencia estructural, desarrollar la competitividad y promover la cohesión social, en particular de las economías menores y regiones menos desarrolladas, así como apoyar el funcionamiento de la estructura institucional y el fortalecimiento del proceso de integración, fue el primer paso para que luego en el año 2005 la Decisión 18/05 pudiera disponer la integración y funcionamiento de ese Fondo que persigue la disminución de las condiciones de asimetrías existentes entre las diferentes regiones del MERCOSUR, de la misma manera que garantizar que los beneficios resultantes de la ampliación de los mercados sean plenamente aprovechados por todos los Estados.

Uno de los logros importantes del proceso de integración en esta, podríamos decir, segunda etapa, fue la creación de un órgano parlamentario dentro del organigrama institucional. Muchos critican las competencias acotadas que este órgano tiene dentro del MERCOSUR que se limitan por una parte sólo a *“emitir declaraciones, recomendaciones e informes sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración”*, es decir, actos no vinculantes, caracterizados por la carencia de obligatoriedad, y por otra a *“proponer proyectos de normas Mercosur al Consejo del Mercado Común, el que deberá informar semestralmente sobre su tratamiento”*. Sin agregar una capacidad distinta mas que de apoyo y consultiva se suma la capacidad de *“elaborar estudios y anteproyectos de normas nacionales, orientados a la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados Partes, los que luego serán comunicados a los Parlamentos nacionales a los efectos de su eventual consideración”*. Más allá de los comentarios adversos, debemos considerar que las competencias otorgadas al Parlamento del MERCOSUR no difieren ni modifican las capacidades que tienen los otros órganos, algunos de carácter consultivo y otros con mayores poderes de ejecutividad pero todos de características intergubernamentales con la toma de decisiones acotada al consenso otorgado por los Estados Partes.

III.- Algunas consideraciones sobre los logros del proceso integrador

III. a.- Los procesos de integración de los años 90

Como vemos, evaluar el MERCOSUR hoy significa hablar de éxitos y de fracasos, de negociaciones en movimiento y de periodos de grandes

⁶ El FOCEM financia proyectos encuadrados en el marco de Programas de convergencia estructural, de desarrollo de la competitividad, de cohesión social, de fortalecimiento de la estructura institucional y del proceso de integración, Durante los primeros años de funcionamiento del Fondo los proyectos a financiar priorizaron el Programa I. Los proyectos dentro de este programa contribuyeron al desarrollo y ajuste estructural de las economías menores y regiones menos desarrolladas, incluyendo el mejoramiento de los sistemas de integración fronteriza y de los sistemas de comunicación en general.

cambios políticos y económicos en la Región y en las esferas nacionales de los cuatro Estados Partes comprometidos en este esquema de integración regional que nació bajo el entusiasmo y la evolución general producida en la década de los noventa.

El MERCOSUR, como todos los procesos de integración surgidos a comienzos de la década del noventa se proyectó partiendo de una visión renovada y mucho más abierta del regionalismo. Por esos años, los países latinoamericanos centraron su estrategia nacional en alcanzar la estabilidad macroeconómica apuntando a la eliminación de los elementos básicos del modelo de desarrollo proteccionista para lograr la apertura de sus economías nacionales y participar de los beneficios potenciales que ofrecía el comercio global conjuntamente con la gran movilidad del mercado financiero.

Con este propósito, los Estados se vieron inmersos en la adopción de políticas de disciplina fiscal, liberalización del comercio, desregulación de mercados domésticos y privatizaciones de empresas públicas, medidas que conformaron un contexto muy particular en el cual las integraciones entre países, consolidadas en esa década, tuvieron un perfil muy diferente de las iniciadas con anterioridad en la Región.

El objetivo de estos nuevos proyectos de integración económica se alejó de la exclusiva búsqueda del desarrollo de los países y encontró un denominador común que fue mejorar el acceso a los mercados para lograr una mejor y mayor distribución de los productos de intercambio desde una plataforma de inserción conjunta.

Propósito recogido expresamente en el Preámbulo del Tratado de Asunción donde los Estados expresan que “la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos”, es uno de los elementos que guía esta integración, teniendo en mira poder lograr una “adecuada inserción internacional de los países firmantes”.

III. b.- Avances y logros jurídico-institucionales del MERCOSUR

Podría hoy, a veinte años de la creación del MERCOSUR, sostenerse, aunque muchos podrán ponerlo en duda, que el MERCOSUR fue consecuente con los principios establecidos en sus inicios y ha mantenido la plataforma de inserción internacional, estrechando relaciones con mercados y terceros países sobre la vigencia de la idea estratégica que lo originó.

Porque a pesar de la falta de avance y retrocesos preocupantes en algunos de los propósitos comerciales establecidos inicialmente, las desavenencias internas y los constantes conflictos bilaterales que desvirtúan el proyecto y que por momentos hicieron y hacen perder impulso e interés en el proceso de integración, pudo el MERCOSUR mantener a lo largo de estos años una evolución sostenida y una consolidación relevante

del programa de relacionamiento externo del Grupo integrado. Quiere decir entonces que la inserción internacional resultó exitosa y que, en gran medida, la imagen del Grupo integrado resultó positiva porque de lo contrario, nadie hubiese elegido asociarse con un Grupo económico poco promisorio o que se considerase encaminado hacia el fracaso.

La evolución y las buenas perspectivas que fue presentando la política de relacionamiento externo produjeron además un efecto dinamizador de las relaciones de intercambio comercial en la Región, movimiento que impulsó además de procesos económicos, procesos políticos de unidad continental.

Bajo estas consideraciones es que seguidamente, de manera breve, trataré de referirme a las relaciones comerciales que el MERCOSUR logró establecer con diversos países y grupos de países fuera de Latinoamérica, sentando presencia internacional del Grupo integrado.

El avance sostenido y exitoso tanto en lo comercial como en lo jurídico institucional del MERCOSUR en sus primeros años, desde 1991 a 1995, al cual nos referimos en párrafos anteriores, lo posicionó al MERCOSUR como un esquema atractivo para las relaciones comerciales extrazona. Relaciones que encontraron un marco jurídico adecuado sobre todo a partir del año 1994, en que el Protocolo de Ouro Preto otorgó una nueva estructura institucional al MERCOSUR y lo investió de personalidad jurídica internacional, permitiéndole hacer uso de sus atribuciones y practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos⁷.

Muchos autores consideran que la personalidad jurídica del MERCOSUR se ve limitada, por una parte, por la regla del consenso que se aplica a la toma de decisiones dentro de los órganos del MERCOSUR y, por otra parte, por el sistema de aprobación de las leyes en general y de los acuerdos firmados con terceros en particular, ambos necesitan para su entrada en vigencia y para convertirse en legislación MERCOSUR ser incorporados a los órdenes legislativos de cada uno de los Estados Partes, es decir necesitan la aprobación y ratificación por parte de los Parlamentos Nacionales de cada Estado.

Sin embargo, más allá de ser estas cuestiones atendibles, no podrán ser solucionadas hasta que el MERCOSUR decida otorgar supranacionalidad a todos o algunos de sus órganos. Lo cierto es que el MERCOSUR con el

⁷ El Consejo del Mercado Común (CMC) ejerce la titularidad de esta personalidad jurídica que le permite negociar y firmar acuerdos en nombre del Mercosur con terceros países, grupos de países y organismo internacionales, estas funciones pueden ser delegadas al Grupo Mercado Común (GMC) que podrá ejercerlas en la medida de los mandatos específicos concedidos de manera expresa, con determinada finalidad cuando el CMC lo decida y considere conveniente, de la misma manera pueden ser delegadas estas funciones en la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM).

sistema de toma de decisiones por unanimidad o consenso de todos sus miembros y sin rasgos de supranacionalidad ha logrado a partir de lo establecido en su Tratado Constitutivo establecer relaciones comerciales que cambiaron la dinámica en la Región.

IV- Agenda Exterior Común

IV.a. La relación con los países latinoamericanos

De acuerdo a lo previsto en el artículo 20 del Tratado de Asunción que lo declara abierto a la adhesión de los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) así como también a aquellos países que no formen parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extrarregional⁸, el MERCOSUR comenzó poco a poco a expandir su territorio comercial.

El camino comenzó a transitarse lentamente, a partir de transcurridos los primeros cinco años de vida del MERCOSUR, sus vecinos comenzaron a demostrar interés por participar.

En el año 1996, primero Bolivia y luego Chile se convirtieron en los primeros Estados que formalmente establecieron vínculos comerciales con el MERCOSUR firmando ambos sendos Acuerdos de Complementación Económica (ACE) con el objeto de formar una zona de libre comercio a través de programas de desgravación arancelaria que abarcasen la totalidad del universo de mercaderías.

Este primer acercamiento comercial propició que ambos países solicitaran su incorporación como Estados Asociados al MERCOSUR lo cual fortaleció el diálogo porque a partir de allí pudieron participar como invitados a las reuniones del MERCOSUR y efectuar convenios sobre temas puntuales.

En este contexto los cuatro Estados Partes del MERCOSUR, junto a Bolivia y Chile, comenzaron a tratar temas comunes en materias de alcance regional que superaron lo estrictamente económico y comercial. En el año 1996, se manifestaron conjuntamente respecto de la paz y la democracia en la Región suscribiendo la “Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR” y la “Declaración Política del MERCOSUR, Bolivia y Chile como zona de Paz” a través de la cual los seis países manifiestan que la paz constituye un elemento esencial para la continuidad y el desarrollo del proceso de integración regional.

Sobre esta base y con el fin de consolidar y expandir la creciente dimensión política del MERCOSUR, y profundizar el diálogo entre los Estados

⁸ Por ese entonces contemplaba que las adhesiones podrían solo ser examinadas después de cinco años de vigencia del Tratado de Asunción, luego se flexibilizó, pudiendo las solicitudes ser consideradas en un plazo menor.

Partes y entre éstos y la República de Bolivia y la República de Chile en temas de política externa y de la agenda política común la Decisión 18/98 creó el "Foro de Consulta y Concertación Política" disponiendo que el Consejo del Mercado Común sesionaría con la participación de representantes de Bolivia y Chile en temas relacionados con la agenda de interés común. Este compromiso con la democracia y la paz de la Región contribuyó y fue de gran ayuda en la crisis política de Bolivia en el año 2008⁹.

Los primeros Acuerdos de Complementación Económica (ACE) funcionaron bien, por lo tanto con miras a continuar la expansión de las relaciones comerciales del MERCOSUR a través de la firma de estos Acuerdos, que en principio se encaminaron a relacionarse comercialmente con los países miembros de la ALADI, fue necesario ordenar y reglamentar el procedimiento a seguir para las futuras relaciones comerciales.

Mediante la Decisión 18/04 se estableció que una vez protocolizados los ACE en la ALADI, los países interesados en adquirir la condición de Estado Asociado al Mercosur deberían presentar la solicitud respectiva al Consejo del Mercado Común, quien otorgaría la condición de tal emitiendo una Decisión que así lo acreditase.

De esta manera la Decisión CMC 42/04 atribuye la condición de Estado Asociado a la República Bolivariana de Venezuela; la Decisión CMC 43/04 a la República del Ecuador; y la Decisión CMC 44/04 a la República de Colombia.

Estas incorporaciones junto con las anteriores de Bolivia, Chile y Perú que en el 2003 firmó un ACE, el N° 58, con el MERCOSUR comenzaron por componer un universo comercial de seis países Asociados al MERCOSUR.

Por su parte, Venezuela, país que busca una mayor participación dentro del bloque integrado de países, el 4 de Julio de 2006 suscribió con el MERCOSUR un Protocolo de Adhesión que a partir de su entrada en vigencia le otorgará la calidad de Estado Parte y participará con todos los derechos

⁹ La Crisis política del 2008 en Bolivia fue un proceso de enfrentamientos internos y actos de desobediencia civil y política, que enfrentó a dos grandes sectores de la población de Bolivia, identificados por sus características étnicas y territoriales que puso en riesgo la estabilidad del gobierno constitucional y la propia integridad territorial de ese país. Ante estos sucesos, los países del MERCOSUR y la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) convocaron a una cumbre presidencial urgente que se concretó el 15 de septiembre en el Palacio de La Moneda de Santiago de Chile, donde los jefes de gobierno acordaron una posición unánime expresada en la Declaración de La Moneda, en la que se resolvió: como primer punto expresar el «más pleno y decidido respaldo al Gobierno Constitucional del Presidente de la República de Bolivia Evo Morales, cuyo mandato fue ratificado luego por amplia mayoría en un Referéndum». En segundo lugar, advertir que los países sudamericanos no aceptarán ninguna ruptura del orden institucional en Bolivia, ni proceso que implique su desmembramiento.

y obligaciones en el MERCOSUR de conformidad con el artículo 2 del Tratado de Asunción.

Sin embargo, hasta la fecha, este Protocolo no ha sido ratificado por todos los parlamentos de los firmantes, con lo cual la vinculación legal de Venezuela al bloque sigue siendo la de Estado Asociado. El senado de Brasil, renuente en un principio, aprobó dicho ingreso en diciembre de 2009, faltando sólo la aprobación del Parlamento Paraguayo, que alega falta de democracia en Venezuela como impedimento para su incorporación.

IV.b. MERCOSUR/Cuba

Las relaciones comerciales del MERCOSUR con Cuba trajeron aparejadas en sus comienzos una serie de consideraciones e importantes objeciones que dieron lugar a un gran malentendido.

En el año 2002, un comunicado de prensa recogió la opinión del Presidente brasileño, Fernando Henrique Cardoso, quien descartó el ingreso de Cuba al MERCOSUR calificando el pedido de La Habana como “un gesto de buena voluntad que no podría tener consecuencias prácticas” entendiendo que Cuba no podría pertenecer al MERCOSUR ya que éste se encamina a formar una unión aduanera y “Cuba por su particular forma de relacionarse con el resto del mundo”, afirmó Cardoso, “no podría someterse a este régimen”.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Cuba se vio en la necesidad de aclarar la situación afirmando que “Cuba no había solicitado en ningún momento ingresar al MERCOSUR, no porque el MERCOSUR fuese una unión aduanera, ni por la forma en que Cuba se relaciona con el resto del mundo, sino porque ello no ha estado ni estaba entre sus prioridades”.

El Ministro también consideró necesario dejar en claro que: “Cuba consideraba apropiado, firmar un Acuerdo de Complementación Económica” –que por ese entonces se encontraban negociando–.

Recién cuando Cuba por Resolución 51(X), del 6 de Noviembre de 1998 concretó su adhesión a la ALADI, le fue posible firmar Acuerdos con Brasil, Uruguay, Argentina y Paraguay protocolizados como N° 43, 44, 45 y 54 respectivamente.

Años después, dentro del marco de la Cumbre de Presidentes del MERCOSUR celebrada en el 2006 en Argentina, en la provincia de Córdoba, donde Cuba estuvo representada por el Presidente Fidel Castro, la Resolución CMC 20/06 aprobó la suscripción del Acuerdo de Complementación Económica entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Cuba protocolizado como ACE N° 62 en la ALADI.

IV.c- Las relaciones con América del norte

Dentro del marco de relaciones comerciales del MERCOSUR con terceros países, en particular, las relaciones con los países del norte del continente

americano no han sido tan sencillas ni promisorias como parecieron en un principio.

A pocos meses de firmado el Tratado de Asunción, constitutivo del MERCOSUR, este Grupo integrado de países firma un acuerdo relativo a la creación de un Consejo sobre comercio e inversión entre el MERCOSUR y los Estados Unidos. Este Acuerdo fue conocido como el "Acuerdo de las Rosas" o como el primer Acuerdo 4 + 1 que firmaron los países partes dentro del ámbito del MERCOSUR, acuñando aquella frase que expresaba que 4 + 1 es 2, otorgándole una impronta al modo en que se llevarían adelante las relaciones comerciales que mantendría el Grupo en el futuro.

Este Tratado no creó un área de libre comercio entre los firmantes, sino que constituyó un espacio de consulta para trabajar en pos de esa futura relación comercial que no pudo aún concretarse.

Cuando el MERCOSUR comenzó a pensar en estrechar relaciones comerciales con México, la asociación de este país al Tratado de libre comercio con Estados Unidos y Canadá (NAFTA) puso algunas trabas en los inicios de estas relaciones.

Porque a partir de los Acuerdos firmados por México dentro del marco de la ALADI con cada uno de los países parte del MERCOSUR este país debería en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, haber extendido las ventajas otorgadas y obtenidas dentro del NAFTA.

Ante esta situación, cuando México decidió firmar un Acuerdo de libre comercio con el MERCOSUR, fue necesario renegociar los acuerdos bilaterales bajo el formato "4 + 1" conciliando compensaciones al amparo del Protocolo Interpretativo del artículo 44 del Tratado de Montevideo que constituyó la ALADI.

Finalmente, en Julio 2002 el ACE N° 54 logró concertar un Acuerdo Marco comprensivo de los acuerdos celebrados con los miembros del bloque. Este acuerdo tuvo por objeto sentar las bases para concretar en el futuro la formación una zona de libre comercio entre México y MERCOSUR.

Con posteridad en septiembre de ese mismo año se firmó con una finalidad específica el ACE N° 55 que tuvo por objeto sentar las bases para el establecimiento del libre comercio en el sector automotor entre México y los países del MERCOSUR, así como promover la integración y complementación productiva de sus sectores automotrices. De la misma manera que el anterior incorporó los acuerdos preexistentes del sector firmados con los países del Mercosur y se acordó que el Acuerdo firmado sería incorporado al futuro Acuerdo de Libre Comercio que oportunamente se firmará entre el MERCOSUR y los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, la solicitud de México de incorporarse al bloque como país asociado permanecerá en expectativa hasta tanto se concrete la firma del ACE mencionado.

IV.d.- Relaciones con otros esquemas integrados

La expansión de las relaciones comerciales del MERCOSUR a partir de la firma de Acuerdos de Complementación Económica con casi todos los países del continente americano, alentó al Grupo integrado a buscar una mayor convergencia interregional acercándose a otros bloques económicamente integrados.

En el año 1998, los países firman un Acuerdo de Cooperación en materia de comercio e inversiones con el Mercado Común Centroamericano (MCC) formado por: Guatemala, Costa Rica, el Salvador, Honduras Nicaragua y Panamá y ello llevó a pensar que podrían profundizarse las relaciones entre ambos bloques con miras a consolidarlas en un futuro ACE, sin embargo aún hoy no pudo concretarse la firma de un Acuerdo de Complementación Económica entre ambos Grupos de países económicamente integrados.

En ese mismo año 1998 y con el mismo propósito en la búsqueda de una convergencia entre bloques regionales del continente americano, el MERCOSUR inicia negociaciones con la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

La evolución de las negociaciones hizo que en Abril 1998 se firmase un Acuerdo Marco para la creación de una zona de libre comercio que contemplaba un cronograma de negociación dividido en dos etapas¹⁰ que dieron como resultado que el 18 de octubre de 2004 se suscribiese un Acuerdo de Complementación Económica protocolizado en ALADI como ACE N° 59, que según surge de su articulado “entrará en vigor una vez que haya sido protocolizado en ALADI e incorporado a la legislación nacional de cada una de las Partes signatarias, de conformidad con sus legislaciones nacionales”¹¹.

Estas negociaciones, interbloques encontraron varios inconvenientes, uno de ellos fue la gran superposición de pertenencia de los países a los distintos bloques y organizaciones regionales, donde se habían dado y establecido preferencias arancelarias, otorgadas en parte por acuerdos bilaterales firmados entre países en el marco de la ALADI, y por otro preferencia y ciertas restricciones acordadas dentro de los bloques integrados de países.

¹⁰ Una primera etapa con la firma de un acuerdo transitorio de preferencias fijas que debería de entrar en vigencia el 1° de octubre de 1998 hasta el 31 de diciembre de 1999 y un acuerdo de libre comercio que entraría en vigencia en enero de 2000.

¹¹ El artículo aclara que las Partes Signatarias podrán aplicar el Acuerdo de forma bilateral a partir de la protocolización en ALADI en la medida en que ello esté autorizado por sus respectivas legislaciones internas. Según la ALADI, el acuerdo entró en vigor, el 05 enero 2005 entre Venezuela y Uruguay y entre Venezuela y Argentina; el 01 de febrero 2005 entre Colombia y Uruguay y entre Colombia y Argentina; entre Colombia y Brasil y entre Venezuela y Brasil el 01 abril 2005 entre Ecuador y Argentina, Brasil y Uruguay; el 19 abril 2005 entre Colombia, Ecuador y Venezuela y Paraguay.

Esto llevó en ocasiones a desalentar la negociación conjunta, en el caso del MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones (CAN), Brasil se apartó de la negociación dentro del Bloque y negoció individualmente con los países andinos concretando la firma de un ACE, el N° 39 que entró en vigencia ese mismo año 1999, en tanto Argentina, Uruguay y Paraguay propusieron continuar con las negociaciones para renegociar el patrimonio histórico.

Superada esta primera etapa de conflicto en las negociaciones, la Decisión 32/00 dictada dentro del marco del relanzamiento del MERCOSUR, que incluyó el relanzamiento externo y el reinicio de negociaciones conjuntas con terceros países¹², permitió retomar las negociaciones iniciadas con la CAN que finalmente se concretaron con la firma del ACE N°59 del año 2004 como Tratado de Libre comercio entre Colombia, Ecuador, Venezuela y MERCOSUR. Países que luego de presentar la solicitud en diciembre de ese mismo año por medio de sendas resoluciones dictadas por el CMC adquirieron la condición de países Asociados al MERCOSUR.

IV.e- Relaciones a través del Atlántico

Contemporáneamente con las negociaciones entabladas con los países latinoamericanos, el MERCOSUR consideró conveniente ampliar sus horizontes y proyectarse fuera del Continente. Con ese propósito en diciembre de 1995 firmó en Madrid un “Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre el Mercosur y sus Estados Partes y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros”.

Este Acuerdo vigente desde 1999, propicia el fortalecimiento de las relaciones existentes y el fortalecimiento de las relaciones de integración en la búsqueda de una Asociación Interregional amplia, superadora de los aspectos comerciales, comprensiva de los aspectos sociales y culturales donde ambos continentes encuentran afinidades y lazos comunes. Sin lugar a dudas, este proyecto de asociación marcó un hito importante en el escenario internacional, siendo esta la primera vez que dos regiones económicamente integradas y distantes geográficamente negocian un posible acuerdo de integración, superador de la cercanía geográfica y la vecindad como elementos aglutinantes en estos procesos.

El Consejo de Cooperación, la Comisión Mixta y la Subcomisión Comercial, creadas dentro del Acuerdo firmado, llevaron adelante importantes Rondas de negociaciones cuyos resultados fueron evaluados en sucesivas Reuniones Ministeriales y en las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea y de América Latina y del Caribe (ALC-UE), entre ellas la de Madrid en el año 2002 que aportó significativos avances en el proceso de negociación, aunque luego se vio demorado

¹² MERCOSUR/CMC/DEC N° 08/01-NEGOCIACIONES CON TERCEROS PAISES.

ante la falta de acuerdo en el capítulo agrícola, sector sensible en las economías de ambos bloques.

En los últimos años, tratando de retomar y afirmar las relaciones iniciadas a partir del Tratado de 1995, dentro del marco de la V Cumbre ALC-UE realizada en Lima en el año 2008 se destacó la importancia de alcanzar un Acuerdo de Asociación UE –MERCOSUR sobre la base del trabajo existente, y la necesidad de afianzar el compromiso de llevar las negociaciones hacia un resultado exitoso tan pronto como las condiciones lo permitiesen.

Las consideraciones en esos momentos se encaminaron a resaltar que un eventual acuerdo entre la UE y el MERCOSUR significaría la conformación del “segundo bloque comercial del planeta”, con un Producto Interno Bruto estimado en 9 billones de euros y una población superior a los 700 millones de personas, que lo convertiría en un promisorio proyecto.

Dos años después, en la VI Cumbre Unión Europea (UE) América Latina y el Caribe (ALC) realizada en mayo de 2010 en Madrid, se logró firmar una declaración conjunta en la cual ambos bloques iniciarían tareas coordinadas con el fin de reiniciar las negociaciones. Negociaciones que aun aún no han logrado consolidar lo consensuado en el acuerdo inicial.

IV.f.- MERCOSUR/Israel

Lo cierto es que las relaciones comerciales del MERCOSUR fueron avanzando fuera de la Región y se consolidan con la firma del Acuerdo de libre comercio entre MERCOSUR e Israel de significativa importancia al ser el primer y único acuerdo comercial de esta naturaleza concretado fuera del continente americano.

En este caso las negociaciones fueron ágiles, comenzaron en el año 2005 en que se suscribió un Acuerdo Marco sobre Comercio con el objetivo de crear las condiciones y mecanismos para la negociación de un Tratado de libre comercio, apoyadas por la Decisión 22/05 del CMC que previó la iniciativa de negociar ese Tratado. La primera Ronda de negociaciones tuvo lugar en febrero de 2006 que como la tercera y quinta se realizaron en Jerusalén, Israel.

La segunda y cuarta Ronda se realizaron en Buenos Aires, Argentina y el 18 de diciembre de 2007 se suscribió un Tratado de libre comercio.

La vigencia del Tratado contó con las ratificaciones correspondientes por parte de Uruguay en diciembre de 2009, de Brasil y Paraguay en marzo de 2010 y finalmente Argentina en agosto de 2011 realiza en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay la ceremonia de depósito del Instrumento de Ratificación del Tratado. Con esta última ratificación y su plena vigencia el Tratado pone en marcha el proceso de liberalización del comercio con plazos que van desde el ingreso inmediato libre de aranceles, hasta cronologías de cuatro, ocho y diez años, al cabo de las cuales imperará el libre comercio, con algunas excepciones basadas en cuotas.

IV.g.- MERCOSUR/Egipto

Con resultados positivos y en medio de la euforia por proseguir con la apertura comercial del MERCOSUR, un año antes de iniciar negociaciones con Israel, en julio de 2004 el Grupo integrado suscribe un Acuerdo Marco con Egipto que luego de seis rondas de negociaciones, el 2 de agosto de 2010 en el marco de la XXXIX Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Jefes y Jefes de Estado del MERCOSUR y Estados Asociados se consolida con la firma de un tratado de libre comercio con Egipto.

El Acuerdo, segundo TLC con un país fuera de Latinoamérica genera expectativas por la características de los firmantes, el MERCOSUR un potente productor agrícola y Egipto un gran importador mundial de trigo duro, maíz, poroto de soja y carne bovina.

IV.h.- MERCOSUR/SACU

La expansión de las relaciones comerciales con terceros países fuera de la Región hizo que en diciembre del año 2000 se iniciaran negociaciones con la Unión Aduanera de África del Sur (SACU, por sus siglas en inglés), compuesta por Botsuana, Lesoto, Namibia, Sudáfrica y Suazilandia y se concretase la firma de un Acuerdo Marco que creó un comité negociador para impulsar el futuro establecimiento de un tratado de libre comercio. Reafirmando la voluntad de seguir negociando en diciembre de 2004, MERCOSUR y la Unión Aduanera de África del Sur suscribieron un acuerdo de comercio preferencial. En conjunción con el acuerdo, los países emitieron un entendimiento sobre la conclusión del acuerdo de comercio preferencial, manifestaron su satisfacción por haber completado este acuerdo y reafirmaron su compromiso de continuar negociaciones y ampliar la cooperación bilateral tendiente a facilitar la implementación del acuerdo. En este camino, los ministros ordenaron comenzar estas negociaciones tan pronto como fuera posible y previeron protocolos adicionales al acuerdo en el área de aduanas y el sector automotor.

Las negociaciones continuaron, y se hizo una nueva Ronda en mayo de 2005, y una próxima llevada a cabo en Sudáfrica en agosto de 2006 donde las partes coincidieron en la importancia de concluir la presente fase de negociaciones.

IV. i- MERCOSUR/India

Por otra parte, siguiendo con el propósito de ampliar horizontes comerciales, el MERCOSUR inició en 2003 tratativas con la India, negoció un acuerdo de preferencias fijas y luego un acuerdo de libre comercio.

El resultado fue la firma en el año 2004 en Nueva Delhi de un Acuerdo Preferencial de Comercio (APC) que fue completado con varios anexos en

el año 2005 para luego, en el 2006, iniciar la profundización del Acuerdo inicial. Este Acuerdo se encuentra vigente desde el 1° de junio de 2009.

IV. j.- MERCOSUR/Marruecos

El 26 de noviembre de 2004, los países del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) suscribieron un acuerdo comercial marco con el Reino de Marruecos con el objetivo de establecer las condiciones necesarias para la negociación de un tratado de libre comercio. La primera Ronda de negociaciones se llevó a cabo el 11 de abril de 2008 en Rabat, Marruecos. El Acuerdo Marco de Comercio entre el MERCOSUR y el Reino de Marruecos entró en vigor el 29 de Abril de 2010.

A estos Acuerdos firmados, muchos ya vigentes, se suman hoy negociaciones en curso para futuros Acuerdos con Jordania, y los países de Consejo de Cooperación del Golfo, integrado por Arabia Saudita, Bahrein, Qatar, Emiratos Árabes Unidos, Kuwait y Omán, todos importadores de alimentos.

Esta multiplicidad de Acuerdos contempla un amplio espectro de las relaciones comerciales, abarcan la cooperación económica, la conformación de zonas de libre comercio, de esquemas preferenciales de tarifas así como también procesos de acercamiento por medio de la asociación o adhesión al bloque integrado.

De esta manera, el MERCOSUR se afianza como Grupo económico consolidado en la esfera internacional. Posiblemente esta estrategia que apunta al frente externo pueda convertirse en un instrumento indirecto que permita consolidar el MERCOSUR hacia adentro.

V.- Consideraciones finales

Como he querido expresar y ejemplificar en estas páginas la agenda inicial del MERCOSUR surgida del Tratado de Asunción se ha visto ampliada y muestra perspectivas positivas hacia el futuro del bloque integrado. Evaluar el MERCOSUR en este período de veinte años de existencia u otro período de tiempo, hace necesario dejar de lado visiones parciales del proceso de integración porque ello conduciría a conclusiones erradas, como por ejemplo creer que la proyección hacia fuera, es decir las relaciones comerciales que el MERCOSUR ha logrado establecer como bloque con terceros Estados no forma parte del fortalecimiento interno del Bloque.

La integración económica entre Estados necesita una sostenida convicción y voluntad política, necesita sacrificios y renunciaciones por parte de los Estados participantes, situación que en general conduce al surgimiento de conflictos, que podría decirse son parte consustancial de estos procesos. La realidad hoy, a veinte años de la creación de este proceso de integración de los países del Cono Sur, nos alerta respecto del momento de profundo

escepticismo que atraviesa, el cual debe analizarse en perspectiva sobre la base de los elementos proporcionados en estas páginas como guías de un análisis que debe complementarse con la visión mas amplia posible.

El MERCOSUR hoy, después de veinte años de su constitución, reconoce muchos avances, algunos fueron analizados en este relato, avances que en determinados momentos se producen con demasiada lentitud y acompañados de grandes contradicciones que la más de las veces generan incertidumbre sobre la profundización y las perspectivas del esquema integrado. Veinte años es un importante período de tiempo pero no es un período suficiente para consolidar de manera definitiva un proceso de integración entre Estados como el iniciado por el MERCOSUR en el año 1991.

Finalmente cierro este relato con algunos puntos que considero significativos para la evolución y perspectiva del MERCOSUR y ellos son:

- La necesidad de corregir la falta de cultura de la integración.
- La necesidad de corregir el lento y complejo sistema de toma de Decisiones.
- La necesidad de corregir el sistema de incorporación de las normas.
- La necesidad de superar la etapa intergubernamental.
- La necesidad de superar definitivamente las asimetrías existentes.

Esta enumeración no pretende convertirse en un catálogo cerrado de necesidades y tareas a ser realizadas, simplemente es una invitación al debate con miras a poder completarla.

BIBLIOGRAFÍA

BERTONI, LILIANA, *Infraestructura e Integración Regional*, Editorial Dunken. Buenos Aires. Abril de 2008.

———, *Laudos Arbitrales en el MERCOSUR*, Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, Madrid. Agosto de 2006.

———, *MERCOSUR, cláusulas de salvaguardia y fallos arbitrales*, Editorial Dunken. Buenos Aires, Abril de 2000

MARSHALL D. SAHLINS y ELMAN R. SERVICE, *Evolution and Culture*. University of Michigan Press, Ann Arbor, 1960.

SECCIÓN
METODOLOGÍA, DOCUMENTACIÓN
Y ENSEÑANZA DEL
DERECHO INTERNACIONAL

**XXIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
"JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER"**

***Sección de Metodología, Documentación y Enseñanza del Derecho
Internacional***

**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO: INTERACCIONES EN EL
PLANO DOCENTE Y METODOLÓGICO**

*INTERNATIONAL LAW AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW:
INTERACTIONS IN THE TEACHING AND METHODOLOGY AREA*

*Relator: Horacio Daniel PIOMBO**

Advertencia primera: Este relato es fruto de un intercambio de ideas con los doctores Jorge O. Paladino y Bruno Tondini, a quienes agradezco sus sugerencias y observaciones.

Advertencia segunda: el Dr. Jorge O. Paladino presentó un caso en el seno de la Sección, en concernencia a los tópicos aquí desarrollados.

RESUMEN

Dos ramas del Derecho de las cuales antaño se entendía que sólo se conectaban en cuanto compartían un nombre en común y tenían un ingrediente de internacionalidad, hoy se aproximan y comienzan a compartir contenidos. Factores que van más allá del proceso de internacio-

* Profesor de Derecho Internacional Público y Privado, Universidad Nacional de La Plata. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional-AADI. Miembro del Consejo de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional.

nalización que conmueve toda la estructura del Derecho, tales como la utilización en común de métodos, figuras y procedimientos, marca una nueva tendencia que debe ser integrada y capitalizada tanto en la enseñanza como en la elaboración de nuevas respuestas.

PALABRAS CLAVES

Derecho - Internacionalidad - Estructura - Nueva Tendencia - Nuevas Respuestas.

ABSTRACT

Two branches of law previously understood that only connected by sharing a common name and had an ingredient of internationality, now coming up and begin to share content. Factors beyond the internationalization process that moves the whole structure of law, such as the sharing of methods, figures and procedures, marks a new trend that must be integrated and capitalized both in teaching and in developing new responses.

KEYWORDS

Law - Internationality - Structure - New Trend - New Responses.

SUMARIO

1. Advertencia liminar. **2.** Cambios evaluables en el ámbito del Derecho Internacional Público. **3.** Transformaciones advertibles en el campo del Derecho Internacional Privado. **4.** La tradicional positura desvinculatoria entre las precitadas ramas del mundo jurídico. **5.** Los factores que originan un sector común de desarrollo. **6.** El nexo que traza la faceta funcional metodológica. **7.** La creciente incidencia de las nuevas ramas transnacionales. **8.** Las consecuencias en la fijación de las incumbencias. **9.** Los puntos de inflexión del Derecho internacional público. **10.** Incidencia de los procesos de integración. **11.** Conclusiones. **12.** Reflexión final.

1. La problemática a la que cabe pasar revista es parte de fenómenos más amplios de absorciones parciales, retroalimentación y paraigualación de contenidos que ocurren cuando dos universos, separados en las concepciones jurídicas de hace poco más de un siglo atrás, hoy se van comportando –aplicando un símil proveniente de la geometría plana–, como verdaderas circunferencias secantes y no como meros círculos tangentes.

2. Particularizando en el Derecho internacional público, su desenvolvimiento muestra que luego de edificar gran parte de su contenido sobre la base de instituciones propias del orden jurídico privado (contratos, derecho real de dominio y sus desmembraciones y la transmisión *mortis causae*, precisamente para dar cuerpo a sus doctrinas centrales concernientes a la formación y observancia de los tratados internacionales, el alcance de la soberanía, las transferencias territoriales y la sucesión de Estados), ahora invierte su rol transformándose en dador de contenidos a temas de honda gravitación –tal como ocurre en materia de Derechos humanos– o en sede de Derecho común al dar recepción –en las ramas internas de naturaleza comercial, tributaria o administrativa–, a los procesos de integración. Empero, mucho más profunda es la transformación advertible cuando, focalizando exclusivamente a la Argentina, se toma razón que el mundo de la política internacional y las relaciones internacionales en el sentido clásico de la expresión, tradicionalmente manejado por el gobierno federal a través de los preceptos y contenidos de una rama multiseccular del Derecho internacional público como es Derecho diplomático y consular, a partir de los años setenta ha sufrido el vigoroso impacto de una fragmentación tanto en un sentido horizontal como vertical que cambia su sentido jurídico. *Horizontalmente*, porque la representación y negociación internacional de muchos temas internacionales ha sido delegada por continencia material a Departamentos de Estado distintos del dedicado desde la organización nacional al manejo de las Relaciones exteriores, *v.gr.*: articulaciones referidas a la integración, confiadas al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, o las propias de la cooperación en la prevención y represión de los delitos que más amenazan a la estabilidad democrática como los de tráfico –particularmente de estupefacientes– y el de terrorismo, atribuidas al Ministerio del Interior. *Verticalmente*, porque la reforma constitucional de 1994 atribuyó a las provincias el poder de celebrar convenios internacionales, competencia que, por mecanismos constitucionales subnacionales puede descansar, a la postre en los municipios como entidades que realizan la actividad de gobierno inmediata y local. Y ambos fenómenos, además de generar el fenómeno de la paradiplomacia (la diplomacia de los no diplomáticos, vale decir de los funcionarios administrativos nacionales y provinciales encargados de la negociación de los acuerdos), han entregado una parte de las relaciones internacionales argentinas no sólo al Derecho administrativo nacional o al público provincial sino a figuras propias del Derecho privado. Hay, entonces, una nueva metodología en el obrar que debe ser recogida a nivel docente.

3. Coetáneamente, el Derecho internacional privado ha experimentado una transformación que lo convierte de una rama cuyo contenido estaba ceñido a las reglas de conflicto –esto es: un sistema destinado a discernir sólo el Derecho aplicable, al cual se anexaba el estudio de las reglas competenciales procesales para el caso de eventuales controversias–, en

un Derecho de la cooperación a través de la extraterritorialidad de normas, procedimientos y resoluciones administrativas y jurisdiccionales. De manera que, tal cual Goldschmidt lo avizoraba, el Derecho internacional privado, no obstante seguir dotado de un equivoco nombre, se ha transformado en un Derecho de la extraterritorialidad del Derecho extranjero –sea público o privado– que coordina y armoniza la aplicación de los diferentes sistemas en aras del reconocimiento de la personalidad jurídica del hombre (art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y disposiciones concordantes en los demás pactos y convenios sobre este tema). Vale decir que se convierte en reglamentario del segundo derecho humano en importancia, arriba connotado, enderezado a que la persona física tenga el goce pleno de todos sus derechos y prerrogativas, se hallen ya adquiridas o solamente *«in fieri»*. Incluso, el Derecho internacional privado sirve ahora de vehículo al andamio y eficacia de organismos internacionales de naturaleza judicial –por ejemplo, dando validez territorial múltiple a los mandatos de la Corte penal internacional (ley 26.200)–, tomando al particular ordenamiento enclavado en el orden internacional como si fuera un ordenamiento estatal. Aun cuando con jerarquía acrecida, al cual corresponde brindar cooperación para el buen éxito de sus cometidos. También obrando como nexo de cooperación, dando plena circulación extraterritorial a actos y certificados expedidos por los Estados como órganos de aplicación de las reglas en materia de transporte aéreo y marítimo internacional (*v.gr.*: constataciones acerca de las atestaciones documentarias sobre aeronavegabilidad realizadas en consecuencia del Convenio sobre la Aviación Civil Internacional).

4. Lo anteriormente referido pone en crisis un tradicional criterio: el que usualmente tildaba de poco explicable la antigua tradición española de que el catedrático (profesor titular) de Derecho internacional privado fuera, al mismo tiempo, el de Derecho internacional público. El fundamento era el muy diferente objeto que exhibían tales ramas del Derecho, pese al dato común de denominarse ambas como internacionales. Por entonces se ponía énfasis en que mientras una atendía a las relaciones entre sujetos del Derecho privado cuando tales vinculaciones –sea en su nacimiento, sea en su cumplimiento o extinción– aparecían ligadas a más de una soberanía estatal, la otra rama tenía en mira las mutuas relaciones exteriores de los Estados como poderes públicos. Más allá de lo anecdótico, pese a esa diversidad, profunda y diametral, que por entonces se estimaba dirimente, vale apuntar que grandes maestros ejercieron simultáneamente el ministerio docente en las cátedras de uno y otro Derecho –por ejemplo Mariano Aguilar Navarro y Adolfo Miaja de la Muela–, dejando huella, a través de sus consistentes aportes, acerca de la existencia –al menos–, de un sutil ligamen entre ambas materias. No obstante, pese a la anotada comunidad de cátedras y lo más importante, el trasvasamiento de conceptos de una a otra disciplina, no hubo por entonces elaboración teórica que

explicara, suficientemente por cierto, la existencia de una tal relación ni una sistemática de los factores que la enmarcaban, lo que sí ahora urge esbozar teniendo en mira, prioritariamente, consecuencias a nivel de la enseñanza e investigación.

5. Una apreciación *«icto oculi»* pone hoy de relieve que al menos seis factores operan creando un sector común de desarrollo para el Derecho internacional público en su relación con el Derecho internacional privado. Concretamente:

a) la transnacionalización de las ramas que articulan los diferentes Derechos estatales (ver 7);

b) la “publicización” del Derecho internacional privado (así: introducción de la metodología de la extraterritorialización de leyes, actos y procedimientos a las áreas de los Derechos penal, procesal penal y administrativo) (ver 8);

c) la coetánea “privatización” del Derecho internacional público (ver 9);

d) la adopción de figuras o instituciones comunes entre Derecho internacional y Derecho interno (utilización del reenvío en las áreas que como ocurre en el derecho de la nacionalidad, carecen de reglamentaciones en punto a la problemática concreta del tema; empleo de la noción de orden público, con sus connotaciones de interno, internacional y de la comunidad internacional (*ius cogens*), la plasmación de asociaciones contractuales entre Estados y empresas públicas y privadas extranjeras, etc.) (ver 9);

e) la inserción del fenómeno de integración que urge conformar espacios jurídicos comunes tanto en el área del Derecho público como en el marco del Derecho privado (ver 10);

f) el declivio de la noción soberanía, noción que lleva ínsita la idea de exclusión jurídica o impenetrabilidad de los ordenamientos estatales (ver 10).

6. Suma a lo anterior que las ramas del mundo jurídico que configuran el centro de la exposición tienen la común calidad de operar, en una apreciación de predominante tinte sociológico, como métodos de solución. El subsumido en la materia jusprivatista, apunta a resolver casos con elementos extranjeros, en rigor facilita la actuación internacional del hombre manteniendo incólumes los derechos adquiridos en el marco de otro sistema, permitiendo así superar los obstáculos creados al comercio jurídico por la división del mundo en distintas soberanías. A su vez, el actuar del proto Derecho internacional público se enderezó inicialmente a resolver las controversias que se daban entre soberanos territoriales; pero tal condición hizo posible que luego, las naciones políticamente organizadas, se relacionaran entre sí, creando un marco inicial de precaria convivencia que luego hizo factible una mayor cooperación para así abordar problemá-

ticas que excedían las posibilidades de la actuación meramente individual. Con ese objetivo se generó un complejo de fuentes y, en espejo con el Derecho interno, una estructura de entidades, un sistema de representaciones y una miríada de relaciones que, en principio, abarcaban sólo a los Estados, luego comprendieron a éstos y a las entidades colectivas creadas por ellos y, a la postre, también al hombre concebido en su individualidad. Y es en este punto en que la presencia del sujeto por excelencia de todo derecho trajo aparejada el reconocimiento de prerrogativas básicas, la primera el «*jus commercium*» y en época más cercana al presente tenerlo como persona –es decir como sujeto de Derecho como se resalta en otro lugar de este trabajo–, en todos los ordenamientos estatales del mundo, con lo cual el Derecho internacional privado tornó a aparejarse con el desarrollo del Derecho internacional público que cotidianamente llena sus fuentes tradicionales, en especial los tratados, con contenidos en los cuales campea la extraterritorialidad de actos, de procedimientos y de normativas generales.

7. El fenómeno ha sido acelerado por la incidencia de una sociedad global en la que las comunicaciones permiten en tiempo real ponerse en contacto con cualquier lugar del planeta en sólo fracciones de segundo, incrementando exponencialmente las posibilidades de cooperación internacional. En ese marco, lo internacional se ha extendido a todos los sectores del Derecho, con un impacto que cambia perspectivas, metodología y, sobre todo, alcance de los ámbitos espacial y material de desenvolvimiento. Así es que ramas del mundo jurídico que tradicionalmente han tenido un contenido excluyentemente territorialista, como el Derecho administrativo o, más aún, el de minería, experimentan una transnacionalización, el primero a través de las obras públicas multinacionales o el funcionamiento de los organismos internacionales especializados; el segundo, con el inminente laboreo de los fondos marinos situados fuera de las jurisdicciones nacionales en procura de metales esenciales para una humanidad jaqueada por las carencias. Incluso, esa tendencia adquiere protagonismo prácticamente en cada una de las parcelas que componen los estudios de abogacía, algunas de las cuales se articulan fundamentalmente en el espacio del Derecho internacional privado –*v.gr.*: contratos internacionales– mientras otras, con grandes componentes de Derecho público interno, van adquiriendo creciente autonomía y hoy conforman, entre otras muchas, los denominados Derechos Ambiental, Procesal Internacional, Penal Internacional, Previsional Internacional, Tributario Internacional, Laboral Internacional y Comercial Internacional.

8. Va de suyo que tal “publicización” lleva ineluctablemente a reestructurar incumbencias toda vez que, como resabio de una concepción vigente al momento de crearse la primera cátedra de la materia en la Francia del primer cuarto del siglo XIX, la asignatura Derecho internacional privado

se halla como objeto de estudio excluyentemente en el campo del Derecho civil o comercial, amputando a la materia su material más dinámico, esto es: el que proviene de la cooperación en lo procesal civil y en lo procesal penal, materias ambas, clara e incontestablemente, propias del Derecho público. Incluso descarta los nuevos horizontes originados en el Derecho internacional aduanero, con el régimen de extraterritorialización propio de las aduanas únicas y de actuación internacional de sus funcionarios en la red de la cooperación o entreayuda aduanera mundial, como también implica soslayar la metodología, ínsita al Derecho internacional privado, que finca en la transferencia de procesos, el reconocimiento de sentencias y el diligenciamiento de medidas cautelares que constituya el alma de la moderna cooperación internacional penal.

9. A su vez, en el cometido que guía este relato cuadra llamar la atención acerca de dos puntos de quiebre o inflexión que marcan el preciso momento en que, a su vez, el Derecho internacional público experimenta el fenómeno anotado en los párrafos 2 y 5. *Uno* cuando el hombre deja de ser un sujeto mediatizado por el Estado –recuérdese que antaño la actuación en la esfera internacional del ser humano o sus asociaciones sólo podía advenir por “intercesión” o “endoso” del hasta hace poco tiempo sujeto excluyente– para transformarse en protagonista; adquiriendo, por ejemplo, «*jus standi*» en los estrados de organismos y tribunales internacionales encargados de la protección de los derechos humanos o que representan la justicia internacional, esto con relación a los delitos que atacan a la humanidad misma o a la comunidad de Estados en su integridad. *El restante punto de inflexión* eclosiona cuando los organismos internacionales interestatales comienzan a negociar y contratar en el marco del Derecho de **cada Estado**, realizando transacciones, prestando servicios, etc. Es entonces cuando sus contenidos se enraízan en cada una de las ramas del Derecho interno generando estructuras para que las personas, empresas u organismos federales, locales o municipales, de diferentes Estados, puedan relacionarse entre sí y cooperar conforme a sus fines específicos en un contexto globalizado. Cabe llamar la atención acerca de que la formación de una zona de desarrollo común se ve favorecida por un fenómeno perceptible en área del Derecho internacional público y es que a la concepción europea de un Derecho de predominante sesgo normativo, se va acoplando la idea anglosajona del estudio de las “relaciones internacionales”, a la vez que se presta simultánea atención a la política internacional: O sea que los tres elementos típicos de una concepción integral del Derecho (norma, hecho y valor) conforman el material sometido a estudio en el área iusinternacionalpublicista. Y es casi obvio que ello implica un acercamiento al Derecho estatal, en el que el plexo normativo es siempre estudiado a la luz de la jurisprudencia, la *praxis* administrativa y la doctrina, conformándose así, gradualmente, una similar visión del mundo jurídico. Amén de lo anterior, si hay acuerdos de voluntades,

siempre campeará una noción de orden público en resguardo, esta vez, de la comunidad universal frente a la creación normativa de sus miembros.

10. El objetivo de integrar, que implica aproximar políticas y facilitar la formación de mercados unificados o interconectados, aspirando, en definitiva, a crear mecanismos que alcancen cierta supranacionalidad para tornar posible un funcionamiento libre de las interferencias estatales, presupone el empleo de los mecanismos del Derecho internacional público –celebración de acuerdos, creación de organismos interestatales– con miras a lograr las convergencias en materia económica, financiera, bancaria, aduanera, laboral, etc. Pero también la integración implica, tal como se dijo, la formación de espacios jurídicos comunes (*v.gr.*: de libre circulación documentaria), que requieren la utilización de los mecanismos del Derecho internacional privado, omnipresentes a través de la valencia internacional no sólo de actos y procedimientos, sino también de la emergente de la actuación extraterritorial de funcionarios fiscales, aduaneros, de policía, etc. Por cierto, cabe tener en cuenta que la aplicación directa e inmediata del Derecho internacional, ligado a los contextos de supranacionalidad y de inserción de los derechos humanos en el plano interno, rompe con otro valladar opuesto a la actuación armónica de ambos Derechos internacionales, que es la noción clásica de soberanía; criterio que, indiscutiblemente, resulta el máximo generador del territorialismo obstructivo a nivel del tema concerniente a la ley aplicable en Derecho internacional privado.

11. El contexto actual es, entonces, plenamente favorable al florecimiento de un campo de actuación común entre los especialistas del Derecho internacional público y los cultores de la ciencia jusprivatista internacional. Pasando a las proposiciones concretas, hago hincapié en las siguientes:

1º) De índole genérica:

a) Como elemento de capital importancia, *abrir* todo el sistema de casos utilizados para la enseñanza, a aquellos propios de la interacción entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado, abarcando temas como el propio del arbitraje en las jurisdicciones internacionales, de repercusiones prácticas e institucionales de magnitud en materia de inversiones, la actuación de la persona jurídica internacional y de sus funcionarios en el ámbito interno, la ejecución de mandatos de tribunales internacionales, etc.,

b) En un rol de casi similar jerarquía, *enfocar* los estudios hacia métodos y aspectos medulares a nivel institucional destacando, por ejemplo, la omnipresencia del método indirecto (ver 5), la comunidad existente entre el Derecho procesal interno y el Derecho procesal

transnacional, la utilidad de figuras del Derecho interno –tal como las uniones transitorias de empresas– para enfocar las asociaciones estatales que se perfilan con miras a explotaciones estatales mineraleras o hidrocarbúricas encaradas en común, etc.

c) En el nivel propio del área programática, *poner de relieve* el fenómeno de la transnacionalización ocurrente en cada rama del Derecho, y de cómo en los procesos de integración, el Derecho internacional público deja de estar mediatizado para transformarse en Derecho directamente aplicado por las partes y absolutamente necesitado de coordinación con el Derecho internacional privado.

d) En un ámbito en el que se exige mayor dimensión temporal de realización, *encarar* la progresiva armonización y unificación del lenguaje propio de ambas materias.

2º) Con atinencia sólo al Derecho internacional privado:

e) Metodológicamente, *destacar*, ante la virtual avalancha de nuevos contenidos provenientes del Derecho público, la necesidad de que el Derecho internacional privado tenga fuentes autónomas, por cierto codificadas, equidistantes tanto del Derecho privado como del Derecho público, con miras a la directa aplicación de sus reglas –fundadas en el respeto al elemento extranjero– por todas las ramas del Derecho.

f) En el plano de los objetivos fundamentales, *proclamar* en todos los programas de enseñanza que el Derecho internacional privado –que por su índole de armonizador de conflictos y posibilitador del comercio jurídico internacional coadyuva con el Derecho internacional público al afianzamiento de la paz entre las naciones–, es centralmente el medio jurídico indispensable para que tenga plena vigencia el segundo derecho humano en orden de importancia luego de la protección de la vida, el cual se configura en el reconocimiento «*urbi et orbi*» de la personalidad jurídica del hombre, esto es, de su capacidad, dignidad y derechos adquiridos tanto en el plano interno como internacional (Convención americana sobre las normas generales del D. I. P.).

12. En una reflexión final recordar el llamamiento a la superación de oposiciones teóricas que se hizo al celebrar el cuadragésimo aniversario de la tarea en la Sección Derecho internacional público. Se dijo entonces que *“en la medida que el Derecho Internacional, que se proyecta en tres dimensiones, esto es normológica, sociológica y dikiológica, abarcando así tanto al precepto, como su recepción en los hechos y a los valores que lo han inspirado o priman en su interpretación y aplicación, se está dando en una dualidad en lo que, por un lado, se abordan las normas que pretenden regular lo fáctico y por el otro las conductas que condicionan el funcionamiento de las normas. De manera que si bien no está en la mente de ningún asociado*

fusionar las Secciones Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, es imprescindible coordinar permanentemente sus esfuerzos con miras a obtener el máximo rendimiento de lo mucho por realizar. Incluso, la nueva visión multidisciplinaria del Derecho y de las ciencias de la conducta humana también aconseja llevar adelante –sin vacilaciones– un cometido de la naturaleza antes indicada”. Y esto configura un norte al que se aspira: abordaje de tareas en común entre los especialistas de una y otra rama del Derecho, en los casos en que el Derecho internacional público y Derecho internacional privado se comporten como círculos secantes en el mundo jurídico (ver 1), con implicancias concretas en la enseñanza y en la metodología de la investigación y en las tareas futuras de las correspondientes Secciones de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

**SECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS**

BLANCA

XXIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
“JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER”

Sección de Derechos Humanos

**DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES:
IMPLICANCIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL
Y EN EL DERECHO INTERNO**

*HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS: IMPLICATIONS IN
INTERNATIONAL AND THE DOMESTIC LAWS*

*Relatora: María Cristina RODRÍGUEZ DE TABORDA**

RESUMEN

La especificidad y conexidad normativa en materia de derechos humanos de los migrantes son algunos de los aspectos tratados, cobrando particular importancia el análisis efectuado por los tribunales internacionales y nacionales al momento de expedirse sobre la responsabilidad internacional de los Estados.

PALABRAS CLAVES

Derechos humanos. Migrantes. Fuentes. Jurisprudencia. Responsabilidad internacional.

ABSTRACT

The specificity and connectivity among the norms in the field of the migrants human rights are some of the aspects examined, emphasizing

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Especialista en el Régimen Jurídico del Comercio Exterior. Profesora Adjunta en la asignatura Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro titular de la AADI.

the analysis carried out by international and national courts at the time of issue on the international responsibility of States.

KEY WORDS

Human Rights. Migrants. Sources. Jurisprudence. International responsibility.

SUMARIO

1. Tratamiento de las cuestiones migratorias en el Derecho Internacional. **2.** Particularidades del sistema jurídico internacional en el contexto de los Derechos Humanos de los migrantes. **a)** Nacionales y no nacionales: divisibilidad de derechos. **b)** Derechos de los migrantes: Dispersión, complejidad y evolución normativa. **3.** Conexión entre los sistemas jurídicos. **a)** Fuentes internacionales y su relación con el orden jurídico interno. **4.** Responsabilidad internacional por ilícitos vinculados con los Derechos Humanos de los migrantes. **a)** Implementación de los acuerdos sobre derechos humanos en el orden interno. **b)** Efectos extraterritoriales de las políticas migratorias: derechos en suspenso. **5.** Conclusiones.

1. Tratamiento de las cuestiones migratorias en el Derecho Internacional

Las cuestiones migratorias vienen siendo analizadas desde distintos puntos de vista (histórico, sociológico, jurídico, político, sanitario, etc.) los que, lógicamente, encaran aspectos parciales de la temática. La tendencia general ha sido la de encapsular los estudios jurídicos a los derechos humanos de los migrantes en el país de recepción, prácticamente ignorando que el fenómeno migratorio tiene orígenes y repercusiones globales y que no es desatinado incorporar a su tratamiento la responsabilidad del Estado de origen, de tránsito y de las organizaciones internacionales. Por caso, hechos internacionales de las últimas décadas demuestran que los conflictos armados, las persecuciones étnicas, los sistemas políticos no democráticos, las intervenciones extranjeras, las recetas económicas de organismos financieros internacionales y los problemas de subdesarrollo han creado climas propicios para que muchos seres humanos se hayan visto obligados a migrar¹. También viene especulándose con la generación de refugiados o migrantes ambientales para los próximos decenios.

¹ Según Naciones Unidas, en 1990 existían más de 155 millones de personas migrantes, mientras que para 2010 la cifra superaba los 230 millones, de los cuales 16 millones eran refugiados. Esto representa un 3,1 % de la población

Quizás por este motivo es que en la mayoría de los documentos internacionales suele hablarse de los derechos de los migrantes como un “desafío” para la sociedad internacional, lo cual hasta cierto punto es entendible porque la dinámica, variabilidad, magnitud y complejidad de la movilización de personas son cuestiones que exceden el marco propiamente jurídico. Pero es de destacar que se cuenta con instrumentos universales y regionales básicos sobre derechos humanos que los Estados se han comprometido respetar y que, en el caso de los migrantes, sólo requieren ser reforzados e implementados. Esto es, ni más ni menos, que la realización de lo establecido en la *Carta de las Naciones Unidas* respecto de la cooperación internacional para solucionar problemas de carácter económico, social, cultural y humanitario y el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y las libertades de todos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (art. 55).

Desde la adopción de este instrumento internacional han transcurrido muchos años. Las migraciones dejaron de ser organizadas, esto es, convenidas entre el país de origen y el de recepción, hecho que ha repercutido en la identificación de los derechos reconocidos a todos los migrantes. A ello se agrega que para algunos gobiernos el ingreso de extranjeros se ha transformado en una cuestión de alta política, llegándose a vincular a toda migración ilegal o masiva de personas con el orden y la seguridad nacionales. De esta manera han abandonado la “política de extranjería” para priorizar la “política de inmigración” como una herramienta de defensa nacional² o de factor de desarrollo económico.

2. Particularidades del sistema jurídico internacional en el contexto de los Derechos Humanos de los migrantes

a) Nacionales y no nacionales: divisibilidad de derechos

Existe una obligación internacional general de proteger los derechos

mundial. Por región se estima 19 millones de migrantes en África, 61 millones en Asia, 69 millones en Europa, 50 millones en América del Norte, 6 millones en Oceanía y 7,4 millones en América Latina y el Caribe². En el caso de los refugiados hay 2,5 millones en países africanos, 10,8 millones en países asiáticos, 1,5 millones en países europeos y 500 mil en Sudamérica y el Caribe. Se podrían seguir aportando otras referencias estadísticas que explicarían, en parte, las causas de las migraciones y el porqué de los flujos migratorios desde y hacia determinadas regiones. En Argentina los extranjeros representan el 4,2% de la población, siendo un 2,6% de países limítrofes.

² «Recordemos que la Revisión Estratégica de la Defensa, aprobada en 2003 con el apoyo de los grupos parlamentarios mayoritarios, señalaba ya como uno de los riesgos para la seguridad nacional (...) los movimientos migratorios extraordinarios y no controlados...» (Cf. Ministerio de Defensa de España. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Documentos de seguridad y defensa, n° 6. El control de los flujos migratorios hacia España: situación actual y propuestas de actuación. Disponible en http://www.ceseden.es/centro_documentacion/documentos/6.pdf).

humanos. Este principio universal es indubitable, en cambio otras formulaciones jurídicas generan dudas. Así, ciertos documentos aluden al concepto de indivisibilidad de los derechos humanos como presupuesto jurídico arraigado a escala mundial³, en tanto que algunos tratados hacen mención a los “derechos esenciales” de la persona humana (Convención americana sobre los derechos humanos), otros a los “derechos humanos fundamentales” (Carta de las Naciones Unidas) o a los “derechos humanos fundamentales reconocidos por leyes internas, convenios, reglamentos o costumbres” (Pacto internacional de los derechos civiles y políticos y Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales), sin realizar demasiadas precisiones. El debate se ha centrado en el origen histórico-político de los dos pactos internacionales y la complementariedad/integralidad entre los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales⁴, pero dicho análisis no ha superado la prueba de determinar cuáles son primordiales dentro de una u otra categoría⁵.

Por este motivo es que parte de la doctrina se ha esmerado en identificar aquellos que conformarían un “núcleo duro” –también llamados intangi- bles– y deben ser respetados en toda circunstancia y respecto de todo ser humano de forma absoluta⁶, ya que reflejan una prioridad axiológica. Esto ha llevado al siguiente razonamiento: si existen derechos humanos que pertenecen a esta área y otros que no, la característica de indivisibilidad no pareciera tal⁷ y el reconocimiento y goce de algunos de ellos depende de cuestiones de hecho, tiempo y lugar.

Efectivamente, el derecho a una nacionalidad no se halla presente en todos los tratados generales sobre derechos humanos (*v.g.* el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos no mencionan el derecho a una nacionalidad), o su reconocimiento es amplio o limitado en los documentos internacionales:

³ Por ejemplo, Declaración de Teherán de 13 de mayo de 1968, Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 6 de junio de 1986, Preámbulo de la Resolución 48/141 de la AG de la ONU de 1994.

⁴ CANÇADO TRINDADE, A. *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales* (disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1835/5.pdf>).

⁵ Bien ha dicho la Corte IDH que la obligación de respetar «ciertos derechos humanos esenciales» es considerada hoy como una obligación *erga omnes* (Opinión Consultiva sobre *garantías judiciales en estados de emergencia*, n° 9/87, párr. 38).

⁶ Por ejemplo, el derecho al acceso a la justicia es sin duda un derecho esencial, porque aunque pertenezca al área de los derechos civiles es la única herramienta para reclamar por violación a derechos económicos, sociales y culturales.

⁷ En el quinto informe para el tópico «Expulsión de los extranjeros» el relator especial de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha sistematizado las distintas posiciones en relación a los derechos fundamentales y señala que «más allá del discurso filosófico o de un enfoque ideológico y esencialmente moral de la cuestión, ha de admitirse que el derecho relativo a los derechos humanos no protege todos

1) la *Declaración Universal de Derechos Humanos* establece que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad”;

2) la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* expresa que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier país que esté dispuesto a otorgársela”;

3) la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, luego de afirmar que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, sólo prevé la obligación de concederla al Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra; y,

4) el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* únicamente contempla el derecho de adquirir una nacionalidad para los niños.

Por lo demás, el derecho internacional reconoce la potestad soberana de un Estado para regular las cuestiones de nacionalidad (adquisición y pérdida)⁸ con las limitaciones que el mismo sistema establece (no discriminación u otras obligaciones convencionales).

Como la falta de nacionalidad del Estado donde la persona se encuentra puede repercutir en el disfrute de algunos derechos (derecho de residir, derecho de propiedad⁹, derechos políticos, derecho a trabajar,

los derechos de la misma manera». Afirma que «de manera general, se considera que los derechos fundamentales que integran el ‘núcleo duro’ de derechos humanos son el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, las penas y tratos inhumanos, la esclavitud y la servidumbre. Algunos autores añaden los principios de igualdad y no retroactividad de la ley» (A/CN.4/611 de 27 de marzo de 2009).

⁸ Reviste interés la sentencia de la Cámara Nacional Electoral que negó a dos ciudadanos argentinos nativos el derecho a renunciar a la nacionalidad. Dichas personas querían obtener la nacionalidad lituana, a cuyo afecto debían renunciar a la argentina. El tribunal indicó que «se puede afirmar que no es posible admitir la renuncia de la nacionalidad nativa, ya que equivaldría a consagrar una causal de pérdida de aquella nacionalidad, lo que sería inconstitucional» y «contradice el principio de obligatoriedad del voto». (Sentencia N° 4122/2009 de 5 de marzo de 2009. «C.S. y F.J/ solicitan renuncia a ciudadanía argentina» [Expte. N° 4462/08 CNE] Salta). Si bien el caso se limitó a determinar si la legislación argentina admitía tal derecho, el interés jurídico recae en disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos que prevé el derecho de cambiarla (art. 15.2), de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIX) y del Pacto de San José de Costa Rica (art. 20.3). El último documento prohíbe privar arbitrariamente del derecho de cambiarla.

⁹ En el caso de algunos países de Medio Oriente los apátridas- a veces porque la transmisión por el sistema *jus sanguinis* sólo funciona por vía paterna- tienen un estatuto similar al de los inmigrantes ilegales y en muchos casos les resulta difícil obtener la radicación o recibir educación gratuita para sus hijos. Ello también afecta otros derechos, porque en ciertos países de la región los no nacionales o los nacionales de algunos Estados no pueden ser propietarios (Cf. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *MEETING REPORT. Regional Expert Meeting on the Human Rights of Stateless Persons in the Middle East and North Africa*, Feb. 2010, p. 16 y ss). El derecho de propiedad también está restringido absoluta o relativamente a los extranjeros

acceso a determinados empleos públicos o a funciones directivas en el sector privado, derecho a la educación en instituciones militares o de seguridad interior, prestaciones de la seguridad social) y no en otros, es difícil sostener que la indivisibilidad sea un concepto dominante, pues depende de circunstancias jurídicas que no necesariamente se dan de manera simultánea. Por lo que, además de hablar de “derechos esenciales”, es pertinente indagar cuál es la “esencia” de tal o cual derecho. Así, el vínculo efectivo de las personas con un país a través de la nacionalidad traspasa el ámbito de los derechos humanos al ser inescindible de un elemento básico para la existencia de un Estado¹⁰, al cual se lo identifica como Patria, y traduce el sentimiento personal de pertenecer a una sociedad nacional y no a otra¹¹. Dicho de otro modo: hay derechos que corresponden a la persona como tal y otros por ser nacional de un Estado¹². Incluso hay derechos que no pueden ser ejercidos por los nacionales en su propio país, sino únicamente por los extranjeros (asilo territorial, protección diplomática y asistencia consular).

La manera en que están enunciados los derechos en los tratados pertinentes, las reservas formuladas sobre determinadas disposiciones y la práctica de los Estados también contrarían la idea de indivisibilidad como rasgo suficientemente consolidado, y confirman la corriente jurídica del “estándar mínimo internacional” en el trato debido a los extranjeros, frase repetida hasta el cansancio en la mayoría de los textos de derecho internacional y por la jurisprudencia. Entonces ¿cómo puede hablarse de indivisibilidad de los derechos humanos y estándar mínimo a la vez?¹³

en México en el art. 27 de la CN, obligándoles a renunciar a la protección diplomática o impidiéndoles adquirir tierras en franjas fronterizas. En Argentina se viene discutiendo sobre la limitación de venta de inmuebles rurales a extranjeros.

¹⁰ Piénsese simplemente en la fórmula «opción cero» seguida por los principales Estados surgidos de la disolución de la URSS para definir la nacionalidad de sus habitantes.

¹¹ «Pedir y obtener (la naturalización) no es un acto corriente en la vida de un hombre. Entraña para él ruptura de un vínculo de fidelidad y establecimiento de otro vínculo de fidelidad. Lleva consigo consecuencias lejanas y un cambio profundo en el destino del que la obtiene». CIJ. Asunto *Nottebohm*. Sentencia de 6 de abril de 1955, p. 24.

¹² «Sobre el artículo 20 de la Convención, la Corte ha establecido que éste abarca un doble aspecto: [e]l derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo». Corte IDH. Opinión consultiva relativa a la *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización* (OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4), par. 32.

¹³ Por ejemplo, en la cumbre europea de Tampere (1999) fue aprobada una declaración que incorpora como directriz la concesión de un «trato justo» al inmigrante «aproximando» su estatuto jurídico al de los ciudadanos de la Unión.

¿No será que cuando se afirma la indivisibilidad de los derechos respecto de todo ser humano simplemente se está promoviendo un concepto jurídico que entusiasma, pero que no se ajusta a la realidad normativa actual?

b) Derechos de los migrantes: Dispersión, complejidad y evolución normativa

Pese a que el derecho internacional de los derechos humanos haya alcanzado un importante desarrollo en las últimas décadas –inclusive en lo relativo a los derechos de los migrantes– no constituye un conjunto sistematizado de normas. A la vez, los distintos escenarios en los que se encuentra un individuo que abandona su estado de origen o residencia están abarcados por disposiciones de diversa índole, sean éstas de carácter general o especial, universal o regional. Cabría, entonces, preguntarse cuántas hipótesis comprenden los derechos humanos de los migrantes cubiertas por normas jurídicas internacionales y cuál es su alcance¹⁴. Podríamos responder que son variadas, ya que la normatividad que rige los derechos humanos de los migrantes se halla dispersa dentro del sistema jurídico internacional y es relativamente compleja y evolutiva.

Está dispersa porque la temática es regulada tanto por normas y principios de derecho internacional general (*e.g.*, soberanía de los Estados, *pacta sunt servanda*, *jus cogens*, reparar el daño causado) como de derecho internacional especial (derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional, derecho de las relaciones diplomáticas y consulares). Esta característica no indica que falte conexión entre los distintos sistemas¹⁵, ya que subsisten las relaciones de jerarquía, pero también cabe afirmar que hay reglas propias en cada área jurídica.

¹⁴ En su informe 2010, titulado *International Labour Migration: A Rights-Based Approach*, la OIT distingue tres ejes de protección: a) derechos humanos universales y derechos laborales fundamentales que se aplican a todas las personas, incluidos todos los migrantes, independientemente de su condición; b) normas específicas para los migrantes; y c) determinadas normas laborales que tienen también aplicabilidad general, incluso para los trabajadores migrantes. Mariño Menéndez sostiene que los derechos humanos fundamentales, que constituyen el estándar mínimo universal inderogable, son: derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, derecho a no ser sometido a tortura u otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, el derecho a no ser sometido a la esclavitud o servidumbre y el derecho al debido proceso. MARINO MENÉNDEZ, A. «Los límites de la noción formal de orden público internacional» en: *Soberanía del Estado y derecho internacional: Homenaje al Profesor JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO*. Tomo II. Universidad de Sevilla. Universidad de Córdoba y Universidad de Málaga, 2005, p. 825.

¹⁵ Para BRUNO SIMMA el espíritu de los derechos humanos ha trascendido los instrumentos específicos sobre derechos humanos ingresando al área del derecho internacional general. SIMMA, B., *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, EJIL, 17 (2006), p. 524.

En el estricto marco de los derechos humanos, la dispersión se evidencia por la presencia de normas dirigidas a proteger a los migrantes – ya sea en su calidad de seres humanos o como especial sujeto de tutela – en numerosos instrumentos universales, regionales, generales y específicos. Entre otros: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 1966, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1950, la Convención sobre el Estatuto de Apátrida de 1954, la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares de 1990, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el Protocolo de San Salvador sobre los derechos económicos, sociales y culturales, la Convención Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos de 1981, la Convención Europea sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, la Carta de los Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Unión Europea de 2000.

Visiblemente cada uno de estos tratados tiene su ámbito de validez material, personal y espacial, en algunos casos amplio y en otros reducido.

La complejidad resulta no sólo de la existencia de un sinfín de acuerdos dirigidos a tutelar los derechos de la persona, sino también de las condiciones de su vigencia en cada Estado particular y de las expresiones “orden y seguridad públicas” incorporadas en los mismos como variables para la restricción de derechos. Como elemento adicional cabe resaltar los variados escenarios jurídicos en los que se puede encontrar un migrante. A modo de ejemplo puede afirmarse que no es lo mismo “trata” que “tráfico ilícito”, porque en el primero el individuo es víctima y en el segundo puede llegar a ser considerado partícipe del hecho, inclusive si está involucrado un menor migrante. Tampoco es idéntica la situación de un solicitante de asilo que la de un trabajador migratorio, la de quien ingresa para seguir algún tipo de estudio o la de aquella persona frente a una solicitud de extradición. Ello lleva a averiguar *quién es el destinatario de la norma*.

En materia de jurisdicción, el derecho internacional da prioridad al Estado y subsidiariamente a cortes, comités o comisiones internacionales. La soberanía del Estado no desaparece aunque sí se ve erosionada, en tanto que los órganos internacionales intervinientes tienen competencias

acotadas por voluntad de los mismos Estados que los crean y debe respetarse la regla de “agotamiento de los recursos internos”. *Excepcionalmente la competencia estatal en materia migratoria es residual* y, en este caso, recae en los órganos de una organización internacional fijar los lineamientos principales (e.g. en la Unión Europea).

Decimos que es evolutiva por tratarse de una materia relativa a los derechos humanos en la que la universalidad y progresividad se han destacado como principios básicos de un subsistema internacional. En línea generales, ello no significa que todos los temas hayan sido suficientemente esclarecidos (e.g., los límites a las competencias soberanas en la materia, la responsabilidad internacional frente a los movimientos migratorios involuntarios o por interceptación de buques con migrantes fuera de la jurisdicción estatal), mientras que en otros se ha alcanzado un paulatino avance (e.g. extensión de la protección diplomática a refugiados y apátridas). A ello se agrega que, pese a tratarse de *lex specialis*, los principios generales del derecho internacional constituyen reglas que inciden en la elaboración, aplicación e interpretación de sus normas, particularmente en el marco de la responsabilidad internacional del Estado, por lo que en algunos aspectos su autonomía es relativa.

3. Conexión entre los sistemas jurídicos

a) Fuentes internacionales y su relación con el orden jurídico interno

Revisten particular importancia las fuentes internacionales para comprender el entramado normativo y las conexiones que se visualizan dentro de los sistemas.

En el caso de la costumbre, la práctica estatal de los principales países receptores de migrantes nos informará sobre los avances en el reconocimiento de derechos a no nacionales y será relevante para la interpretación de los acuerdos internacionales, ya que su implementación en jurisdicción doméstica puede diferir de un Estado a otro¹⁶. Por otro lado, ciertos principios consuetudinarios constituyen una importante parte

¹⁶ «El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio». Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional (STC 107/1984) de 23 de noviembre de 1984.

del derecho internacional humanitario, claramente enlazado con los movimientos migratorios no voluntarios.

En lo que atañe a lo convencional puede afirmarse que la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* incluye una guía normativa respecto a la aplicación e interpretación de los acuerdos internacionales (art. 30 y ss.), permitiendo que por efecto de la sinergia existente en el sistema internacional subsista normativa general y particular sobre la misma materia. No obstante, puede ser que –por ser una regla general– no baste y sea necesario averiguar en qué contexto será aplicada la norma, ya que puede ser más amplio o restringido el contenido de los derechos humanos de los migrantes. Por ejemplo, si tenemos en cuenta que las normas sobre libre circulación y residencia de personas, extradición, tráfico ilícito, minoridad, asilo y repatriación vienen a regular cuestiones y relaciones disímiles, el conjunto de derechos de los migrantes y las obligaciones a cargo del Estado pueden variar sustancialmente.

Ello tampoco significa que no existan reglas superiores en el subsistema de los derechos humanos que le den contención a la norma particular (e.g. principios *pro omine*¹⁷, *non refoulement*, interés superior del menor) o que no deba haber una relación armoniosa entre ellas. Lo que ocurre es que como los tratados sobre derechos humanos, aun cuando involucran y crean obligaciones para los Estados, están destinados a proteger a individuos o grupos de individuos, las distintas alternativas de aplicación e interpretación deben ser manejadas con sumo cuidado y atendiendo a cada caso en particular, pero siempre en beneficio de la persona humana¹⁸.

El régimen de reservas contemplado en los artículos 19 a 23 de la Convención también repercute en la consideración de las normas de los tratados sobre derechos humanos¹⁹, porque basta que el convenio las admita y que sea aceptada por algún o algunos Estados para disminuir la

¹⁷ «Sobre este punto, es necesario recalcar que el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano». Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, par. 34.

¹⁸ Expresiones de la CVDT, tales como «acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones» (art. 31, 3, a), «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado» (art. 31, 3, b) y «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» (art. 31, 3, c), cubren vínculos entre Estados y no deberes de éstos con las personas.

¹⁹ Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se adhiere expresamente a las disposiciones de la Convención sobre el Derecho de los Tratados en el art. 75.

posibilidad de justipreciar si es contraria al objeto y fin del tratado²⁰. Al mismo tiempo, numerosas reservas sobre una disposición particular dificultan que una práctica se generalice, o poner en duda la existencia de un interés común de los Estados en dar un tratamiento especial a grupos vulnerables²¹.

Por esta razón se ha sostenido que las reglas de la Convención pueden no ser adecuadas para interpretar las convenciones sobre derechos humanos puesto que ellas no cubren únicamente relaciones interestatales, sino que el objeto es la protección de la persona humana, ámbito en el que no hay reciprocidad²²; que la fragmentación del derecho internacional no puede darse en la esfera de los derechos humanos, ya que es un régimen integral²³; que el objeto y fin del tratado son criterios de vital importancia para determinar la validez de la reserva²⁴ y facilita la interpretación del acuerdo, diferenciándose las cláusulas esenciales de las menos importantes y la posibilidad de disociación de los derechos, siempre con una visión de conjunto²⁵. Asimismo, que las realmente incompatibles son las reservas globales –tal como expresa el artículo 57 de la “Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales”– y que hay que tener presente si la reserva es a obligaciones

²⁰ *Verbigracia*, en el Convenio sobre discriminación se exige una mayoría de dos tercios en los Estados objetantes para que se considere que la reserva es contraria al objeto y fin del tratado (art. 20 apartado 2), posibilitando que aquellas incompatibles perduren sin ninguna dificultad.

²¹ Son varios los Estados que han efectuado reservas o declaraciones interpretativas intentando restringir el alcance de ciertas disposiciones de la «Convención sobre los derechos del niño»: Alemania notifica una reserva a los arts. 9, 10 y 22 que prevé su derecho a aplicar sus normas migratorias; Bélgica formula una declaración interpretativa, que en realidad tiene el valor de una reserva, al párrafo 1 del art. 2, en relación con diferencias de tratamiento entre nacionales y extranjeros sobre la base de la razonabilidad y objetividad; Suiza hace reserva al art. 10 sobre reagrupación familiar; Nueva Zelanda formula una reserva de interpretación y aplicación de la Convención según el estatuto de residencia en el país; Singapur presenta una reserva que abarca la presencia y permanencia de personas. Una notificación del gobierno de China respecto a Hong Kong señala que se reserva el derecho de aplicar sus leyes en materia de ingreso y permanencia.

²² Véase: «*Texte des projets de directives constituant le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, provisoirement adopté par la Commission du droit international, avec commentaires*» basado en estudios de la CDI desde 1998 a 2010, pp. 489 y ss.

²³ *Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional Elaborado por Martti KOSKENNIEMI (A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006), párr. 183.

²⁴ Un claro ejemplo de conflicto entre reservas y objeto y fin del tratado es la llamada «reserva Sharia», que reenvía al derecho interno, permitiendo que los Estados árabes limiten el efecto de cláusulas de la convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer.

²⁵ *Ibid.*, *Texte ...*p. 438 y ss.

sustantivas o procedimentales (por ejemplo, de exclusión de competencias del órgano de control de aplicación de tratado).

Fuera del asunto de las reservas, puede decirse que los tratados sobre derechos humanos contienen principios generales que se aplican a toda circunstancia (*v.g.*, no discriminación, no privar arbitrariamente de la vida, prohibición de la esclavitud y de los tratos degradantes, acceso a la justicia) y permiten interpretar normas de otros sistemas. En el caso de los regímenes particulares la solución normativa es específica al estar más delimitado el objeto y fin del acuerdo, tal como sucede con el régimen relativo a los derechos de los trabajadores migratorios.

Incluso aparecen reglas comunes a distintos sistemas para regular situaciones exclusivas, como lo es el principio de *non refoulement* (Convención relativa al Estatuto de Refugiado, Convención contra la Tortura, IV Convenio de Ginebra y Protocolo adicional I, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, Convención sobre los refugiados y desplazados de la Organización de la Unidad Africana).

Otras veces, un principio de un sistema especial puede resultar trascendental no sólo a los fines de la interpretación de un tratado sino también en la aplicación de disposiciones de otro, como acontece con el principio del “interés superior del menor” reconocido en la *Convención sobre los derechos del niño*. Tal como sugiere el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, esta regla cambia sustancialmente los parámetros del análisis en materia de asilo e insinúa que el reclutamiento como soldados, la explotación sexual, la trata y la costumbre de mutilación genital femenina podrían tener cabida en la *Convención sobre el Estatuto de Refugiado*²⁶.

Tal especificidad no lo particulariza como un régimen autónomo, ya que como dijéramos anteriormente la fragmentación del derecho internacional no lleva a una falta de conexión ni es posible prescindir de los principios generales, de tal suerte que la elección de la norma pertinente surgirá de una interpretación sistemática que involucre al sistema general y a los subsistemas.

b) Rol de la jurisprudencia en la identificación e interpretación de las normas que protegen a los migrantes

Habida cuenta que disposiciones de los tratados sobre derechos humanos están redactadas de manera impersonal y que algunos derechos

²⁶ NACIONES UNIDAS. ACNUR. *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*. Febrero de 1997 (disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6027.pdf>).

se reconocen a “toda persona”, a “todo ser humano”, a “toda persona que”, a “todo extranjero que”, a “todos los ciudadanos”, a “todo niño”, o bien a través de fórmulas que estipulan que “nadie puede ser privado de” o que “se reconoce el derecho de”, los tribunales cumplen un activo rol en la determinación e interpretación de reglas de derecho, particularmente cuando es necesario armonizar regímenes especiales²⁷.

De esta forma, la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales va requiriendo precisiones jurisprudenciales y muchas de ellas sugieren que existen derechos condicionados para los extranjeros porque el legislador nacional goza de mayor margen en su regulación y otorga un distinto trato. Precisamente, en el marco normativo internacional y comunitario de los derechos humanos el “principio de igualdad” reviste una importancia capital, pero va atenuándose por vía de las reglas de la “razonabilidad”, “objetividad” y “proporcionalidad” que autorizan realizar diferencias entre nacionales y extranjeros, o entre extranjeros y los tribunales son consecuentes con las mismas²⁸. Ello por dos razones inseparables:

1) la prohibición de discriminación en materia de derechos humanos no tiene una existencia independiente y sólo tiene significado si se aplica en relación con un derecho o libertad enunciado; y

2) la medida de la igualdad en derecho internacional está establecida por el propio sistema jurídico, de tal suerte que junto con el principio aparecen excepciones sustantivas.

Verbigracia:

- La *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial* prevé que no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado entre nacionales y no nacionales (art. 1 párrafos 2 y 3) y, si bien no puede afectar a una determinada nacionalidad respecto de otra, los acuerdos regionales sobre libre circulación y establecimiento otorgan preferencias hacia nacionales de determinados Estados (*esquema migratorio diferen-*

²⁷ En el asunto *Diallo* la CIJ dio especial relevancia a la interpretación de los acuerdos sobre derechos humanos realizada por los comités competentes y tribunales regionales a los efectos de lograr coherencia y seguridad jurídica en su aplicación (CIJ. Asunto *Ahamadou Sadio Diallo. República de Guinea c. República Democrática del Congo*. Sentencia de 30 de noviembre de 2010, pár. 66 y ss.).

²⁸ Sin demasiados argumentos jurídicos la ACNUR afirma lo siguiente: «Todas las personas, en virtud de su humanidad intrínseca deben gozar de todos los derechos humanos, a menos que distinciones excepcionales, como por ejemplo la establecida entre ciudadanos y no ciudadanos, obedezcan a un objetivo legítimo del Estado y sean proporcionales al logro de ese objetivo». ACNUR. *Los derechos de los no ciudadanos*. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2006. HR/PUB/06/11 (disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6561>).

ciado)²⁹. Nuevamente el soporte de algunos derechos es la detentación de determinada nacionalidad.

Por otro lado, muchos países exigen visas para nacionales de ciertos países sin que ello haya merecido críticas en relación con la obligación de no discriminar³⁰. Cuando estos visados están relacionados con la residencia temporal, los requisitos son mayores (certificados de buena conducta, contar con medios de subsistencia, invitación de un familiar y, en algunos países, conocimientos del idioma). Si, además, el extranjero desea trabajar, requiere de una autorización particular, ya que no todas las visas permiten ejercer este derecho, o habiéndola obtenido no necesariamente conducen a acceder a cualquier empleo.

- El *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* contiene el principio de no discriminación en los artículos 1, párrafo 2, y 26, pero conforme vamos analizando sus disposiciones veremos que el derecho de circulación y residencia requiere de la presencia legal en el territorio de un Estado (art. 12), en tanto que el artículo 25 se refiere exclusivamente a derechos de los ciudadanos (políticos, acceso a funciones públicas). Prohíbe que a un nacional se le prive del derecho de entrar a su propio país (art. 12.3) y únicamente la expulsión arbitraria o colectiva de extranjeros (art. 13), ya que supone que un Estado no puede expulsar de manera alguna a sus ciudadanos. Dos últimas cuestiones a destacar respecto al derecho de residencia y los derechos contemplados en el Pacto son: a) aunque no prevé el derecho de asilo, se ha entendido que a partir de la solicitud de protección la persona se halla legalmente en el territorio; b) puede verse facilitado sobre la base del principio de reunificación familiar³¹.

²⁹ Por ejemplo, el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía (Acuerdo entre la CEE y Turquía de 1963 y Protocolo adicional de 1970) instituye a los nacionales turcos como beneficiarios de acceso privilegiado al mercado de trabajo respecto de otros extranjeros extracomunitarios.

³⁰ Argentina no requiere visado de ingreso únicamente para nacionales de algunos países americanos (Estados Unidos, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela) y para ciudadanos de la Unión Europea.

³¹ La Corte Suprema de Justicia de Argentina debió entender en una causa que permite realizar algunas reflexiones. La acción recursiva fue formulada por un residente legal de origen chino en beneficio de su esposa, cuyo ingreso al país había sido rechazado en aplicación de una disposición del reglamento migratorio vigente al momento de la solicitud, que preveía dicha interdicción para quienes evidenciaran una conducta «proclive al delito». Uno de los fundamentos legales para resolver a favor del recurrente fue el principio de unidad familiar en materia de inmigración, reconocido por el mismo Ministerio de Relaciones Exteriores en su contestación a la demanda, cuando afirmó que el no otorgamiento del permiso de radicación implicaba «frustrar la reunificación familiar, con sus secuelas de daño irreparable para todos sus integrantes por la eventual responsabilidad

- La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* presenta disposiciones con similar contenido, salvo porque expresamente impide la expulsión de nacionales (arts. 1, 22 y 24) y desaparece la prohibición de no discriminar respecto del “origen nacional” en caso de suspensión de algunas garantías (art. 27.1). La condición de legalidad para ejercer el derecho de libre circulación y residencia fue reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los asuntos *comunidad indígena Moiwana c. Surinam* (2005)³² y *Vélez Loor c. Panamá* (2010)³³. En ambos casos recordó las consideraciones sobre no discriminación respecto a otros derechos formuladas en la opinión consultiva relativa a la *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (2003)³⁴.
- La regla de la igualdad también sufre una excepción transitoria en el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*³⁵, en el caso de los países en desarrollo cuando se trata de los derechos económicos de no nacionales (art. 2 párrafo 3). Pese a que ésta sea una permisión temporal puede ser inmediatamente superada por disposiciones de otro tratado, por ejemplo la “Convención sobre los Derechos del Niño” no admite la idea de progresividad en su disfrute, tal como lo entendió la CSJN, en 2007, al afirmar que “cuando la Constitución Nacional reconoce derechos lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios y que al momento de reglamentarlos se debe garantizar su pleno goce y ejercicio”³⁶.

de uno de sus miembros». CSJN. *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Zhang, Hang c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto* (Z.138.XL). Octubre 23, 2007.

³² «Esta Corte ha sostenido que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. Asimismo, el Tribunal coincide con lo indicado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Comentario General No. 27, el cual establece que el derecho de circulación y de residencia consiste, *inter alia*, en lo siguiente: a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia; y b) el derecho de una persona a ingresar a su país y permanecer en él. El disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar». Corte IDH, *Caso comunidad indígena Moiwana c. Surinam*, Junio 15, 2005.

³³ Corte IDH. *Caso Vélez Loor c. Panamá* (Serie 218) Noviembre 23, 2010.

³⁴ «En consecuencia, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos». Asunto *condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Corte IDH, par. 119 (OC-18/03) Septiembre 17, 2003.

³⁵ Son partes 160 Estados de los cuales 7 han formulado reservas o declaraciones interpretativas que afectan a no nacionales (Bahamas, Bélgica, Francia, Irlanda, Kuwait, Mónaco y Reino Unido).

³⁶ En 2007, el máximo tribunal de la República Argentina debió resolver un recurso presentado por los padres en representación de su hija menor discapacitada

- La *Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares* –que va unida a los tres instrumentos universales anteriormente citados– presupone derechos básicos sin importar la situación jurídica en el país donde se hallen, a la vez que garantiza el goce de determinados derechos sólo para quienes que se encuentran legalmente en el territorio de un Estado (libertad de movimiento y residencia, afiliación a sindicatos, posibilidad de ejercer derechos políticos conforme a ley nacional, beneficios de la seguridad social especiales³⁷, reunificación familiar). Además, diferencia a aquellos cuya presencia es prolongada o habitual de quienes son migrantes de temporada o itinerantes (e.g. acceso a planes sociales de vivienda).
- El *Acuerdo sobre residencia para los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile* de 2002 fija el derecho de residencia de dos años para los nacionales de estos países, siempre que se cumplan las disposiciones del mismo tratado referidas a requisitos de estancia regular. Durante este lapso, gozan de similares derechos civiles, condiciones laborales y de seguridad social que los nacionales. En otras palabras: excluye a los que han ingresado clandestinamente o que no pueden demostrar su ingreso conforme a la normativa migratoria nacional, ya que explícitamente habla de regularización migratoria en el artículo 3, inc. 2.
- La *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* de 2000

desde el nacimiento, todos de nacionalidad boliviana y radicados legalmente, a quien se le había negado una pensión por invalidez (pensión no contributiva) por no contar con la residencia mínima de veinte años exigida a los extranjeros. El dictamen de la procuradora consideraba que era correcta la negativa aduciendo que no existía discriminación sino distinción en razón de la nacionalidad, que no se trataba de una situación extrema de subsistencia ni de una menor abandonada, o cuyos padres carecieran de recursos económicos o no recibieran ayuda estatal. CSJN. *Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de D.R.A. en la causa R.A. D. c/Estado Nacional* (R-350-XLI). Septiembre 4, 2007.

- ³⁷ Artículo 43. 1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:
- a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate;
 - b) El acceso a servicios de orientación profesional y colocación;
 - c) El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento;
 - d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres;
 - e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes;
 - f) El acceso a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión, sin que ello implique un cambio de su condición de trabajadores migratorios y con sujeción a las normas y los reglamentos por que se rijan los órganos interesados;
 - g) El acceso a la vida cultural y la participación en ella.

reconoce el derecho a la libre circulación y residencia para los ciudadanos comunitarios, el que puede extenderse a nacionales de terceros países que residan legalmente en algún país de la Unión Europea. También permite la restricción preventiva a la libertad de un extranjero para disuadir que entre ilegalmente al territorio (*e.g.* detención en aeropuertos o puertos), apareciendo como excepción al artículo 6³⁸. Del mismo modo, sólo reconoce condiciones laborales equivalentes a las de los ciudadanos para los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar (art. 15.3).

- La *Carta Social Europea* de 1961 fija una serie de derechos para los trabajadores migratorios bajo condición de legalidad en el territorio de los Estados Partes (art. 19). Esta limitación fue interpretada por el Comité Europeo de los Derechos Sociales a raíz de un reclamo colectivo formulado en 2003. En el mismo se denunciaba a Francia por violación al derecho a la asistencia médica y social y al derecho de los niños y adolescentes a la protección social (arts. 13 y 17) al imponer tasas especiales para la atención médica de inmigrantes irregulares. En este caso, la interpretación tuvo en cuenta que, a pesar de la ilegalidad, se trataba de grupos humanos vulnerables por ser menores de edad y su vínculo con el derecho a la vida³⁹.

También el derecho derivado permite advertir algunas diferenciaciones:

- La *Directiva 2004/38* del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, establece el derecho a la igualdad de trato en el primer párrafo del artículo 24 y la excepción en el segundo (24.2: “No obstante lo dispuesto en el apartado 1, durante los primeros tres meses de residencia o, si procede, el período más largo establecido en la letra b) del apartado 4 del artículo 14, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias”).

³⁸ «Se ha hecho un paralelismo con el inc. f) art. 5 del Convenio Europeo sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales a los fines de su interpretación, pues esta disposición fija una excepción: si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición» (UNIÓN EUROPEA. *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*. Doc. 2007/C 303/02).

³⁹ CEDS (Reclamación n° 14/2003) *Federación Internacional de Ligas de los Derechos del Hombre (FIDH) c. Francia*. Mayo 13, 2003.

- La *Directiva 2003/109* del Consejo de la Unión Europea sobre el estatus de los residentes legales de larga duración de terceros países estipula en una misma disposición (art. 11) la igualdad de trato con los nacionales respecto a ciertos derechos y la posibilidad de restringir otros (acceso al empleo, a la educación superior, derechos a la asistencia y protección social).

Las mencionadas excepciones son limitadas. Los derechos a ingresar, libre circulación y residencia al territorio de un Estado suelen estar circunscriptos a los nacionales, para los no nacionales que tienen residencia efectiva⁴⁰ y para los beneficiados por acuerdos internacionales (tratados de libre circulación y establecimiento, refugiados y apátridas) y normativa interna⁴¹. Aun en el último caso, están ajustados a lo dispuesto por los términos de cada tratado⁴². Por ejemplo, ni siquiera la ciudadanía de la Unión Europea conlleva el derecho absoluto de residencia de un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro, pues si se trata de un período mayor a tres meses han sido previstos varios requisitos para su

⁴⁰ Tampoco es absoluto el derecho a permanecer, porque pueden ser expulsados en circunstancias excepcionales.

⁴¹ El decreto 616 de 2010 (reglamentario de la ley 25.871) en el artículo 23 inc. m), que pueden obtener la residencia por «razones humanitarias» quienes estén necesitados de protección internacional aun cuando no sean refugiados o asilados en los términos de la legislación aplicable en la materia, pero que se encuentran amparados por el principio de no devolución y no pueden regularizar su situación migratoria a través de los restantes criterios previstos en la Ley N° 25.871 y en la reglamentación; las personas respecto de las cuales se presume verosímelmente, que de ser obligadas a regresar a su país de origen quedarían sometidas a violaciones de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional; quienes hayan sido víctimas de la trata de personas u otras modalidades de explotación esclava y/o víctimas del tráfico ilícito de migrantes; aquellos que invoquen razones de salud que hagan presumir riesgo de muerte en caso de que fueren obligadas a regresar a su país de origen por falta de tratamiento médico; y los apátridas y refugiados que hubieran residido en el país por un plazo superior a tres años y su condición hubiese cesado.

⁴² El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló: «El párrafo primero del artículo 40 del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el 27 de abril de 1976 y aprobado, en nombre de la Comunidad, mediante el Reglamento (CEE) n° 2211/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no impide que el Estado miembro de acogida deniegue la renovación del permiso de residencia de un nacional marroquí, a quien haya autorizado a entrar en su territorio y a ejercer en él una actividad laboral por cuenta ajena, durante todo el tiempo en que el interesado disponga de ese empleo, en la medida en que el motivo inicial para el reconocimiento de su derecho de residencia no subsista cuando expire la validez de su permiso de residencia». Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asunto *Nour Eddline El-Yassini c. Secretary of State for Home Department. Petición de decisión prejudicial: Immigration Adjudicator. Reino Unido* (C-416/96). Sentencia de 2 de marzo de 1999.

ejercicio⁴³. Empero, como el efectivo disfrute del derecho de residencia para algunos migrantes va unido al derecho a la reunificación familiar esta restricción también puede quedar desplazada en casos puntuales⁴⁴.

En el contexto del *asilo* la unidad familiar presenta otras particularidades, ya que entran a jugar varias disposiciones convencionales que pueden tener distintos ámbitos de aplicación espacial o personal y aun emplearse de manera simultánea. En este sentido, un Estado que no esté obligado por la “Convención sobre el Estatuto de Refugiado” quizás deba otorgarlo por vía de otro acuerdo universal o regional. En la práctica los Estados conceden asilo a la persona y a su grupo familiar, bien sea por el principio de unidad de la familia aplicable en circunstancias normales, o porque ciertos actos que puedan ser cometidos sobre el solicitante en su país de origen repercutirán en su familia. Por eso es que, luego de analizar las pruebas, son los principios de razonabilidad y objetividad los más utilizados por los tribunales. En algunas situaciones consideran que no se les otorgará protección porque pueden ser relocalizados en su propio Estado en sitios donde reciben protección⁴⁵, o analizan si ha existido un cambio de circunstancias que no haga necesario el asilo.

Cabe mencionar el importante desarrollo jurisprudencial –nacional e internacional– en materia de protección de la mujer, ya que son cada vez más numerosos los casos en los cuales una migrante obtiene refugio por discriminación vinculada a tratos degradantes y crueles (mutilación genital femenina⁴⁶ y ostracismo) o con el temor a la privación de la vida en el

⁴³ Art. 7 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

⁴⁴ Tal como ha expresado el Tribunal de las Comunidades Europeas «...cuando un ciudadano de la Unión funda una familia después de haberse establecido en el Estado miembro de acogida, la negativa de ese Estado miembro a autorizar que los miembros de su familia, nacionales de un país tercero, se reúnan con él en dicho Estado podría disuadirle de continuar residiendo allí y llevarle a abandonar ese país para poder llevar una vida familiar en otro Estado miembro o en un país tercero (...). Por consiguiente, procede declarar que la Directiva 2004/38 reconoce a los nacionales de un país tercero, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, el derecho de reunirse con ese ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida, con independencia de que dicho ciudadano se haya establecido antes o después de haber fundado una familia». Asunto *Blaise Baheten Metock y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform*, par. 89 y 90, TJCE (C-127/08), Julio 25, 2008.

⁴⁵ Véase: jurisprudencia del tribunal británico de inmigración y asilo (disponible en: http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/files/Bench_Book_Appendices_SEPTEMBER_2007.pdf).

⁴⁶ *Ahmed v. Keisler*, 504 F.3d 1183, 1194, Tribunal del 9° Circuito Federal de Estados Unidos, 2009.

mismo entorno familiar o social. En estos supuestos se ha llegado a considerar que aunque el Estado de origen no ha sido materialmente responsable de estos ilícitos lo es por no otorgar la protección necesaria (*diligencia debida*)⁴⁷, recayendo en el país de acogida el deber de no devolución.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales sabemos que la excepción del “Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos” sólo beneficia a los países en vías de desarrollo, es circunstancial y se limita a los derechos económicos. Sin embargo, la *Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares* y la jurisprudencia internacional han venido a cubrir las lagunas existentes, a veces haciendo una interpretación extensiva. En efecto, a partir de 2003 la citada opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a los derechos de los migrantes en situación irregular tuvo –y tiene– mucha trascendencia al aludir al principio de igualdad. De la misma forma, en 2009, la Corte Europea de Derechos Humanos entendió que, si bien el artículo 14 del Convenio europeo referido a la prohibición de discriminar no tiene existencia autónoma sino que sirve únicamente para el goce de los derechos y libertades garantizados por las otras cláusulas normativas del mismo acuerdo y de sus Protocolos, las distinciones en el reconocimiento de determinados derechos sociales basados en la nacionalidad no siempre son pertinentes (asunto *Andrejeva c. Letonia*)⁴⁸.

Cabe aclarar que existen otros contrastes en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, específicamente en relación con los de los refugiados, ya que son más amplios que aquellos correspondientes a migrantes irregulares o clandestinos. De cualquier manera no son exigibles indefinidamente en el tiempo y muy contadas veces podrá requerir protección en un tercer Estado bajo pretexto de recibir un tratamiento de índole socio-económico superior. Una excepción lo constituye el “Reglamento de Dublín II” de 2003 –que rige para los miembros de la Unión Europea, Suiza, Islandia y Noruega– pues contiene la llamada *cláusula de soberanía* (art. 3.2), por la cual un Estado Parte puede negarse a reenviar al requirente de asilo al primer país de llegada en territorio comunitario si considera que a la persona no se le asegurarán condiciones adecuadas de vida (por ejemplo,

⁴⁷ *Afryie v. Holder* (n° 08-72626) Tribunal del 9° Circuito Federal de Estados Unidos. Providencia de 26 de Julio de 2010.

⁴⁸ Corte EDH. Asunto *Andrejeva c. Letonia* (n°55707/00). Febrero 18, 2009. La sentencia resolvió el pedido de pensión denegado a una mujer que no tenía la nacionalidad letona pero que, como ciudadana soviética, había trabajado en igualdad de condiciones con los ahora ciudadanos letones en Ucrania y Bielorrusia. El gobierno letón estableció un régimen de pensiones que reconocía los años de trabajo a sus ciudadanos en algunos Estados que formaban junto con Letonia la URSS, por lo que el tribunal consideró que tal distinción de trato era contraria al art. 14 de la Convención Europea.

acceso a la vivienda, educación y servicios de salud)⁴⁹. A través de esta escueta reseña vemos que un cierto número de distinciones y preferencias subsisten dentro de los sistemas regionales y subregionales, normativa que no ha sido considerada contraria al derecho internacional de los derechos humanos por responder a motivos legítimos. También puede constatarse que la jurisprudencia ha ido privilegiando al ser humano por entender que su relación con el Estado no es igualitaria y cada decisión, aunque recaiga en un caso concreto, termina proyectándose a modo de guía para resolver cuestiones jurídicas análogas o bien promueve cambios en la legislación interna.

Verbigracia, en Estados Unidos la ley del Estado de Texas sobre educación, modificada en 1975, dio lugar a un reclamo judicial concerniente a niños extranjeros a los cuales se les negaba un derecho básico. Conocido como *Alien Children Education Litigation (Plyler v. Doe)*⁵⁰ la acción estuvo fundada en la cláusula de igual protección frente a la negativa del gobierno texano a permitir la enseñanza gratuita para menores que no podían demostrar la legalidad de su presencia en Estados Unidos. Luego de emitido el fallo por la Corte Suprema de los Estados Unidos, Texas derogó dicha prohibición.

La línea que separa una distinción de un acto discriminatorio puede ser muy tenue, llevando a que dentro de un complejo sistema de integración ocurran hechos de discriminación, tal como ha sugerido el Comité Económico y Social Europeo respecto de los migrantes extracomunitarios⁵¹.

Otras veces, dentro de un sistema normativo nacional las reglamentaciones introducen exclusiones en el goce de algunos derechos. Por ejemplo, en nuestro país los derechos económicos y sociales han sido garantizados por la ley 25871 que regula la política migratoria nacional (art. 6⁵²), lo cual

⁴⁹ Véase: ACNUR. *Nota informativa de la ACNUR sobre las prácticas nacionales en la aplicación del artículo 3. 2 del Reglamento Dublín II, en particular en el contexto de las propuestas de traslado a Grecia* (disponible en: www.acnur.org/biblioteca/pdf/8147.pdf?view=1).

⁵⁰ *Plyler v. Texas*, 457 U.S. 202 (1982). Entre otras consideraciones, la suprema corte estadounidense afirmó que los menores no deben verse afectados por la conducta de sus padres, que tienen poco control sobre su situación impuesta por la ley, que la educación era un derecho constitucional y se les debía proteger de la discriminación.

⁵¹ «El Comité ha propuesto una legislación horizontal, pero los Estados miembros, la Comisión y el Consejo han decidido elaborar Directivas específicas para algunos grupos de inmigrantes, lo que puede provocar situaciones de discriminación» (Cf. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración». Dictamen de iniciativa. 2010/C 128/06).

⁵² «El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social».

no impide que existan diferenciaciones legales. Tal el caso del régimen de la ley 24714, que regula la asignación por hijo para los trabajadores en relación de dependencia e instaura un sistema de beneficios no contributivos por hijo a través de su decreto reglamentario (Decreto 1602/2009), públicamente conocido como “asignación universal por hijo”. Esta norma fija que el menor de dieciocho años debe ser argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o extranjero con una residencia legal mayor a tres años previos a la solicitud, por lo que este derecho no deviene universal. Otro tanto sucede con ciertas prestaciones vinculadas al derecho a la salud, tales como el Plan Nacer que requiere la presentación de Documento Nacional de Identidad argentino, y los trasplantes de órganos (reglamentaciones del INCUCAI que exigen la residencia permanente⁵³). A mucho que se abunde también los derechos sindicales han caído dentro del rango de restricciones, pues la ley 23551 dispone que el 75% de los cargos directivos y representativos deberán ser desempeñados por ciudadanos argentinos (art. 18).

4. Responsabilidad internacional por ilícitos vinculados con los Derechos Humanos de los migrantes

Para que exista responsabilidad basta que se viole una obligación internacional atribuible a un sujeto de derecho internacional sin importar el origen de dicha obligación. Usualmente el ilícito es atribuible a un Estado a través del comportamiento directo de sus órganos, pero también por prestar ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión de ese ilícito. La responsabilidad puede recaer en varios Estados por un mismo ilícito o en una organización internacional.

En todos los casos el comportamiento puede consistir en acciones u omisiones, o la combinación de ambas. En algunos se espera que el Estado interesado observe un comportamiento exactamente definido, mientras que en otros la obligación sólo establece un estándar mínimo por encima del cual el Estado tiene libertad para actuar.

En materia de derechos humanos de los migrantes, la responsabilidad internacional puede envolver a los países de origen, de tránsito y de destino (*cadena de responsabilidad*), pero no es descartable la de una organización internacional.

a) Implementación de los acuerdos sobre derechos humanos en el orden interno

No todos los derechos humanos están expresamente reconocidos en los ordenamientos constitucionales. Tampoco aparecen agrupados de la

⁵³ Resolución 342/2009.

misma manera o son un catálogo abierto. Ni siquiera puede concluirse que aquellos denominados “implícitos” por derivarse de la “dignidad humana” sean completamente uniformes en todo el planeta, pues los moldes culturales y la subjetividad humana da distintos significados a esta expresión. Por esta razón es que a menudo se recurre a la locución “estándar mínimo internacional” cuando se hace referencia al trato de no nacionales⁵⁴. Sin embargo, el hecho que algunos derechos de los extranjeros estén contenidos en la legislación interna implica una autolimitación para el gobierno de un Estado.

Por otro lado, la legislación migratoria de cada país regula su relación con un extranjero con distintos matices de acuerdo a la situación jurídica en la que éste se encuentre y con arreglo a los acuerdos internacionales que haya suscripto. En este supuesto, el marco de su responsabilidad internacional está relacionado con las obligaciones convencionales vigentes para el Estado (lo cual no significa que otros deberes surjan de normas consuetudinarias), con el agregado que ellas no son compartimentos estancos sino que existe una interrelación entre tratados. Como resultado, las políticas del Estado respecto de los no nacionales también están limitadas por el sistema jurídico internacional.

Por otro lado, será inevitable armonizar el principio de buena fe en la interpretación y aplicación de los tratados sobre derechos humanos con dos excepciones heterogéneas: las *distinciones, preferencias y exclusiones* autorizadas respecto de individuos no nacionales y las nociones de *orden o seguridad públicas y seguridad nacional* como fundamento de restricciones legítimas al goce de derechos. Ello porque no puede haber un abuso de derecho en el uso de las competencias migratorias. Por ejemplo, aunque le asista al Estado el derecho de expulsar extranjeros por razones de orden público, es necesario analizar cuál es el fin y las consecuencias del acto y cuáles los medios empleados (caso *Beldjoudi c. Francia*)⁵⁵ para definir si ha cometido un ilícito.

También cobra interés dilucidar en qué circunstancias puede

⁵⁴ «El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE» (Tribunal Constitucional Español. Sentencia n° 236/2007).

⁵⁵ El tribunal juzga desproporcionada la orden de expulsión de una persona, que poseyó la nacionalidad francesa hasta que este país reconoció la independencia de Argelia y que además era residente permanente, pues excepcionalmente la seguridad pública vinculada a los ilícitos por él cometidos podían ir contra el derecho a la vida familiar. También entendió que las condiciones de vida que hallaría en Argelia, tanto él como su esposa francesa, podría encuadrarse en tratos inhumanos y degradantes, pues dichas personas no tenían ningún vínculo con ese país. Corte EDH. *Beldjoudi c. Francia* (A-234). Marzo 26, 1992.

atribuirse a un Estado falta de debida diligencia en la implementación de los acuerdos sobre derechos humanos, ya que no todas las disposiciones son de aplicación directa. Por esta razón, hay que tener presente la forma en que han sido redactados los tratados. En algunos acuerdos los Estados no asumen una obligación inmediata de cumplir y hacer cumplir esos derechos, sino la de “tomar las medidas necesarias para que progresivamente” todas las personas vayan beneficiándose de ellos y las diferencias entre nacionales y no nacionales están permitidas (*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 2.1.⁵⁶, *Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales* “Protocolo de San Salvador”, art.1)⁵⁷). En otros la exigencia de respetar y hacer respetar es inmediata (*Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, art. 2.2.⁵⁸, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 2). No obstante, de estos contrastes no puede deducirse que la realización progresiva de los derechos económicos y sociales no imponga la obligación de encaminarse con la mayor rapidez y eficacia posible, máxime teniendo presente que tiende a mejorar las condiciones de vida de los grupos más vulnerables, en particular niños y mujeres migrantes.

Por último, el tipo de derecho o derechos en juego tiene relevancia para fijar la responsabilidad internacional. Por ejemplo, el derecho a la vida está relacionado con varios instrumentos internacionales, pues además de las convenciones generales sobre derechos humanos se vincula con las relativas al derecho internacional penal (*e.g.* genocidio, tortura, esclavitud), a la eliminación de la pena de muerte, al derecho internacional de los refugiados y al derecho internacional humanitario (*e.g.* reclutamiento de niños) y prevé para el Estado la obligación de *non refoulement*. Desde esta perspectiva no sólo incluye el deber del Estado de respetar y proteger la vida en su territorio o en el territorio bajo su jurisdicción, sino también evitar que este derecho sea violado fuera del mismo (asunto *Soering c. Reino Unido*⁵⁹).

⁵⁶ Art. 2 párrafo 1. «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar las medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

⁵⁷ En el Protocolo además de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos se agrega la expresión «de conformidad con la legislación interna».

⁵⁸ Art. 2 párrafo 2: «Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, todas las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter».

⁵⁹ En el caso *Soering c. Reino Unido* la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que las consecuencias de la extradición hacia Estados Unidos llevaría a

En cuanto a la *libertad* sabemos que nadie puede ser privado arbitrariamente de ella, pero también que algunas legislaciones migratorias prevén la detención del migrante en el puerto de arribo hasta su salida como medida derivada del rechazo al ingreso⁶⁰. La práctica de la detención de extranjeros en aeropuertos o puertos no siempre es considerada privación arbitraria de la libertad, sino una “restricción” de carácter administrativo en tanto forme parte de las acciones necesarias para evitar las tentativas de inmigración irregular conforme a la ley nacional. En este sentido no puede atribuirse al Estado un abuso de derecho. Pero si la detención de un extranjero en zona de frontera o en la frontera⁶¹ no garantiza que acceda a instancia superior en apelación a la medida dispuesta por el agente migratorio, o bien supone un peligro para la vida de la persona, cae en un ilícito internacional. Inclusive, puede ser contraria al derecho internacional de los refugiados aunque esté basada en la legislación interna⁶². La privación de la libertad como medida previa a la expulsión fue tratada por la CIJ en *Diallo* (2010), en cuya decisión afirma que un arresto o detención destinados a ejecutar una orden de expulsión de autoridad competente no sería arbitraria cuando ese acto ha sido adoptado conforme a la ley⁶³. Acertadamente el juez Cançado Trindade opinó que no basta esta conformidad, sino que también debe estar de

sufrimientos crueles a la espera de la aplicación de la pena de muerte («corredor de la muerte»). El magistrado Meyer entendió que también significaría la violación del derecho a la vida, ya que ningún Estado permitiría hacer a otro algo que no podría hacer por sí mismo, porque su legislación no permite la pena de muerte y que tal sanción no es compatible con el estado actual de la civilización europea. Corte EDH (n°14038/88), julio 7, 1989.

⁶⁰ «El extranjero expulsado que es detenido dentro de los locales de una zona especial de un aeropuerto, de un puerto o de una frontera terrestre a la espera de ser embarcado a bordo de un avión, un buque o un vehículo ya es un expulsado desde el punto de vista jurídico, sin perjuicio de la exigencia de que se respeten su dignidad y sus derechos fundamentales inherentes a su condición de ser humano». Segundo informe sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, 20 de julio 2006 (A/CN.4/573), párr. 185.

⁶¹ El Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) no 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados, define como «fronteras exteriores de los Estados miembros» las fronteras marítimas y terrestres y los aeropuertos y puertos marítimos de los Estados miembros a los que se aplican las disposiciones del Derecho comunitario relativas al cruce de personas por las fronteras exteriores.

⁶² En el asunto *Amuur c. Francia* (1996) la Corte sostuvo que las zonas de frontera no tienen un estatuto internacional. En este caso no existía en la legislación francesa norma alguna que asegurara el acceso a un tribunal ordinario a fin de examinar las causales de detención ni tampoco se les facilitó un abogado para su asistencia.

⁶³ CIJ. Asunto *Ahamadou Sadio Diallo. República de Guinea c. República Democrática del Congo*. Sentencia de 30 de noviembre de 2010, par. 81.

acuerdo con la norma internacional. En esta controversia la “Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos”⁶⁴.

En cuanto a las internaciones de extranjeros en el país de arribo por largos periodos de tiempo (e.g. haitianos, cubanos, afganos, somalíes, rumanos) no existen disposiciones internacionales que sirvan de guía para determinar cuándo es o no conforme al derecho internacional, ni tampoco la jurisprudencia pareciera arribar a conclusiones uniformes pues casi siempre se ha focalizado en las condiciones de detención. Sin embargo, en la práctica, los internados no sólo se ven privados de su libertad ambulatoria sino que durante este período carecen de un estatuto particular (no son regulares, pero tampoco irregulares, refugiados o asilados), inclusive cuando los detenidos son menores de edad. En el asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Belgica* la Corte Europea de Derechos Humanos asimiló las condiciones de detención a los tratos inhumanos y crueles al advertir que se trataba de una persona vulnerable⁶⁵. Sabemos, también, que en caso de internación o de arresto al migrante le asiste el derecho de comunicarse con los funcionarios consulares de su país, tema abordado por la CIJ en los asuntos *La Grand, Avena y Diallo*, pues tal como expresa el artículo 36, párrafo 1, inciso b) de la “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares” las autoridades “habrán de informar sin dilación a la persona interesada” acerca de tal derecho.

El *derecho a la protección de su integridad física y moral* no sólo está referido a las acciones de los órganos del Estado sino también a ser tutelado por el Estado de actitudes y conductas xenófobas graves. Este derecho también presupone que el migrante estará protegido de torturas, tratos degradantes y crueles, esclavitud y todo tipo de servidumbres, ilícitos graves contemplados por el derecho internacional y por la mayoría de las legislaciones nacionales. Incluye tanto el deber de vigilancia como el de castigo a los responsables. Lamentablemente debemos ilustrar este tópico con las expresiones vertidas en 2010 por el Comité sobre los derechos de los trabajadores migrantes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con numerosos casos de asesinato, secuestro y extorsión de extranjeros en tránsito a manos de agentes estatales y no estatales en México, país que siempre ha reclamado el respeto de los derechos de sus nacionales en otros Estados⁶⁶.

⁶⁴ *Ibid.* Opinión separada del juez Cançado Trindade, par. 121.

⁶⁵ Asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Belgique*, par. 55. Caso 13178/03. Corte EDH, Octubre 12, 2006. Se trataba de una niña de cinco años, migrante ilegal y sin la compañía de sus padres, recluida en un centro de internación para adultos. El tribunal entendió que aun cuando el Estado belga estaba facultado para combatir la inmigración ilegal no existía proporcionalidad en la medida al tratarse de una persona vulnerable.

⁶⁶ Según un informe del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas e involuntarias presentado luego de su visita a México, el Comité Mexicano para los Derechos Humanos informó que entre abril y septiembre de

El *derecho a la unidad familiar* ha sido motivo de reglamentaciones internas y originado numerosas controversias, ya que su violación puede originarse tanto en la no admisión a miembros de la familia⁶⁷ como en su expulsión. En el primer supuesto, porque no hay un único criterio internacional sobre la composición de la familia⁶⁸ y en el segundo porque la unidad familiar no puede lograrse si no es por la salida conjunta del expulsado junto con sus familiares⁶⁹. Por otro lado, este derecho –entendido ampliamente– puede constituirse en fundamento para excluir de responsabilidad penal a aquel extranjero que introduzca clandestinamente a un pariente cercano, aunque en el origen tenga algunos elementos típicos de un tráfico ilícito⁷⁰.

En relación con los derechos económicos, sociales y culturales no sólo ha sido relevante el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya citado⁷¹, sino también el pronunciamiento del máximo tribunal de la ciudad de Buenos Aires recaído en el asunto *Bara, Sakho s/ queja por recurso de inconstitucionalidad (2010)*⁷². Se trató de un grupo de ciudadanos senegaleses –algunos de ellos refugiados– que sin autorización vendía mercaderías de escaso valor en la vía pública. Se los benefició con la misma norma que favorece este tipo de economía de subsistencia para los nacionales, impidiendo que dicha actividad fuera encuadrada en una contravención. A la violación de sus derechos económico-sociales se sumaba la denuncia por discriminación sufrida en manos de agentes policiales y el cercenamiento de su libertad ambulatoria.

En el ámbito europeo, la Corte Europea de Derechos Humanos (asunto

2010 han sido secuestrados 11333 migrantes, estando involucradas tanto autoridades gubernamentales como organizaciones criminales.

⁶⁷ *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Zhang, Hang c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Z.138.XL) CSJN*. Octubre 23, 2007.

⁶⁸ Para la «Convención sobre los Derechos de Niño» el concepto de familia es amplio y responde a costumbres locales (art. 5).

⁶⁹ *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos)*. Caso n° 12.562. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos n° 8110. Publicación: julio 12, 2010. *Stewart v. Canadá*. Comunicación N° 538/1993. Comité de Derechos Humanos de la ONU.

⁷⁰ Véase, sentencia del tribunal de Las Palmas de Gran Canaria de 17 de marzo de 2011, respecto de un refugiado congoleño que hizo ingresar clandestinamente a España a su hermano menor de edad que se hallaba en Mauritania. Los jueces consideraron que se trataba de una conducta moralmente irreprochable hacia un familiar que se hallaba en un país extranjero que no garantizaba su supervivencia.

⁷¹ *Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de D.R.A. en la causa R.A. D. c/ Estado Nacional*. Corte Suprema de Justicia de la Nación (R-350-XLI). Septiembre 4, 2007.

⁷² *Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expte. n° 6925/09 Bara, Sakho s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Mbaye, Ibrahima s/ inf. arts. de la ley 23.098 (Hábeas Corpus)*, 11 de agosto de 2010.

*M.S.S. c. Bélgica y Grecia*⁷³) también se ha manifestado en idéntico sentido, indicando que un país es responsable en razón de su pasividad frente a una persona totalmente dependiente de la ayuda pública y viviendo en la calle sin recursos durante meses, llegando a calificar de trato inhumano y degradante las condiciones de existencia de un solicitante de asilo. Entendió que al retardar el procedimiento del asilo el Estado coloca al individuo en una situación inaceptable.

Paradójicamente uno de los derechos económicos-sociales es el derecho a trabajar y va unido al mejoramiento de las condiciones personales y familiares de vida (vivienda, educación, salud), por lo que el Estado debe articular políticas de pleno empleo. La efectiva vigencia de este derecho beneficiará a nacionales y extranjeros. En Argentina está garantizado a quien tenga residencia autorizada, pues no requiere de un permiso especial como sucede en otros países.

Finalmente, el resguardo de estos derechos no sería tal si la persona no tiene *acceso a la justicia* local y simultáneamente se asegura el *debido proceso*. Aunque los tribunales internacionales han venido repitiendo que los Estados deben respetar estrictamente estos deberes, no siempre los migrantes pueden llevar su caso ante los órganos jurisdiccionales nacionales, particularmente los irregulares o clandestinos.

b) Efectos extraterritoriales de las políticas migratorias: derechos en suspenso

Los conceptos de “orden y seguridad públicas” están contemplados en los acuerdos sobre derechos humanos y suelen aplicarse como fundamentos legítimos de actos gubernamentales que se agregan a la facultad de controlar y regular los movimientos migratorios dentro de sus fronteras y restringir la vigencia de ciertos derechos⁷⁴. Otra locución

⁷³ Asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (nº 30696/09), Corte EDH. Enero 21, 2011. Concernía a la situación de un migrante afgano solicitante de asilo, al que Bélgica reenvía a Grecia por ser el primer país de ingreso a la UE, país donde es detenido y luego liberado a su suerte. El tribunal considera que Bélgica debió verificar las condiciones que la persona hallaría en Grecia, habiendo violado la obligación de no devolución, en tanto que Grecia no disponía de un procedimiento de otorgamiento de asilo ni de condiciones adecuadas para su acogida.

⁷⁴ El numeral 16 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros explicita: «Los beneficiarios del derecho de residencia no podrán ser expulsados mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Por ello, el recurso a la asistencia social no podrá tener por consecuencia automática una medida de expulsión. Conviene que el Estado miembro de acogida examine si tal recurso obedece a dificultades temporales y que tenga en cuenta la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida antes de poder decidir si el beneficiario se ha convertido en una carga

empleada a nivel jurisprudencial es “interés legítimo del Estado en elaborar y aplicar sus políticas migratorias” con la que se trata de identificar conductas gubernamentales que en la práctica pueden o no ser conformes con el derecho internacional.

Ambos enunciados revelan que las acciones que el Estado adopte respecto de no nacionales trascienden la órbita exclusivamente territorial, pues aun cuando parezca que la facultad de control y regulación de movimientos migratorios tiene efectos únicamente dentro de la jurisdicción del Estado, esto no es así. Téngase presente que la implementación de visas u otros requisitos para la admisión de un extranjero tiene secuelas extraterritoriales, especialmente cuando a través de estos mecanismos se impide el ejercicio del derecho a la reunificación familiar. A su vez, la violación de esta prerrogativa sólo puede ser reclamada ante la justicia local y siempre y cuando el solicitante se encuentre legalmente en el territorio del Estado. No obstante, la más inquietante respuesta a las trabas migratorias es el tráfico ilícito de personas, el que se ha incrementado⁷⁵ y muchas veces conduce a la muerte o a la esclavitud.

Las decisiones sobre expulsión o las políticas de retorno de inmigrantes irregulares fundadas en razones de orden y seguridad públicas, o simplemente seguridad nacional, también producen efectos fuera del territorio estatal⁷⁶, e inclusive pueden resultar contrarias a principios y normas sobre derechos humanos. En este sentido la *Directiva 2008/115* del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea –relativa a normas y procedimientos comunes aplicables a los Estados miembros sobre la repatriación de nacionales de terceros países cuya permanencia es irregular– aclara que deberán tenerse “principalmente” en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar y el estado de salud de la persona, sin olvidar el principio de no devolución. Bajo esta norma comunitaria la responsabilidad se origina en un hecho (expulsión, repatriación), acontecido en el propio territorio del Estado, siempre y cuando la medida no sea legítima, razonable y proporcional a la luz de los derechos humanos de determinado migrante o grupo migrante en ese país y su ponderable disminución en el de retorno⁷⁷. Por supuesto, sin olvidarnos del requerido principio de agotamiento de los recursos internos.

excesiva para su asistencia social y si procede su expulsión. En ningún caso se podrá adoptar una medida de expulsión contra trabajadores por cuenta ajena o propia, o personas que buscan empleo, tal como las define el Tribunal de Justicia, salvo por razones de orden público o seguridad pública».

⁷⁵ Se calcula que envuelve entre 800.000 a 900.000 personas por año en todo el mundo.

⁷⁶ Para muchos Estados las remesas de sus nacionales que trabajan en el exterior constituyen una importante fuente de recursos económicos.

⁷⁷ Solicitud de la Comisión IDH a Estados Unidos de suspensión de la repatriación de haitianos de 1 de febrero de 2011 por las condiciones de Haití luego del terremoto de 2010 (Comunicación 5/2011).

Otras derivaciones de la legislación migratoria son más cuestionables y entran en una zona gris: la adopción de medidas exclusivamente aplicadas fuera del territorio del Estado⁷⁸. Desde fines de siglo XX y principios del XXI, varios países han ideado soluciones para evitar flujos migratorios a través de medidas ejecutables en alta mar o en espacios territoriales de otros Estados. Estas atribuciones son discutibles, porque ni en alta mar ni en los espacios sujetos a la jurisdicción de un tercer país puede considerarse que el migrante sea irregular debido a que aún no ha entrado en el territorio del Estado cuyos órganos aplican la medida. A lo sumo, pero no siempre, puede haber salido del país de origen eludiendo los controles migratorios. Por otro lado, los tratados suscriptos entre Estados europeos y africanos se han convertido en un plan de gestión migratoria fronteriza efectuado por los segundos a favor de los primeros, ya que no sólo apuntan a evitar la salida sino también ser país de tránsito para nacionales de países limítrofes, alterando el libre movimiento de personas en el continente africano.

Las prácticas de hacer valer la legislación migratoria fuera del territorio son variadas. En Estados Unidos se la llamó “política de los pies secos”, porque su gobierno entendió que ni siquiera tratándose de personas que podían calificar como refugiados tenían derecho alguno en tanto no pisaran territorio norteamericano. Por este motivo consideraba que no incurria en un ilícito internacional al obligar a los balseros haitianos a alejarse de sus aguas territoriales⁷⁹.

En el seno de la Unión Europea fue creada FRONTEX (Agencia europea para la gestión de la cooperación operacional en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea⁸⁰) como una suerte de policía migratoria internacional. Claramente este no es el fin de protección de los derechos humanos tenido en cuenta en el *Protocolo contra el tráfico ilícito*

⁷⁸ En la opinión consultiva sobre las *consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004) la CIJ observó que la jurisdicción es primariamente territorial, aunque algunas veces se ejerce fuera del mismo, hecho que no autoriza al Estado a escaparse de sus obligaciones internacionales. En el reciente caso *Al-Jedda c. Reino Unido* (2011) la Corte EDH ratificó la regla de responsabilidad por hechos ilícitos en territorio extranjero toda vez que exista un control efectivo.

⁷⁹ «La limitación más importante que los Estados han acordado aceptar es la obligación del artículo 33 de la Convención sobre Refugiados, el *non-refoulement*, la cual protege al refugiado contra el retorno a un lugar de persecución. Esta es una obligación limitada, relevante sólo con respecto a los refugiados que han alcanzado el territorio de un Estado parte, y no es aplicable a las personas objeto de interdicción en altamar. Además, la obligación no impide a un Estado parte el envío de un refugiado a cualquier lugar diferente al país donde se alega persecución». Respuesta de EE.UU. a la Comisión IDH (Informe n° 51/9685 13 de marzo de 1997, par. 71).

⁸⁰ Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007.

de migrantes por tierra, mar y aire de 2000 (art. 2⁸¹). Esta práctica resulta muy interesante, pues fue tratada por la Corte Europea de Derechos Humanos en *Zhavarva y otros c. Italia* (2001) en cuyo pronunciamiento indicó que las medidas puestas en práctica por los gobiernos de Albania e Italia en el acuerdo internacional no tenían por finalidad impedir la emigración sino la inmigración hacia el segundo país y que, en todo caso, la responsabilidad era del segundo por las medidas que adoptaba en su ejecución⁸². Esta decisión se suma a otras donde prima la idea que un Estado deviene responsable por actos contrarios a los derechos humanos cuando ejerce un control efectivo sobre un ámbito geográfico, donde previo acuerdo con otro Estado o sin él, ha extendido su jurisdicción (Corte EDH, asunto *Loizidou c. Turquie* -n°15318/89- *Ila^ocu et autres c. Moldavie* - n° 48787/99)⁸³.

Las acciones de interceptación en alta mar o en aguas territoriales de otros Estados no sólo contravienen el derecho a emigrar, sino que podrían incurrir en una violación a la normativa sobre refugiados que exige el respeto al principio de *non refoulement*, no importando si existe o no consentimiento del Estado ribereño. Inclusive podrían derivar hacia consecuencias igualmente graves, como lo ocurrido en Marruecos a partir de 2003⁸⁴ con la introducción de la pena de prisión para quien intenta emigrar irregularmente. Incomprendiblemente se pierde la libertad por haber ejercido el derecho a emigrar. Lo cierto es que ni siquiera frente a cualquier inmigración irregular es admitida la detención de la persona, pues tal como lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Vélez Loor* (2010) debe ser una medida legítima y necesaria, nunca punitiva.

⁸¹ Art. 2. Finalidad. «El propósito del presente Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico».

⁸² *Viron Zhavarva y otros quince c. Italia y Albania* (39473/98). Corte EDH. Enero 11, 2001. Trató la violación al derecho a la vida a consecuencia de la muerte de 58 ciudadanos albaneses que viajaban en un buque que naufragó al chocar con una nave de guerra italiana que intentaba impedir que ingresaran a las aguas territoriales de Italia. No hace lugar a la demanda por considerar que no estaban agotados los recursos internos.

⁸³ Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estados por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53° período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001. Artículo 17.- Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito. El Estado que dirige y controla a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que dirige y controla.

⁸⁴ Art. 50 de la Ley n° 02-03 relativa a la entrada y residencia de extranjeros en Marruecos, a la emigración e inmigración irregulares.

Mucho más grave resulta el abordaje de pequeñas embarcaciones y la constricción de embarcarse en naves de bandera del otro Estado con quien se tiene un tratado de readmisión sin ningún tipo de control sobre muchos derechos que asisten a las personas. *Verbigracia*, la entrega de personas interceptadas en el Mediterráneo por Italia a Libia, inclusive no nacionales libios (somalíes, eritreos), conlleva la prisión o bien la expulsión, en tanto Libia no dispone del derecho de asilo en su legislación (*Hirsi y otros c. Italia*, reclamo introducido ante la Corte EDH el 26 de mayo de 2009⁸⁵).

¿Hay un traspaso de la responsabilidad hacia ese tercer Estado o las obligaciones sobre derechos humanos conservan su validez pese a que ya no se ejerce el control de la operación? ¿En qué quedan las obligaciones *erga omnes* y el interés común de los Estados de proteger los derechos humanos? ¿Caería dentro del art. 16 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos de la CDI?⁸⁶ ¿Ha agotado el Estado todos los medios legítimos de que dispone para cumplir con sus políticas migratorias?

Para la *Convención sobre Derecho del Mar* la detención y el derecho de visita de buques que no portan el pabellón sólo pueden realizarse en ciertos casos, por ejemplo, el tráfico de esclavos (art. 110); en tanto que el Protocolo sobre tráfico ilícito de 2000 reitera en varias disposiciones la obligación de respetar los derechos humanos. Especialmente los artículos 16 y 18 van más allá del salvamento y repatriación, exigiendo que todas las “medidas apropiadas” deben estar en consonancia con el derecho internacional, “en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, y que cada Estado Parte que intervenga en la repatriación de una persona adoptará todas las medidas que proceda para llevarla a cabo de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la “seguridad y dignidad de la persona”. A su vez, en el comentario al artículo 16 del *Proyecto sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos* de la Comisión de Derecho Internacional se ha explicitado que “para la existencia de responsabilidad por parte de un Estado que preste

⁸⁵ Motivado por la interceptación de 11 somalíes y 13 eritreos a 35 km. al sur de la isla italiana de Lampedusa, zona bajo jurisdicción de Malta y transportados a Libia en naves militares italianas.

⁸⁶ *Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001. Art. 16. «El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia».

asistencia es, pues, un requisito necesario que el hecho de que se trate, de ser atribuible al Estado que presta asistencia, habría constituido violación de sus propias obligaciones internacionales” y que “cuando la asistencia es un elemento necesario del hecho ilícito en ausencia del cual no podría haber ocurrido, el perjuicio sufrido puede ser atribuido concurrentemente al Estado que presta la asistencia y al Estado que comete el hecho ilícito”⁸⁷.

A estas circunstancias bajo análisis se agrega un elemento más y éste es la responsabilidad de la Unión Europea por estar exigiendo la realización de un determinado comportamiento contrario al Derecho Internacional. Efectivamente, se trata de hechos de un Estado miembro sobre la base de una *decisión vinculante de la organización y en interés de la organización*: el resguardo de las fronteras exteriores. Aunque una organización no sea parte de acuerdos universales sobre derechos humanos de los comentarios al “Proyecto sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos” de la Comisión de Derecho Internacional surge el siguiente criterio: cuando una organización está facultada para adoptar decisiones que vinculan a los Estados miembros, la aplicación de esas decisiones por esos Estados puede dar lugar a responsabilidad de la misma aun cuando el control sea únicamente normativo⁸⁸.

5. Conclusiones

A) En derecho internacional actual la concepción del estándar mínimo internacional respecto de no nacionales prevalece respecto de la regla de igualdad de trato, observándose una marcada evolución normativa y jurisprudencial tendiente al reconocimiento de mayores derechos económicos y sociales de los migrantes, particularmente a grupos vulnerables.

⁸⁷ *Ibid.* pp. 155 y 158.

⁸⁸ «En las relaciones entre una organización internacional y sus Estados y organizaciones internacionales miembros, el concepto de ‘dirección y control’ posiblemente podría ampliarse de modo que abarcara los supuestos en que una organización internacional adopta una decisión vinculante para sus miembros. En el comentario del artículo 17 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se señala que [e]l artículo 17 se limita a los casos en que un Estado dominante ejercita su dirección y control sobre un comportamiento que constituye un incumplimiento de una obligación internacional del Estado dependiente’, que el término ‘controla’ se refiere a los casos de dominación sobre la comisión de un hecho ilícito y no solamente al ejercicio de supervisión, ni mucho menos a la simple influencia e interés, y que el término dirige’ no abarca la simple instigación o sugerencia sino connota más bien una dirección real de tipo efectivo. Si la disposición se interpreta a la luz de los pasajes antes citados, la adopción por una organización internacional de una decisión vinculante podría representar, en determinados supuestos, una forma de dirección o control en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito». Informe de la CDI sobre la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos (2005). Doc. A 60/10, p. 107.

B) La existencia de distintos regímenes jurídicos requiere de un análisis sistémico que permita identificar la norma más favorable para las personas migrantes.

C) Las políticas migratorias restrictivas incrementan el tráfico ilícito, la trata de personas y la violación de derechos humanos en los países de tránsito y de destino.

D) Faltan precisiones normativas respecto a la responsabilidad que le incumbe a los Estados y a las organizaciones internacionales por los efectos extraterritoriales de sus políticas migratorias sobre el pleno goce de los derechos humanos.

**CONCLUSIONES DEL TRABAJO CIENTÍFICO
DE LAS SECCIONES**

BLANCA

XXIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
“JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER”

ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN
ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL - 2011

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional del Litoral.
Santa Fe, 10, 11 y 12 de noviembre de 2011

SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

LA APLICACIÓN DEL DERECHO: EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA
EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Relator: Dr. Arturo S. PAGLIARI

VISTOS:

-El relato presentado por el Dr. Arturo Pagliari titulado *El valor de la jurisprudencia en el derecho internacional actual*.

-Las ponencias presentadas: «*La aplicación del derecho: El valor de la jurisprudencia en el Derecho Internacional Contemporáneo*» (Gabriela Teresita Mastaglia), «*El valor de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de la independencia relativa a Kosovo*» (Enrique J. Aramburu); «*Apuntes sobre el conflicto normativo y de jurisdicción entre regímenes internacionales particulares y casuística de su solución*» (Alberto Monsanto); «*Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y proyección actual para Chile*» (Hernán Varela Valenzuela); «*El valor de la jurisprudencia internacional en los tribunales de justicia chilenos a propósito de las normas de ius cogens internacional*» (Regina Díaz Tolosa); «*El rol de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales en la construcción del Derecho internacional Penal*» (Gustavo Carrizo Adris); «*El*

Tribunal Internacional del Derecho del Mar y su contribución al desarrollo del Derecho Internacional en sus primeros quince años (Leopoldo Mario Adolfo Godio); «*La necesaria interacción entre la enseñanza teórica y la jurisprudencia*» (Carina R. Olalla).

- Los aportes de Anahí Priotti, Ariel Mansi, Oscar Benítez, Hugo Llanos Mansilla, Luciano Pezzano, Conrado Assenza, Laura Aguzin, Alberto Monsanto, Arturo Pagliari, Leopoldo Godio, Regina I. Díaz Tolosa y Gabriela Mastaglia.

DECLARA:

- Que el valor de la jurisprudencia en el derecho internacional se ha acentuado con motivo del desarrollo de los medios jurisdiccionales como herramientas empleadas para la solución de controversias.

- Que constituye una práctica generalizada de los tribunales internacionales citar los precedentes judiciales en sus sentencias. La cita de los precedentes judiciales obedece a las siguientes razones: a) Es razonable que en situaciones análogas los tribunales tengan en cuenta los criterios de interpretación normativa empleados con anterioridad; b) Cierta continuidad en los parámetros en que se enmarcan las decisiones judiciales otorga jerarquía y respetabilidad a los tribunales judiciales.

- Que el artículo 38 ap. d) del Estatuto de la CIJ califica a las decisiones judiciales como “medio auxiliar”, es decir, como mecanismo destinado a determinar el derecho aplicable a un caso concreto, aclarando, interpretando e identificando el sentido y alcance de las normas jurídicas.

- Que es indudable la importancia que la CIJ asigna a sus sentencias dictadas con anterioridad, a diferencia de las sentencias emanadas de otros tribunales internacionales.

- Que la circunstancia de negar la calidad de fuente autónoma generadora de normas internacionales a la jurisprudencia, no implica desconocer el valor que tiene la misma en el desarrollo del derecho internacional.

- Que la verificación de las normas internacionales constituye una de las funciones esenciales de la CIJ, dado que facilita considerablemente la aplicación del derecho internacional.

- Que la labor interpretativa llevada a cabo por la CIJ coadyuva a la aplicación eficaz del derecho convencional, de las normas consuetudinarias y de los principios generales del derecho.

- Que las decisiones judiciales, al constatar la calidad jurídica de determinados comportamientos estatales, permiten visualizar cuándo un comportamiento constituye una costumbre internacional, y es por lo tanto, fuente de derecho, y cuándo se trata simplemente de un enunciado de la moral o de la cortesía internacional.

- Que como fundamento de sus decisiones, los tribunales judiciales internacionales también pueden aplicar el precedente jurisprudencial, en tanto norma de carácter consuetudinaria.

- Que en la medida en que el funcionamiento de diversas instancias jurisdiccionales judiciales especiales se enmarque en el derecho internacional público y el derecho aplicable sea el ordenamiento jurídico internacional, la pluralidad de jurisdicciones no afectará a la unidad del derecho internacional

Santa Fe, 12 de noviembre de 2011

Siguen las firmas

SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

DESARROLLO DEL SOFT LAW E IMPACTO DE LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL: DESAFÍOS SUSTANCIALES Y PROCESALES

Relatores: Dres. Dra. Paula María ALL - Jorge R. ALBORNOZ

En la Ciudad de Santa Fe, durante los días 10 y 11 del mes de noviembre de 2011, la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, abordó el tema *Desarrollo del soft law e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional: desafíos sustanciales y procesales (con relación a algunos instrumentos contractuales)*. En primer término presentaron el Relato general los profesores Dra. Paula María All y Jorge R. Albornoz; a continuación se expusieron las siguientes ponencias:

- 1) Albornoz, María Mercedes: *El debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas en el arbitraje comercial internacional.*
- 2) Iud, Carolina D.: *Normas imperativas y comercio internacional: algunas ideas para la regulación en la fuente interna.*
- 3) Sabaté, Gladys María: *Debería integrarse lo que comúnmente se conoce como soft law al comercio internacional.*
- 4) Carrizo Adris, Gustavo: *Soft law y el desarrollo del derecho mercantil internacional*
- 5) Damaso, Javier Vicente Blanco: *Las normas imperativas en el derecho europeo comunicatario.*
- 6) De Marsilio, Ernesto: *Una visita al derecho del comercio internacional: del soft law al hard law y las normas privadas. Un abordaje transdisciplinario.*
- 7) Uzal, María Elsa: *Soft law: Concepto. Luces y sombras. Una propuesta en materia de insolvencia internacional.*

8) Menicocci, Alejandro Aldo: *Los principios ALI-UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional. Su incorporación en los procesos ante la justicia estatal.*

9) Greselin, Lorena: *Los incoterms y su recepción en la jurisprudencia argentina.*

10) Rabino, Mariela Carina: *El soft y hard law en la OMC vs. las normas imperativas.*

11) Toniollo, Javier Alberto: *Las interferencias estatales al comercio internacional.*

12) Boretto, Mónica M.: *Soft law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de propiedad intelectual.*

Y la comunicación libre de Feuillade, Milton y Reinick, Javier: *Aspectos normativos latinoamericanos comparados de las medidas cautelares en el arbitraje internacional.*

Luego del debate se arribó a las siguientes conclusiones:

A) El *soft law* carece de significado unívoco. En el ámbito del derecho privado, bajo el amplio y genérico paraguas de dicha expresión resultan alcanzados tanto los usos comerciales profesionales (se encuentren codificados o no), como las condiciones generales de contratación y los contratos con cláusulas predisuestas, *restatements of law*, códigos de conducta, convenciones internacionales aún no vigentes, leyes modelo, recomendaciones de organismos internacionales, principios generales del comercio internacional, reglas inspiradas en la equidad, laudos arbitrales y principios y reglas de carácter procesal, entre otros.

B) Cualquier regla de *soft law* adquiere fuerza vinculante al ser incorporada de común acuerdo al contrato internacional por las partes (autonomía de la voluntad en sentido material), o cuando el *hard law* la considera aplicable.

C) Cabe reconocer respecto de estos instrumentos (de *soft law*) que: 1) su carácter es flexible, orientador; 2) guían al intérprete y proporcionan referentes específicos para hallar soluciones en la actuación judicial y arbitral; 3) ayudan a integrar las lagunas de la ley y a elaborar la norma carente; 4) ayudan a interpretar las conductas de las partes en un diferendo; 5) ayudan a interpretar en su contexto vivo la letra de la ley; 6) influyen en el desarrollo legislativo futuro, como instrumento de armonización; 7) ayudan a construir el derecho, creando consensos previos a la consagración normativa; 8) guían a las partes en la composición de sus intereses en el plano contractual.

D) El incumplimiento de las fórmulas del *soft law* no compromete la responsabilidad internacional de los Estados puesto que aquellas carecen de fuerza vinculante.

E) Cabe prevenir contra el abuso del *soft law* que posibilite la evasión del Derecho vigente, lleve a proponer un nuevo realismo jurídico o identifique el Derecho con la doctrina del Derecho, o tienda a la utilización

de esta técnica para debilitar la soberanía de los Estados por la acción de organizaciones que pueden imponer sus consensos, o a debilitar el derecho a manos de élites o grupos de interés. En consecuencia se impone un adecuado control de tales manifestaciones y de su legitimidad.

F) Las normas internacionalmente imperativas, que reciben múltiples denominaciones (tales como normas de policía, normas de aplicación inmediata, normas exclusivas y excluyentes, normas autolimitadas, perentorias, mandatorias, entre otras) presentan estructura indirecta –ordenando la aplicación de un derecho interno–, o material directa, y contienen regulaciones de derecho administrativo económico, fiscal, aduanero, cambiario, protectoras de sectores sociales, derechos y garantías constitucionales.

G) Las normas internacionalmente imperativas o de policía de fuente nacional procuran salvaguardar los intereses públicos, referidos a la organización política, social o económica del Estado, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito. Éstas reflejan la política legislativa instaurada por el Estado.

H) En el ámbito de la contratación internacional, dichas normas tienen por función excluir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los particulares, tanto conflictual como material, como asimismo, la aplicación de soluciones sustanciales emanadas del derecho extranjero o de cualquier uso, costumbre, práctica o principio que pudiera pretender su aplicación por estar convocado en una norma de derecho positivo nacional o convencional. El foro podrá también aplicar normas internacionalmente imperativas de terceros Estados.

I) La globalización de la economía y las presiones del mercado mediante los grupos de interés, no pueden conducir a soluciones que violenten manifiestamente los principios de orden público internacional de la *lex fori*.

K) Proponer para esta etapa del MERCOSUR y de nuestra región la conveniencia de adoptar como técnica la redacción de “Principios básicos para una interpretación en favor de la cooperación y coordinación de procedimientos en materia de insolvencia internacional”. Ello permitiría alcanzar consenso sobre cierto fondo común de principios a fin de adoptar instrumentos superadores de los territorialismos férreos.

L) En materia que resulte procesalmente disponible las partes pueden acordar la adopción de los principios ALI/UNIDROIT para los procesos transnacionales.

LL) Los instrumentos de regulaciones *soft* de la OMPI y UNCITRAL aportan soluciones útiles en materia de propiedad intelectual frente al fuerte territorialismo que rige la materia.

M) En tanto fuente de *soft law*, los incoterms han sido reconocidos tradicionalmente por nuestra doctrina y jurisprudencia.

N) El principio precautorio es un instrumento de políticas públicas de

gestión de riesgos frente a la incertidumbre científica en la protección del medio ambiente, la salud y la seguridad alimentaria, sujeto a ciertos límites y requisitos¹.

Santa Fe, 12 de noviembre de 2011

Siguen las firmas

SECCIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES

LOS PROBLEMAS INTERNACIONALES EN EL PRIMER DECENIO DEL SIGLO XXI

Relatora: María Cristina Montenegro

La Sección comenzó su actividad en la primera jornada del Congreso, a las 10 horas del día 10 de noviembre de 2011, integrada por el Señor Secretario Dr. Roberto Cacheiro Frías, los vocales Dres. Bruno M. Tondini, Carlos Albertos Biangardi, Juan Carlos Pérsico, asociados y público en general.

Se inician las actividades con la presentación del informe de relatoría realizado por la Mgtr. María Cristina Montenegro, bajo el título *Los Conflictos Internacionales en clave regional. Los conflictos percibidos por la República Popular China y la Federación Rusa*.

En síntesis, se realizó un estudio analizando los conflictos internacionales del siglo XXI desde una perspectiva regional. A partir de la inferencia de los conflictos regionales percibidos por China y Rusia, que surgen de la lectura de los documentos: China's National Defense in 2010 y National Security Strategy until 2020, de la Federación Rusa, explicitó que ambos países mantienen vigentes el concepto estado céntrico en clave realista, centrados en una tradición geopolítica a partir de la cual identifican sus conflictos o "amenazas" en función de los intereses nacionales con proyección regional. Los conflictos caracterizados por la complejidad y la incertidumbre, uniéndose en una urdiembre de índole endógeno y exógeno que le dan a esos conflictos una naturaleza particular en una de las regiones más inestables del planeta.

¹ Tras la aprobación de las Conclusiones de las Secciones, el Profesor ARIEL MANSI realizó la siguiente intervención –relacionada directamente con las Conclusiones de la Sección Derecho Internacional Privado–, expresando que: *la expresión «principio precautorio» o «principio de precaución» no tiene alcance universal en el Derecho Internacional Público, debiéndose emplear en su lugar el concepto «enfoque precautorio» o «enfoque de precaución».*

Acto seguido, realizó la presentación de su ponencia el Prof. Christian G. Sommer, intitulada: *Viejas y Nuevas Amenazas no Tradicionales a la Seguridad Regional: la Explotación de los Recursos Naturales y la Generación de Conflictos Socio-Ambientales en América Latina*, quien concluyó realizando su aporte, centralizándose en la cuestión a nivel nacional, remarcando que:

- Los gobiernos deberían investigar más profundamente las conexiones entre las tensiones ambientales y la seguridad en su contexto económico, social y cultural.

- Las instituciones deberían ser potenciadas para permitir la administración ambiental más eficiente, con énfasis en el fortalecimiento del rol y capacidades de las autoridades ambientales nacionales y subnacionales. La construcción de capacidades para la correcta administración de recursos y manejo de crisis es indispensable para disminuir cualquier foco de potencial conflicto.

- Los países deben esforzarse en integrar al medio ambiente en la planificación de la seguridad nacional. Un aspecto inicial de esta estrategia es la concientización de los planificadores de los vínculos entre el medio ambiente y los conflictos.

Asimismo se recibieron las siguientes ponencias, que no pudieron ser expuestas:

El medioambiente como hipótesis de conflicto, siendo sus autores: Sofía Mastrolorenzo y José Eduardo Ruiz.

La problemática internacional en el primer decenio del siglo XXI, realizada por Pedro Baquero Lazcano.

Luego del debate generado a partir de las preguntas realizadas a los expositores sobre los temas presentados y sobre las perspectivas futuras de las temáticas contenidas en la sección, los integrantes de la misma, elevan al plenario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, las siguientes conclusiones:

Promover una mayor actividad de la Sección de RRII teniendo en cuenta que:

- a) El año 2012 se cumplen 30 años del conflicto del Atlántico Sur;
- b) Es necesario desarrollar un abordaje en el contexto de las relaciones internacionales a fin de tomar conocimiento y en consecuencia construir un escenario prospectivo para la Argentina en materia de Política Exterior en relación con la agenda 2020-2030.
- c) En función de lo anterior, construir variables que contemplen:
 - c.1.) la Política Internacional en tiempo de crisis mundial;
 - c.2.) los Intereses Nacionales y regionales en juego;
 - c.3.) tener en cuenta la Cuestión de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur como un núcleo paradigmático de escenarios de

disputa bilateral con proyección regional, su proyección antártica y los espacios marítimos circundantes, con aristas transversales como la problemática de los recursos vivos y no vivos y las perspectivas estratégicas en un horizonte de 20-30 años.

c.4.) Proponer actividades de la Sección Relaciones Internacionales que resulten articulables con la Sección Metodología, la construcción de al menos tres escenarios, en relación con las temáticas referenciadas: uno deseable, otro no deseado y finalmente, de la síntesis de ambos, uno posible.

c.5.) La irrupción de las potencias emergentes y los cambios en la configuración del poder mundial.

Santa Fe, 12 de noviembre de 2011.

Siguen las firmas.

SECCIÓN DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

MERCOSUR:

EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVA A VEINTE AÑOS DE LA FIRMA DEL TRATADO DE ASUNCIÓN. REFERENCIA A LA REGIÓN LITORAL

Relatora: Dra. Liliana Bertoni

La Sección de Derecho de la Integración, reunida los días 10 y 11 de noviembre en oportunidad del XXIII Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en la ciudad de Santa Fe, dirigida por la Dra. Mariela Calderón, analizó como tema central del debate “Mercosur: Evolución y perspectiva a veinte años de la firma del Tratado de Asunción. Referencia a la Región Litoral”, sobre la base del relato a cargo de la Dra. Liliana Bertoni.

VISTO: el Relato y las ponencias presentadas por:

La Dra. Verónica Zamzem: *El transporte terrestre como factor de integración en el MERCOSUR;*

La Dra. Graciela Salas: *Veinte años del Mercosur. Una visión desde la región CENTRO;*

Las Dras. Marta Tejerizo y Luciana Díaz: *El largo camino del Mercosur;*

El Dr. Alberto Monsanto: *Apuntes sobre el sistema del Tratado de Asunción y convergencia del Mercosur en la integración Sudamericana;*

Y la comunicación del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani: *Aportes teóricos para la comprensión estratégica del papel de la Región Litoral en el Mercosur;*

Así como el intercambio de opiniones surgido de la participación del Dr. Gustavo Barbarán, Vicepresidente de la Asociación y profesor de la

Universidad Católica de Salta, el Dr. Alfredo Bruno Bologna del Centro de Estudios en Relaciones Internacionales de Rosario, el Dr. Alberto Cesar Moreira, de la Universidad Nacional de Mar del Plata, el Dr. Jorge Mariño Fages de la Universidad Nacional del Noreste, el Dr. Miguel Alfredo Codazzi de la Universidad Nacional del Noreste y demás asistentes.

CONSIDERANDO:

Que las circunstancias históricas actuales constituyen grandes desafíos para todos los procesos de integración, los que requieren especial capacidad de los juristas.

Que en situaciones como las presentes hay que reconocer las fortalezas y debilidades respectivas, considerando las realidades territoriales, personales e institucionales de la integración, en la tarea de esta Sección particularmente de la Región Litoral y del Mercosur.

Que las divisiones internas de nuestros países corresponden en gran medida a la supervivencia de estructuras anacrónicas y al llamado de propósitos de éxitos coyunturales que suelen desconocer la relevancia permanente que tienen los procesos de integración como superación de las limitaciones que al fin impone la simple búsqueda del lucro.

Que el Mercosur, y la Región Litoral dentro de él, poseen múltiples bases que a través de estrategias adecuadas pueden tornar viables realizaciones valiosas de carácter perdurable.

Que todo lo dicho exige formar a los juristas con sentidos equilibrados de referencias a la realidad y a los ideales, y supone rescatar la relevancia de comprender que las meras normas, las referencias apriorísticas a los valores y la disolución en el manejo de la realidad social constituyen desvíos que la capacitación de los juristas ha de superar.

Que las conclusiones del relato pusieron de manifiesto la necesidad de:

- Corregir la falta de cultura de la integración;
- Mejorar el lento y complejo sistema de toma de decisiones;
- Perfeccionar el sistema de incorporación de las normas;
- Superar la etapa intergubernamental;
- Superar definitivamente las asimetrías existentes.

La Sección de Derecho de la Integración CONCLUYE:

Que referirse al Mercosur hoy significa hablar de logros, éxitos, fracasos y futuros desafíos porque el MERCOSUR, a pesar de haber transitado por distintas etapas algunas de mayor o menor cumplimiento y profundización de lo acordado, continúa siendo un proceso en marcha, viable y uno de los más consolidadas de la Región.

Como logros en estos veinte años podemos destacar, entre otros:

Que dentro del esquema normativo provisto por la ALADI el Mercosur ha extendido las relaciones comerciales, con países vecinos, grupos de

países integrados, del mismo modo que ha podido extender sus relaciones comerciales más allá del continente americano, y ello da cuenta del interés que el Mercosur despierta en el mundo económicamente interrelacionado de hoy.

En el plano institucional, entre los más recientes avances, se pueden citar la creación del cargo de Alto Representante del Mercosur que podrá en el futuro contribuir a la consolidación externa del Mercosur en ámbitos internacionales y la creación y puesta en funciones del Parlamento del Mercosur.

La puesta en funcionamiento del FOCEM (Fondo de Convergencia Estructural del Mercosur) cuyo objetivo principal es atender al problema de las asimetrías existentes en el Mercosur desde sus comienzos, el que ha dirigido sus recursos a temas de infraestructura considerada ésta en sentido amplio.

En materia de transportes terrestres, pese a los avances significativos en el área de infraestructura, se detecta gran profusión de organismos y escasa articulación de los proyectos en desarrollo, lo que atenta contra la optimización de los recursos y la concreción de las obras proyectadas.

Dentro de la revisión del sistema de solución de controversias, más allá de las críticas a su funcionamiento, el establecimiento de un Tribunal Permanente de Revisión ha contribuido a fortalecer la institucionalidad existente.

Desde lo normativo se destaca la firma y los ulteriores pasos para la puesta en vigencia del Código Aduanero del Mercosur, de la misma manera que el avance en otras áreas más allá de lo estrictamente comercial como la educación y la cooperación en materia judicial.

Dentro de las cuestiones pendientes esta Sección advierte la necesidad de promover una mayor presencia de los procesos de regionalización como la CRECENEA - LITORAL relacionado con CODESUL y la ZICOSUR preexistentes al Mercosur y de aquellos creados con posterioridad, como el caso de la Región Centro en la República Argentina.

Atendiendo a una realidad tangible dentro de la América del Sur esta Sección ve la necesidad y propone analizar el desarrollo del proceso de integración UNASUR, su relacionamiento, posible convergencia y complementariedad con el Mercosur.

Santa Fe, 12 de noviembre de 2011

Siguen las firmas.

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

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO: INTERACCIONES EN EL PLANO DOCENTE Y
METODOLÓGICO

Relator: Horacio Daniel PIOMBO

La Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional sesionó entre las 16 y las 18 horas del día 11 de noviembre de 2011 y, luego de escuchar el relato del profesor Horacio Daniel Piombo acerca del tema *Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado: Interacciones en el plano docente y metodológico*, como también el documento complementario a dicho relato elaborado por el doctor Bruno Tondini, por consenso de sus miembros presentes, resolvió:

1º) Aprobar ambos documentos en cuanto a lo esencial de su contenido y postulaciones.

2º) A la luz de sus aportes, compartir plenamente la conclusión general que surge de ambos instrumentos acerca de que tanto el DiPu como el DIPr, ramas del mundo jurídico acerca de las cuales tradicionalmente se entendía que sólo se conectaban en cuanto compartían un nombre en común y tenían un ingrediente de internacionalidad, hoy se aproximan y comienzan a compartir contenidos, incidiendo fuertemente en sus respectivos ámbitos materiales factores que van más allá del proceso de internacionalización que conmueve toda la estructura del Derecho, alcanzando a la utilización en común de métodos, figuras y procedimientos, todo lo cual marca una nueva tendencia que debe ser integrada y capitalizada tanto en la enseñanza como en la elaboración de nuevas respuestas.

3º) Asumir que el actual contexto resulta favorable al florecimiento de un campo de actuación común entre los especialistas del Derecho internacional público y los cultores de la ciencia jusprivatista internacional proponiéndose como cursos de acciones conducentes en el marco del área de esta Sección:

a) *Abrir* el sistema de casos utilizados para la enseñanza, a aquellos propios de la interacción entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado, abarcando temas como el arbitraje en las jurisdicciones internacionales, de repercusiones prácticas e institucionales de magnitud en materia de inversiones, la actuación de la persona jurídica internacional y de sus funcionarios en el ámbito interno, la ejecución de mandatos de tribunales internacionales, etc.

b) *Enfocar* los estudios hacia métodos y aspectos medulares a nivel institucional destacando, por ejemplo, la omnipresencia del método indirecto en ambas ramas de la enciclopedia jurídica, la comunidad existente entre

el Derecho procesal interno y el Derecho procesal transnacional, la utilidad de figuras del Derecho interno –tal como las uniones transitorias de empresas– para enfocar las asociaciones estatales que se perfilan con miras a explotaciones mineraleras o hidrocarburíferas encaradas en común por los Estados, etc.

c) *Poner de relieve* en la redacción de los programas de las respectivas materias el fenómeno de la transnacionalización ocurrente en cada rama del Derecho, y de cómo en los procesos de integración, el Derecho internacional público deja de estar mediatizado para transformarse en derecho directamente aplicado por las partes y absolutamente necesitado de coordinación con el Derecho internacional privado.

d) En un ámbito en el que se exige mayor dimensión temporal en la efectiva realización, *encarar* la progresiva armonización y unificación del lenguaje propio de ambas materias.

e) A los fines de implementar las palpables repercusiones de este acercamiento en el marco de la AADI, *recomendar a las Secciones Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado* contemplen en el futuro inmediato abordar en conjunto algunos de los temas en los que se manifiesta la interacción de ambas materias, especialmente en aquellos en que la actual problemática requiera, para su cabal elucidación, el aporte de la doctrina. Este temperamento es valedero para las Secciones Derecho de la integración y Derechos Humanos, esto en función del carácter reglamentario que tiene el Derecho Internacional Privado del segundo derecho humano en importancia, esto es, el de ser considerado persona en todos los ordenamientos del mundo.

Asimismo, la Sección toma nota, con beneplácito, del aporte escrito y oral realizado por el profesor Hugo Llanos Mansilla, tendiente a sustentar una enseñanza del Derecho internacional público esencialmente práctica, articulada en el sistema de casos que ha sido, fuera de toda duda, uno de los objetivos principales de la creación de la Sección.

Por último, deja constancia de la enriquecedora experiencia dejada por el sometimiento de un caso real al pleno de la Sección, suscitando aportes de sorprendente valía en la calificación y vías de solución, todo a través de un sistema innovador sustentado, en sus bases, en la metodología del “Phillips 66”.

Santa Fe, 12 de noviembre de 2011

Siguen las firmas.

SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES:
IMPLICANCIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL
Y EN EL DERECHO INTERNO**

Relatora: María Cristina RODRÍGUEZ DE TABORDA

En la Ciudad de Santa Fe, en el marco del "XXIII Congreso Argentino de Derecho Internacional JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER", sesionó la Sección de Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. La Presidencia de la misma estuvo a cargo de Víctor Bazán, Director de dicha Sección.

El Relato fue elaborado por la Prof. María Cristina Rodríguez de Taborda, bajo el título: *Derechos de las personas migrantes: implicancias en el derecho internacional y en el derecho interno*.

La Sección recibió para su consideración trece (13) ponencias y una (1) comunicación.

De las ponencias presentadas, ocho (8) fueron sustentadas por sus autores, conforme al siguiente detalle y orden de exposición: 1) Eduardo H. Tagliani: *Estudio sobre las Opiniones Consultivas 16/1999 y 18/2003 de la Corte Interamericana. Breves reflexiones vinculadas al sistema jurídico argentino*; 2) Magdalena García Elorrio: *El estándar mínimo de diligencia debida en la protección internacional de inmigrantes: viejos dilemas, nuevos enfoques y fundamentos*; 3) Luciana Díaz y María Elena Caballero (esta última ausente): *El ordenamiento interno versus el estándar mínimo establecido por el derecho internacional de los derechos humanos. Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Moustaquim*; 4) Luis Quevedo Caille y María Laura Picón: *Derecho de las personas migrantes: implicancias en el derecho internacional y en el derecho interno*; 5) María Fernanda Fernández Vila: *Los problemas migratorios dentro del Mercosur*; 6) Michelly Sandy Geraldo: *Refugiados na Faixa de Gaza. Um estudo além-conflito*; 7) Sebastián A. Rey: *La expulsión de extranjeros: el problema del refugio y la lucha contra la impunidad*; y 8) Marta Susana Sartori: *Migrantes ambientales*.

Asimismo, la ponencia de Nicolás Colombano y Pablo César Martoratti: *Los migrantes al amparo del derecho laboral internacional y nacional*, fue presentada sintéticamente por Ezequiel Zampetti.

Las siguientes cuatro (4) ponencias no fueron presentadas oralmente por sus autores, pues estuvieron ausentes: 1) Lila García: *Derecho a humano a migrar... ¿Y después qué? Nueva política migratoria argentina y protección de derechos en el Poder Judicial*; 2) Ada Lattuca: *La política migratoria: ¿posible o inviable?*; 3) Alejandra M. Villanueva: *Política migratoria y sus*

efectos en el Mercosur; y 4) Natalia Ivarrola: *El Mercosur y la libre circulación de personas: mecanismos de control y prevención del delito*.

Por último, la única comunicación fue presentada por Esther Mathieu. El título fue: *Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recomendaciones a los Estados. Potestad y cumplimiento. Casos de incumplimientos de la República Argentina*.

Finalizada la presentación del relato, las ponencias y la comunicación, se debatieron los puntos centrales abordados en tales instrumentos. Participaron activamente de la discusión, además del Director y de las autoridades de la Sección, los ponentes y la autora de la comunicación, la Prof. Susana Galván.

Entre el Director y la Secretaria de la Sección, la Relatora y otros participantes, se elaboraron y aprobaron las conclusiones que se ponen a consideración del Plenario. Ellas son:

1. En el ámbito de los derechos humanos el fenómeno migratorio debe ser enfocado desde una doble óptica: el *derecho a migrar* y el *derecho a no migrar*, garantizando su ejercicio.

2. La existencia de distintos regímenes jurídicos: internacionales y nacionales, tanto generales como especiales, requiere un análisis sistémico que permita identificar la norma más favorable para las personas migrantes.

3. En el derecho internacional contemporáneo la concepción de un estándar mínimo relativo a no nacionales prevalece sobre la regla de igualdad de trato, observándose una evolución normativa y jurisprudencial tendiente al reconocimiento de mayores derechos económico-sociales a los migrantes en condiciones de vulnerabilidad.

4. Las políticas migratorias excesivamente restrictivas incrementan el tráfico ilícito, la trata de personas y la violación de derechos humanos en los países de tránsito y de destino.

5. Resulta necesario que en la agenda del Mercosur se brinde atención prioritaria y sustentada en una verdadera voluntad política, a los aspectos sociales, políticos y culturales de los movimientos migratorios.

6. Constituye una tarea pendiente para los Estados Partes y los Estados Asociados del Mercosur contar con información oficial actualizada en materia migratoria.

7. Se considera conveniente promover el estudio y el debate acerca de la responsabilidad que les incumbe a los Estados por los efectos extraterritoriales de sus políticas migratorias sobre el pleno goce de los derechos humanos.

Santa Fe, 12 de noviembre de 2011

Siguen las firmas.

CONFERENCIAS

BLANCA

**DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES
Y AMBIENTALES***

*INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS ON ECONOMIC,
SOCIAL, CULTURAL AND ENVIRONMENTAL*

*Rafael J. PÉREZ MIRANDA***

RESUMEN

En el ensayo se realiza una presentación del estado actual de la regulación internacional de los derechos humanos, de su relación con la intervención humanitaria y a partir de ello, se analiza el desarrollo de los Derechos Económicos, Políticos y Sociales en el Derecho Internacional, comentando los tratados con vocación universal y los regionales. Se hacen consideraciones respecto a la exigibilidad de los Derechos reconocidos por los Estados Partes, su recepción por los derechos nacionales y su coexistencia o conflictos con políticas liberales y desreguladoras, impulsadas a partir del fin de la guerra fría. Se cuestionan algunos atributos de los derechos humanos como la indivisibilidad y universalidad.

* El presente estudio es el desarrollo de la Conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral-UNL, en la Sesión conjunta de las Secciones de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos, en ocasión del XXIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL “JUAN VARISCO BONAPARTE -JORGE ALBERTO GINER”, Santa Fe, República Argentina, 11 de noviembre de 2011. Versión corregida y actualizada por el Autor, México, Junio de 2012.

** Abogado, Doctor en Derecho - Universidad de Buenos Aires-, Académico de la Universidad Autónoma Metropolitana de México, Profesor Investigador de Tiempo Completo Titular C Definitivo, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco. Profesor Honorario de la Universidad de Alicante - España. Autor, Coautor y Coordinador de numerosos Libros y Publicaciones especializadas.

Por último, se hace referencia al reconocimiento en el Derecho Internacional de los llamados Derechos Humanos de Tercera y Cuarta Generación. Se seleccionaron algunos casos para ejemplificar; no se analizan los contenidos de los derechos de cada generación en detalle, lo cual hubiera excedido una extensión aceptable para el estudio solicitado.

PALABRAS CLAVES

Derechos Humanos- Intervención Humanitaria- Derecho Internacional- Universalidad- Indivisibilidad.

ABSTRACT

The essay presents the current state of international regulation of the human rights and its relation to humanitarian intervention. It examines the development of Economic, Political and Social rights in International Law, referring to treaties with universal and regional vocation. Considerations are made regarding the enforceability of the rights recognized by the States Parties, its reception by the national rights and their coexistence or conflict with liberal policies and deregulation pushed from the end of the Cold War. Some attributes of human rights as the indivisibility and universality are questioned. Finally, it refers to recognition in the International Law of Human Rights called of Third and Fourth Generation. Some cases were selected to illustrate but not discussed the contents of the rights of each generation in detail, which would have exceeded an acceptable extension to the study requested.

KEYWORDS

Human Rights, Humanitarian Intervention, International Law, Universality, Indivisibility.

SUMARIO

I. Antecedentes **II.** Los Derechos Humanos como derechos universales. **II.1.** Derechos Humanos universales, democracia y soberanía. **II.2.** Derechos Humanos universales y temporalidad histórica de los derechos. **III.** Las Generaciones de Derechos Humanos. El atributo de Indivisibilidad e Igualdad. **IV.** Los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales **V.** Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el PIDESC. Exigibilidad. **VI.** Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el

Procolo Adicional. **VII.** Derechos Humanos de Tercera Generación. Derechos Ambientales. **VIII.** Derechos Humanos de Cuarta Generación. Biotecnología y Bioética. **IX.** Conclusiones. Bibliografía. Anexo.

I. Antecedentes

1. Los primeros antecedentes sobre Derechos Humanos se presentan como “derechos del hombre y del ciudadano” en las declaraciones de Estados Unidos de América y de la Revolución Francesa.

“Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos está la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...”¹.

“Los hombres nacen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”...².

Estas declaraciones sobre los derechos del “hombre” y del “ciudadano”, un paso fundamental en la historia de la humanidad, excluían de los derechos políticos a las mujeres (ni eran hombres, ni ciudadanas), a los esclavos (el proyecto de declaración de independencia de EE.UU. fue redactado por Jefferson, quien era propietario de esclavos), y en EE.UU. a quienes no tenían propiedades y a los negros libres³. Si bien la utilización de la palabra “hombre” podría interpretarse como genérica, comprendiendo ambos géneros, lo cierto es que hasta finales del siglo XIX no se permitió la participación de la mujer en política en ningún país, derecho que fue reconocido ya universalmente en la segunda mitad del siglo XX⁴. Recién la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, sustituirá la palabra “hombres” por “seres humanos”.

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁵.

Hasta la Primera Guerra Mundial los derechos humanos reconocidos bajo diferentes denominaciones eran derechos individuales y su aplicación correspondía al poder soberano de cada país, sin participación

¹ Declaración de Independencia de los trece Estados Unidos de América, 1776.

² Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

³ Ver sobre el tema: HUNT, LYNN. *La invención de los Derechos Humanos*. Ed. Tusquets, Barcelona, 2009.

⁴ En México, algunos municipios regidos por usos y costumbres marginan a las mujeres de los cargos públicos locales.

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

del derecho internacional, con pocas excepciones que, en general, se relacionaban con el trato a extranjeros, respecto de los cuales su país de origen tenía derecho a reclamar su respeto si así lo establecía algún tratado específico; en la práctica, los países más poderosos realizaban esta protección de hecho, inclusive utilizándola como excusa para provocar conflictos que les fueran beneficiosos. Entre las excepciones citadas destacan también las disposiciones de los Tratados de Versalles sobre los derechos laborales reconocidos a partir de la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sobre las minorías, la prohibición de la esclavitud y del tráfico de esclavos y los derechos relacionados con los prisioneros de guerra, así como el intento de la Sociedad de Naciones de proclamar un paquete de Derechos Humanos⁶.

Los costos de la Segunda Guerra Mundial en vidas humanas, el holocausto y la argumentación propagandística que fundamentaba los sacrificios de la guerra en la lucha contra el autoritarismo y la violación de derechos fundamentales por parte de los países del Eje, impulsaron el enjuiciamiento internacional de los criminales de guerra y la fundación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945, uno de cuyos elementos ideológicos constitutivos, junto a la promoción de la paz mundial, fue la protección de los Derechos Humanos. La denominación Derechos Humanos, sustituyendo a la originaria de Derechos del Hombre, nace en la Carta de Naciones Unidas (art.68), instrumento que también asignó en un inicio la función de promover su aplicación y promoción a un organismo específico: el Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC), y *a posteriori*, a la Comisión de Derechos Humanos creada en 1946, que sería sustituida por el Consejo de Derechos Humanos, creado por la Asamblea General en 2006⁷.

Elevar el nivel jerárquico de Comisión a Consejo se vio en principio como un éxito institucional que ayudaría a la protección de los Derechos Humanos en el mundo. Sin embargo, sólo se logró evitar debates altamente ideologizados y politizados por la elaboración de preguntas insustanciales que los países deben contestar periódicamente.

⁶ Se trata de oraciones performativas que se deben leer como: todos los hombres a partir de que nacen deberían ser tratados como libres e iguales; la idea de igualdad, que no podemos analizar en este ensayo, no evitaba que muchos hombres nacieran con el epíteto de adulterinos, sacrilegos o incestuosos y que el derecho a la herencia los diferenciara desde el momento de su nacimiento.

⁷ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 6/251 del 3 de abril de 2006. En un inicio generó muchas expectativas que se elevara el nivel jerárquico de la máxima institución protectora de los derechos humanos de la ONU; *a posteriori* su función se ha limitado, de hecho, a realizar recomendaciones genéricas de difícil supervisión.

La exclusión de temas controversiales permitió la aceptación universal de los principios y la posterior elaboración de tratados que los precisaran⁸. También ayudó a conciliar diferencias el carácter no vinculante de la Declaración Universal, a la que hemos hecho referencia⁹.

Por otra parte, si bien la Declaración Universal de Naciones Unidas marca el inicio del reconocimiento universal de algunos derechos humanos, su denominación de "Declaración" indica una carencia de vocación de coercibilidad, lo cual se confirma al ser producto de la Asamblea General, que carece de facultades para producir normas vinculantes¹⁰. Su vigencia deriva de la importancia que tiene la condena moral que se manifiesta en el señalamiento, que realizaba en un inicio la Comisión y *a posteriori* el actual Consejo de Derechos Humanos, a un país parte al que se adjudican violaciones graves a la Declaración Universal. Algunos países pequeños y en desarrollo temían, y temen, por su parte, que las señalizaciones de sus regímenes como violadores de derechos humanos pudieran derivar en una intervención armada de fuerzas convocadas por la ONU, de una potencia mundial o de varios países (en especial los Estados Unidos de América y la Unión Europea), como se verá al hacer referencia a las intervenciones humanitarias.

2. Es de destacar que uno de los aportes sustantivos de la Declaración Universal fue incorporar, junto a los Derechos Humanos Civiles y Políticos reconocidos en los primeros 22 artículos, que en principio exigen la prescindencia de los poderes públicos frente a individuos o grupos de individuos determinados, el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a la cultura, es decir, a los denominados Derechos Humanos de Segunda Generación, los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales exigen en unos casos la misma acción de prescindencia, pero en la mayoría de ellos una acción positiva del Estado, legislativa o administrativa, para que los mismos se puedan realizar, y su violación no se relaciona generalmente con individuos o grupos de individuos determinados, sino con sectores sociales.

⁸ Sin embargo en ningún caso la negociación contempló la incorporación de elementos éticos ajenos a la ética occidental. Ver: HÖFFE, OTFRIED, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización*. Ed. Katz, Buenos Aires 2007, pp. 198 y ss.

⁹ Si bien ha sido referencia de múltiples tratados y de decisiones importantes del Consejo de Seguridad de la ONU, por lo que podemos considerar que de hecho tiene carácter vinculante por *ius cogens*.

¹⁰ Una excepción la encontramos en el derecho positivo argentino cuya constitución otorga a la Declaración Universal, junto a otros tratados de derechos humanos, rango constitucional (Constitución de la Nación Argentina, art 75, frac. 22).

II. Los Derechos Humanos como derechos universales

1. Hoy podemos decir que la Declaración tiene en principio vigencia universal, atributo que le asigna la doctrina casi unánimemente, y su exigibilidad no es cuestionada¹¹. Sin embargo, algunos autores consideran que no ha sido de gran utilidad para los países pobres.

*Otro tipo de acción colectiva extraestatal entró en la escena global después de 1989, a favor de prolongar la explotación. La Organización Mundial del Comercio es su brazo económico; las Naciones Unidas, el político; y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el jurídico-legal. Esta estructura de gobierno mundial establecida de manera difusa no necesariamente actúa a favor de los estados del sur global*¹².

La elaboración de una declaración de derechos humanos universal contemplaba un primer esfuerzo de concertación difícil de lograr, convencer a los Estados Partes que, sobre la diversidad cultural y sobre las soberanías nacionales, había principios morales comunes que permitían elaborar una lista de derechos fundamentales de todos los seres humanos que deberían ser reconocidos como sustantivos por los Estados Partes y que podían ser exigidos a cada uno de ellos con la misma autoridad; aceptar que

*“las únicas diversidades culturales moralmente legítimas son aquellas que se encuentran por encima del nivel de la satisfacción de los intereses primarios, es decir, se refieren a intereses secundarios”*¹³.

La Declaración Universal, como expusieramos *supra*, incluyó los derechos de todos los humanos a tener acceso a bienes económicos, sociales y culturales que permitan garantizar a los habitantes del mundo un mínimo de calidad de vida, complemento de los derechos civiles y políticos. Esta ampliación conceptual fue una verdadera revolución en la concepción tradicional de los derechos humanos, que poco había avanzado desde las citadas declaraciones norteamericana y francesa del siglo XVIII. Los nuevos derechos presentaban ambigüedades difíciles de superar, como precisar en qué casos se violan los mismos; además, a diferencia de los derechos civiles y políticos tradicionales, no se podía exigir una medida de satisfacción similar a todos los países. Su reconocimiento, por otra parte, se vinculaba con el deber de cooperación internacional entre los países miembros de la ONU. Estas ambigüedades fueron y son fuente de sólidos debates de la doctrina y de seria preocu-

¹¹ *Ibidem*. Quiero aclarar, sin embargo, que no coincido con la amplitud otorgada a su vigencia por los autores.

¹² BUTLER, JUDITH – GAYATRI CHAKRAVORTY SPIVAK, *¿Quién le canta al Estado Nación?* Lenguaje, política, pertenencia. Ed. Paidós - Espacios del saber. Buenos Aires, 2010.

¹³ GARZÓN VALDEZ, ERNESTO, *Calamidades. La responsabilidad humana ante la atrocidad*. Ed. Gedisa. Barcelona, 2009, p. 130.

pación para los legisladores internacionales y nacionales, lo cual no resta importancia al revolucionario aporte de la Declaración Universal. Durante muchas décadas, por otra parte, se la asoció a una fuerte intervención del Estado en la economía y a la organización de la solidaridad ciudadana¹⁴.

El debate en nuestros días se vincula también, y en consecuencia, a la denominada globalización o mundialización económica y financiera cuestionada, por ejemplo, por que no incluye la libre circulación de las personas, pero también por las dificultades que presenta el elaborar una posible ética global respetando la diversidad cultural y moral.¹⁵ Claro, a la mundialización económica, política y financiera, tal cual se concibe a partir de la década de los noventa¹⁶.

En principio, el catálogo de Derechos Humanos con pretensión de validez universal responde a la escala de valores de la cultura europea occidental y su alto contenido judeo cristiano, romano, griego y germánico podría resultar extraño a otras culturas; es visto aún, por algunos autores, como parte del proceso de occidentalización del mundo¹⁷.

II.1. Derechos Humanos universales, democracia y soberanía

Por otra parte, esta concepción acerca de derechos humanos individuales y colectivos como deberes indiscutidos para los Estados puede discrepar con un principio elemental de la democracia, en tanto gobierno de las mayorías; en estos casos las mayorías y los representantes de las mayorías no podrían promover reformas legislativas ni políticas públicas contrarias a los derechos humanos reconocidos universalmente. Habría así un umbral mínimo debajo del cual las decisiones mayoritarias carecerían de valor, “precondiciones que deben satisfacerse para que el proceso político mayoritario sea verdaderamente igualitario, instrumentalmente fiable y moralmente legítimo”¹⁸. Legislar o actuar por debajo de

¹⁴ SEN, AMARTYA, *La idea de Justicia*. Ed. Taurus, Madrid 2010, pp. 403 y ss.

¹⁵ SEN, AMARTYA, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Ed. Katz, Buenos Aires 2007, p. 244.

¹⁶ No nos referimos a la que BUNGE denomina globalización de buena fe: «... el nacionalismo es incompatible con la globalización de buena fe: el libre flujo de gente, bienes, servicios y capitales a través de las fronteras» BUNGE, MARIO. *Filosofía Política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*. Ed. Gedisa. Barcelona 2009, p. 372.

¹⁷ «Como es bien sabido, muchos autores no occidentales ven actualmente la difusión de la doctrina de los «derechos humanos» e incluso la Declaración Universal de 1948 como fases de un proceso continuo de occidentalización del mundo». ZOLO, DANILO, *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*. Ed. Paidós. Barcelona, 2000.

¹⁸ FERRERES, VÍCTOR, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. Ed. Fontamara. México 2010, p. 45. El autor ejemplifica diciendo que la legislación nazi en

este umbral genera responsabilidad en el interior de un país, pero también internacionalmente.

Sin embargo, las tradiciones culturales no occidentales, por ejemplo las relacionadas con la igualdad de mujeres y hombres, o la libre elección del cónyuge, no han sido sujeto de cuestionamientos, en parte por un real o supuesto apoyo mayoritario de los países en los que se practica. Un ejemplo quizás más claro es el anuncio triunfal del Presidente Obama de que había ordenado la ejecución de Osama Bin Laden sin juicio previo, en un país extranjero que no había sido informado y, por tanto, no había otorgado consentimiento para el homicidio, el cual no pareciera haber sido cuestionado por la sociedad norteamericana. Con posterioridad, el Presidente de EE.UU. informó que se había ejecutado en Yemen a un estadounidense de origen yemení vinculado a Al Qaeda, el imán Anuar al Aulaki; la orden de ejecución había sido firmada por el titular del ejecutivo norteamericano en abril de 2010, sin juicio previo; la prensa informó que el éxito en el cumplimiento de la orden de ejecución ayudaría electoralmente al Presidente Obama¹⁹. En este caso las tensiones entre derechos humanos a un juicio justo y las decisiones de un presidente basadas en necesidades de defensa nacional, se resolvieron en favor de la segunda propuesta (sin contar con la violación de la soberanía de un país y de los derechos de quienes en él habitan).

1. A partir de la década de los 90, se elaboró en la ONU el concepto de intervención humanitaria (Somalia, Kosovo), en virtud del cual, bajo diversas argumentaciones, tropas aportadas por Estados Partes ocupan un país o una región para evitar la comisión de crímenes de lesa humanidad, o violaciones masivas y manifiestas de derechos humanos; derecho que se arrogaron también las grandes potencias aun sin la intervención de la ONU, o cuando suponían que los procedimientos de adopción de decisiones por parte del Consejo de Seguridad les sería negativo (Kosovo, ocupado por la Alianza Atlántica, Irak por EE.UU.)²⁰.

Estas intervenciones de la ONU y de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), consolidan por una parte la idea de que los Derechos Humanos ocupan la jerarquía más elevada en el Derecho

contra de los judíos hubiera sido ilegítima aun en el caso de que hubiera sido decidida por una mayoría parlamentaria surgida de verdaderas elecciones libres. Veremos *infra* que son similares las opiniones de JOHN RAWLS y AMARTYA SEN.

¹⁹ Ver diversas notas en el periódico El País (España) del 1° de octubre de 2011.

²⁰ Algunos autores consideran que la primer resolución clara que recoge y aplica el concepto teórico y político de intervención humanitaria, como lo conocemos en la actualidad, es la Resolución 688/1991 del Consejo de Seguridad de la ONU (contra IRAK). Ver en ese sentido RAMÓN CHORNET, Consuelo, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en el Derecho Internacional*. Ed. Trotta, Madrid 1995, pp. 85 y ss.

internacional contemporáneo, aspecto positivo innegable; sin embargo, se agregan dos premisas que alteran la concepción de las relaciones internacionales sustentadas en la soberanía absoluta de los Estados:

a) los Derechos Humanos son preexistentes al Estado mismo;

b) en virtud de ello, los gobiernos que los violan masivamente pierden su legitimidad y por tanto la comunidad internacional, no necesariamente la Organización de las Naciones Unidas, está obligada a preservar estos valores universales por los medios que se requirieran²¹.

Es decir, no sólo los Derechos Humanos están por sobre la soberanía de los Estados, sino que su violación masiva justifica la intervención militar de terceros países para protegerlos, y así lo entiende reiteradamente Rawls.

*“El hecho decisivo de la paz entre las democracias descansa en la estructura interna de las sociedades democráticas que no tienen tentación de ir a la guerra salvo en legítima defensa o en graves casos de intervención en sociedades injustas para proteger los derechos humanos”*²².

Y este derecho de intervención de las sociedades democráticas está por encima de los derechos reconocidos a la diversidad cultural:

*Los derechos humanos tienen estas tres funciones: 1) Son una condición necesaria de la legitimidad del régimen y de la decencia de su orden jurídico. 2) Cuando operan correctamente, resultan suficientes para excluir la justificada intervención de otros pueblos, mediante sanciones económicas o, en casos graves, la fuerza militar. 3) Fijan un límite al pluralismo de los pueblos*²³.

Pero no todos los derechos de las personas o de las sociedades deben ser reconocidos como “derechos humanos”. Al menos así lo considera parte de la doctrina. Amartya Sen expresa que:

*“Para que una libertad sea incluida como parte de un derecho humano, tiene que ser lo suficientemente importante como para ofrecer razones para que los otros le presten seria atención. Debe haber algunas “condiciones de umbral” de relevancia, incluida la importancia de la libertad y la posibilidad de influir en su realización, para que figure de modo plausible dentro del espectro de los derechos humanos”*²⁴.

²¹ KEGLEY, JR, C.W: - G. A. RAYMOND - I. DE LA RASILLA, «Intervención preventiva y transformación del orden jurídico internacional». En AMIN, SAMIR *et al.* (coordinadores de la edición RAMÓN SORIANO y JUAN JESÚS MORA) *El Nuevo Orden Americano*. Ed. Almazura 2005, p. 151.

²² RAWLS, JOHN, *El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública»*. Ed. Paidós, Barcelona 2001, p. 17.

²³ RAWLS, JOHN, «El Derecho de gentes». En SHUTE, STEPHEN y SUSAN HURLEY (Editores). *De los derechos humanos*. Ed. Trotta, Madrid, 1993, p. 74 (el subrayado es nuestro).

²⁴ SEN, AMARTYA, *La idea de justicia*. Ed. Taurus. México, D.F., 2010, p. 399.

Rawls, por su parte, reconoce que no se justifica la intervención por la violación de cualesquiera derechos, y limita a unos pocos los que se pueden reconocer como “derechos humanos”:

*“...el sistema jurídico de una sociedad debe imponer deberes y obligaciones morales a todos sus miembros.... Para que esta concepción se sostenga, la ley debe reconocer al menos aquellos derechos básicos como el derecho a la vida y a la seguridad, el derecho a la propiedad personal y los elementos del debido proceso, al igual que el derecho a la libertad de conciencia, el derecho de asociación y el derecho a emigrar. Estos son los derechos humanos”*²⁵.

2. Es a partir de las intervenciones humanitarias autorizadas o consentidas por la ONU, que podemos hablar del surgimiento de un nuevo orden, o desorden, mundial que cuestiona seriamente el concepto tradicional de soberanía o modelo de Westfalia; las intervenciones armadas en terceros países se justifican no sólo por la defensa ante la agresión, por la solidaridad mundial con un país que se ve agredido y violada su soberanía (Guerra del Golfo, 1990), sino también por la violación de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal. La crisis de las soberanías externas estatales, la transferencia de potestades del Estado Nación a instancias superiores, es una realidad sustentada en principios difusos que se alegan indiscutibles y aplicables, adoptados como *ius cogens*, sin que haya claridad sobre la posibilidad de definir la aplicación de normas generales reconocidas que impidan el abuso de los estados más poderosos, que continúan exigiendo, y logrando, el respeto de su soberanía plena²⁶.

Ahora bien ¿quién puede decidir si un país ha violentado de tal forma los derechos humanos de sus habitantes como para justificar que el resto de los países se sienta agraviado y decida una intervención sancionatoria financiera, económica e incluso armada, que pueda culminar inclusive en un cambio de autoridades que pudieran haber sido electas de manera más o menos democrática? En principio, pareciera ser que sólo lo podría autorizar el Consejo de Seguridad de la ONU, en el cual se mantiene el sistema de cinco países con veto, uno de los cuales (EE.UU.) no ha ratificado tratados de derechos humanos de la importancia del Tratado de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, y el PIDESC. Por otra parte, como se expresó *supra*, este “derecho” se ha ejercido, en ciertos casos, sin requerir la instrucción expresa de la ONU, y aun por encima de la voluntad de la comunidad internacional manifestada a través de ella.

²⁵ RAWLS, JHON, «El Derecho de gentes», en SHUTE, STEPHEN y SUSAN HURLEY (editores). *De los derechos humanos*, ob. cit. p. 72. El subrayado es nuestro.

²⁶ Ver sobre el tema: FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta. Madrid 2010, pp. 144 y ss.

No obstante, las intervenciones humanitarias de las grandes potencias militares en diversos conflictos mundiales han puesto de manifiesto las contradicciones culturales en la concepción de los derechos humanos y, por otra parte, han generado la idea de que en ciertas intervenciones se consideraba aceptable violar los derechos humanos para obtener el control de un país cuya invasión se justificó, en parte, porque el gobierno anterior violaba masivamente los derechos humanos.

En efecto, la argumentación para la ocupación de Irak por las fuerzas norteamericanas, con el apoyo armado de otros países occidentales, se sustentó en el peligro que, para EE.UU. y para la humanidad en general, significaba la posesión por parte de Hussein, de armas de destrucción masiva; realizada la invasión, al no poder demostrar esa premisa, se argumentó que se trataba de un régimen genocida que violaba masivamente derechos humanos. Con posterioridad, el mundo pudo verificar cómo los invasores violaban groseramente los derechos humanos de habitantes de Irak, que eran torturados, trasladados a prisiones (Guantánamo, Abu Graib, entre las más conocidas) en las cuales vivían en condiciones infrahumanas, incomunicados y encapuchados, sin derecho a juicio y sometidos a torturas permanentes²⁷. Esta violación de los Derechos Humanos contó con la complicidad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que mediante la Resolución 1422 del 12 de julio de 2002, renovada mediante la Resolución 1487 de 2003, otorgó inmunidad a las tropas invasoras:

El Consejo de Seguridad:.....

Actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,

1. Pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1° de julio de 2003, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario²⁸.

3. La resolución del Consejo de Seguridad que autoriza la intervención armada en Libia registró dos novedades de importancia:

²⁷ Ver sobre el tema BECERRA RAMÍREZ, MANUEL (Coordinador). *Aspectos Jurídico-Políticos de la guerra de Iraq*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005. En especial, los artículos: BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, «Acerca de la legalidad de la guerra del 2003, contra Iraq», pp. 37 y ss. y PORTILLA GÓMEZ, JUAN MANUEL, «El derecho internacional humanitario y el régimen jurídico aplicable a la ocupación de Iraq», pp. 173 y ss.

²⁸ Resolución 1487 de junio de 2003, aprobada con la abstención de Francia, Alemania y Siria, que renueva la resolución 1422 aprobada en julio de 2002 por unanimidad (en ambas, la petición de inmunidad contó con el voto

a) El Consejo de Seguridad adopta una serie de medidas cuando ya el conflicto estaba en pleno desarrollo, pero cuando aún las tropas rebeldes no habían acumulado fuerzas como para destituir al gobierno, al menos esa era la opinión de la prensa especializada. El 25 de febrero se pronuncia el Consejo de Derechos Humanos y el 26 dicta una primera resolución el Consejo de Seguridad con diversas sanciones: embargo de armas, congelación de activos, fuera de Libia, de sociedades vinculadas al gobierno, prohibición de viajar de funcionarios sospechosos de haber participado directa o indirectamente en los actos de represión. En la misma resolución, con el apoyo insistente de Estados Unidos, que no es miembro del Tratado de Roma, decide «remitir la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional». Aclara, por otra parte, que las acciones de los ciudadanos que actúen conforme a ella y no sean miembros del Estatuto de Roma sólo responderán de sus actos ante las autoridades de sus países. El Fiscal de la Corte, a su vez, solicitó la detención del titular del gobierno de ese país²⁹.

Esta intervención de la Corte Penal Internacional, que sólo ha actuado activamente en casos africanos, será un elemento más que otorgará razones a sus críticos, que consideran que no ha respondido a las expectativas generadas cuando fue creada (expectativas que explican, en parte, que lograra en un plazo muy breve las ratificaciones necesarias para cobrar vigencia)³⁰. Además, la necesidad de que estas expectativas se cumplan se sustenta precisamente en el debate de muchas décadas entre defensores de los derechos humanos frente a quienes defendían a ultranza la concepción tradicional de la soberanía en un tema de fundamental importancia como es la jurisdicción penal. En efecto, podemos coincidir con Judith Butler, en una primera afirmación general, que Corte Penal Internacional “...pretende desarrollar una serie de medidas de protección internacional que no estén formuladas sobre la base del estado-nación, como lo hizo la Convención de Ginebra”³¹.

Su accionar, en su breve historia, tanto por no cuestionar con más firmeza su exclusión en los casos citados, como en su colaboración en el caso Libia, pareciera dar la razón a Badiou cuando expresa que:

El Tribunal Internacional se apresta claramente a convocar y a juzgar, en

positivo de México acompañado por el voto positivo de otro país de América Latina, en 2002 Colombia y en 2003 Chile).

²⁹ Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada por unanimidad, publicada el 26 de febrero de 2011 y vuelta a publicar, por razones técnicas, el 10 de marzo de 2011.

³⁰ Ver KAYE, DAVID, «¿Quién la teme a la Corte Penal Internacional?. Cómo encontrar al fiscal que pueda ponerla en orden». En *Foreign Affairs Latinoamérica*. Volumen 11, número 3. México, D.F. 2011, pp. 93 y ss.

³¹ BUTLER, JUDITH *et al.* op. cit. p. 117.

*nombre de los “derechos del hombre”, a quien se atreva, en donde quiera que fuese, a poner en duda el orden mundial cuyo guardián armado es la OTAN; es decir, los estadounidenses”*³².

b) Se autorizó la agresión armada “para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que estén bajo amenaza de ataque aunque excluyendo el uso de una fuerza de ocupación extranjera de cualquier clase en cualquier parte del territorio libio...”³³, lo cual implica la intervención armada, mediante bombardeos, en favor de una insurrección que por sí sola no estaba en condiciones de tener éxito, que no podía destituir a las autoridades gobernantes. Si bien es innegable el carácter autoritario y no democrático del gobierno de Gadafi, no se podía alegar acciones contra terceros países, ni que constituyera un peligro para la paz internacional o regional. Tampoco violaciones masivas de los derechos humanos fundamentales de los libios, al menos no una violación mayor que la que se daba simultáneamente en Siria y Yemen³⁴. Por otra parte, la autorizada es un tipo de intervención armada que suele derivar en daños colaterales importantes, en violaciones de derechos humanos de civiles ajenos al conflicto.

El resultado fue que la oposición al gobernante libio, cuyo éxito en la rebelión es atribuible en gran medida al apoyo recibido de la OTAN, lo capturó y no lo entregó a la Corte Penal Internacional, lo ejecutó sin juicio previo; por otra parte, el ejecutivo sirio ha reprimido violentamente los intentos opositores de destituirlo, produciendo muchas más muertes que las producidas en Libia, pero el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no ha logrado consensos para lograr una intervención “humanitaria”.

II.2. Derechos Humanos universales y temporalidad histórica de los derechos

4. El atributo de universalidad es asociado a los derechos “morales” y “humanos”, es decir, se les reconoce a todas las personas y en todos los tiempos, por cual tienen una prioridad en su protección respecto a todos los otros derechos. Quienes así lo consideran, deben limitar significativamente el número de los derechos y libertades susceptibles de esa protección especial³⁵. Sin embargo, no resulta difícil reivindicar el

³² BADIOU, ALAIN, *La Ética*. Ed. Herder, México, 2004, p. 17.

³³ Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas n° 1973 (2011), aprobado con las abstenciones de Brasil, Chile, Alemania, India y la Federación Rusa y sin votos en contra; publicada el 17 de marzo de 2011.

³⁴ La propuesta posterior de iniciar medidas contra Siria fue vetada, por razones geopolíticas, por Rusia y China; en el caso de Yemen, la colaboración de su Presidente con el gobierno norteamericano motivó que no se presenten propuestas de intimaciones o de intervención.

³⁵ Ver CAMPBELL, TOM, *La Justicia. Los principales debates contemporáneos*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 62 y ss. (comentando a NOZICK).

carácter histórico y cultural de los derechos, su vinculación con los niveles de desarrollo económico y social de las culturas a través de la historia y su diversidad, inclusive, en la misma etapa histórica. El fin de la guerra fría, del socialismo real que competía con el capitalismo, y la mundialización, no brindan argumentos suficientes para alegar la intemporalidad de ciertos derechos y la existencia de los mismos por sobre la diversidad cultural. Al decir de Ihering:

[SENTIMIENTOS JURÍDICOS Y MORALES: SU ORIGEN HISTÓRICO]
*Con frecuencia nos aterrorizamos cuando se nos muestran los rasgos de la crueldad inhumana y de la violencia de aquellas épocas, y con razón hubieran parecido terroríficos **si la gente de aquellos tiempos hubiera tenido nuestros sentimientos éticos**» (el subrayado es nuestro)³⁶.*

III. Las Generaciones de Derechos Humanos. El atributo de indivisibilidad e igualdad

1. A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DGDH) los países miembros de la ONU, con el impulso de ECOSOC, iniciaron la búsqueda de consensos para aprobar convenciones internacionales que reunieran ciertos requisitos fundamentales: a) que fueran vinculantes para los países miembros, b) que ampliaran y precisaran los derechos en la DGDH, c) que contemplaran la posibilidad de supervisar y exigir, en su caso, el cumplimiento de lo convenido, d) que no privilegiaran los Derechos Civiles y Políticos en desmedro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para lo cual se ha insistido en la “indivisibilidad” y “complementariedad”, es decir igualdad, de los Derechos Humanos.

La celebración de los primeros tratados llevó mucho tiempo e implicó aceptar una división en el marco de los derechos humanos (en oposición a su teórica indivisibilidad), entre derechos humanos civiles y políticos, denominados derechos humanos de primera generación y derechos humanos económicos, sociales y culturales, denominados derechos humanos de segunda generación. Con posterioridad se incorporaron los denominados Derechos Humanos de Tercera y Cuarta Generación, considerando como tales a los derechos cuyos titulares eran la humanidad o grupos colectivos y a los llamados derechos difusos.³⁷ Pese a que EE.UU. fue el gran impulsor de la Declaración Universal, y pese a que en un principio adhirió a los dos Pactos Internacionales, sólo ratificó

³⁶ IHERING, RUDOLF VON. *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Ed. Trotta. Madrid 2002, p. 56 (conferencia dictada el 12 de marzo de 1884).

³⁷ La mayoría de los países que ha ratificado uno de los Pactos también ha ratificado el otro. Sin embargo, un país muy importante: Estados Unidos de América, ratificó el PICP y no el PIDESC.

el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, pero no ha ratificado aún el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. La distinción de los Derechos Humanos en generaciones cumplió, y cumple, una función pedagógica, pero su esquematización puede resultar nociva; el encasillamiento de los derechos de segunda generación ha motivado que se los considere de segunda clase, ajenos a la preocupación de los gobernantes. En efecto, cuando se comenta de groseras violaciones de derechos humanos en cualquier país, se hace referencia a los derechos de primera generación, y en ellos, como vimos, se sustenta la intervención militar humanitaria promovida por los países industrializados³⁸.

Por el contrario, son esos mismos países los que promovieron y presionaron las políticas de privatizaciones, apertura internacional y desregulaciones, que conllevaban la eliminación de las políticas sociales, caracterizadas como intervencionismo estatal, proteccionismo o populismo, criterios estructurados detalladamente en el llamado “Consenso de Washington”. Este liderazgo lo instrumentaron utilizando los organismos internacionales en los que tienen hegemonía plena, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), que mediante la “condicionalidad” promovían, mejor dicho exigían, la aplicación de Programas de Ajuste Estructural, y la Organización Mundial del Comercio, a la que está integrado el Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculados al Comercio (ADPIC, conocido por su sigla en inglés TRIP’s)³⁹. Las mismas políticas han intentado promover en los países europeos en crisis, vinculada en gran medida a la gran crisis financiera mundial que se iniciara en 2008, provocando protestas sociales significativas.

3. Otro argumento para jerarquizar los derechos humanos según las generaciones, considerando a los DESC como derechos de segunda generación y de menor importancia, es la explicación histórica. Se considera que los derechos sustantivos, que pueden recibir el atributo de fundamentales, son los que surgieron primero históricamente, es decir, los de primera generación. Y habrían surgido primero precisamente por cuanto serían inherentes al ser humano; los de segunda generación, por el contrario, son situaciones sociales deseables pero cuya violación no afecta de manera sustancial la moral social.

³⁸ Ver sobre el tema: PISARELLO, GERARDO. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Ed. Trotta, Madrid, 2007. ABRAMOVICH, VÍCTOR – COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta, 2002.

³⁹ GÓMEZ ISA, FELIPE, *Transnational Obligations in the Field of Economic, Social and Cultural Rights*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n° 19. www.reei.org

Los Estados nacionales realizaron una interpretación similar; a partir del fin de la década de los 80 se ha impuesto en la gran mayoría de los países la concepción de que el mercado libre, la no participación del Estado en las políticas industriales y mercantiles, que comprende la libre circulación mundial de mercancías y capitales, y la ausencia de todo tipo de subvenciones, es la garantía del crecimiento que permitirá la plena vigencia de los DESC. La experiencia no ha dado razón a quienes promovieron estas propuestas y es manifiesto que pese a la opinión de connotados economistas y funcionarios de organismos económicos y financieros internacionales, el denominado Consenso de Washington ha perdido respetabilidad⁴⁰.

Estamos en consecuencia frente a dos propuestas para cumplir con lo convenido en el PIDESC; una de ellas responde a las ideas iniciales que dieron lugar al tratado: el desarrollo de una política intervencionista, en materia económica y social, de cada país parte, que garantice las prestaciones sociales, económicas y culturales. La otra, predominante en las dos últimas décadas, dice que la anterior es populista y que lleva a los Estados nacionales a situaciones de crisis y corrupción, y que sólo el mercado libre y globalizado permite en el mediano plazo cumplir con lo pactado. Por supuesto que no hay posibilidades de llegar a un acuerdo sobre estas dos tendencias, o terceras que pudieran pretender cierta autonomía frente a ellas. Queda sólo la pregunta sobre si es aceptable que lo instruido en el PIDESC pueda esperar a posibles resultados, en el mediano o largo plazo, de políticas públicas prescindentes.

4. La división de los Derechos Humanos en generaciones ha motivado que en la mayoría de las constituciones los DESC y aquellos encasillados como derechos humanos de tercera y hasta cuarta generación, se presenten como programas, esquemas normativos, carentes de coercibilidad. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pese a ser la primera que reconoció en su capitulado los DESC, tiene el mismo esquema programático -aun en las últimas modificaciones- como el derecho a un medio ambiente sano o el derecho a la cultura.

5. Hoy se habla de Derechos Humanos de Tercera Generación (los que se sustentan en la solidaridad, que incluye en su tipología el derecho al medio ambiente sano y al desarrollo sustentable) e incluso de Cuarta Generación (los que se relacionan con las nuevas tecnologías), sin analizar si se pueden incorporar a algunos de ellos en los compartimentos precedentes.

⁴⁰ BIRDSALL, NANCY – FUKUYAMA, FRANCIS, «El Consenso después de Washington. El desarrollo tras la crisis». *Rev. Foreign Affairs Latinoamérica*. México, D.F. núm. 2, Vol. 11, año 2011, p. 83 y ss.

6. La pregunta que es pertinente hacer, pese a la doctrina y al derecho positivo en el caso de México, es si se puede sostener la reiterada afirmación de la doctrina y de múltiples convenciones internacionales, expresada con claridad en la reunión de Viena de 1993:

*1. El carácter universal de estos derechos y libertades no admite dudas. 2..... Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de manera justa y equitativa, en pie de igualdad, y con el mismo énfasis. ...*⁴¹.

La reforma constitucional en México estableció una distinción entre los derechos que se pueden restringir o suspender en los casos de invasión o perturbación grave de la paz pública y los que aun en esos casos deben continuar vigentes. Se puede argumentar que la clasificación no se realiza en virtud de la mayor o menor importancia de cada uno, sino por necesidades estratégicas relacionadas con la seguridad pública o con la seguridad nacional, según sea el caso, pero es claro que considera los derechos humanos “divisibles” y, en especial, “desiguales”.

“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 29 En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente ... podrá restringir o suspender ... el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación ... no podrán restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos...”

7. Por último, si los países partes aceptan que es un deber aplicar por la fuerza los derechos humanos civiles y políticos cuando ellos fueran violados groseramente, y si se acepta que todos los derechos humanos son indivisibles y tienen igual importancia, se debería instrumentar un sistema de apoyo inmediato, económico, financiero, cultural y social a los países pobres cuyos habitantes carecen de prestaciones mínimas, como los del África Subsahariana, o Haití, Bolivia y Nicaragua en América Latina. De igual manera, se debería eliminar la exigencia de los organismos financieros internacionales que imponen, como requisito

⁴¹ Declaración de Viena y Programa de Acción. Aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 25 de junio de 1993.

para apoyar a países con problemas deficitarios agudos, que suspendan prestaciones sociales, habiendo medidas de cooperación solidaria sustitutas de similares o mejores efectos en el ámbito financiero y, con seguridad, en el social y cultural.

IV. Los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

1. Los tratados de derechos humanos con vocación universal más importantes, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), se adoptaron y sometieron a firma y ratificación el 16 de diciembre de 1966. Llevó diez años lograr su ratificación por los treinta y cinco países requeridos, por lo cual entraron en vigor el 3 de enero y el 23 de marzo de 1976 respectivamente. Si bien se logró en estos tratados precisar los derechos enunciados, no se avanzó en demasía en el carácter vinculante de sus disposiciones.

2. En lo que hace al tema de nuestro interés, el 18 de junio de 2008 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; aprobado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008, y se sometió a ratificación de los países parte. A septiembre de 2010 lo habían suscrito 33 países pero sólo lo habían ratificado Ecuador y Mongolia, de los 10 países partes requeridos para que entre en vigor.

3. En el ámbito regional que comprende a México, *la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Protocolo de San Salvador»* aprobado el 17 de noviembre de 1988 y que cobró vigencia el 16 de noviembre de 1999, complementan los Derechos establecidos en el Pacto. La vinculación entre la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador permite una mayor exigibilidad a los países miembros que aceptan la jurisdicción de la Corte.

La necesidad de elaborar documentos diferentes para promover y proteger los Derechos Humanos Civiles y Políticos por un lado y por otro los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales, a efectos de que países partes de una Convención pudieran adherir a uno y no adherir o demorar la adhesión a otro, se volvió a plantear al debatirse la Convención, en la que se incluyen detalladamente los Derechos Humanos Civiles y Políticos en múltiples artículos y se realiza una tímida referencia a los DESC:

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo *Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la*

*cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*⁴².

Esta referencia mínima al tema implica que la protección regional de los DESC debió esperar a que once países partes aprobaran y ratificaran el Protocolo de San Salvador.

4. La diferenciación de los derechos políticos y civiles (DPyC) y los DESC se ha intentado justificar, en principio, en las dificultades para lograr la exigibilidad de éstos. Los DPyC demandan especialmente la abstinencia del Estado: no torturar, no privar de la libertad a una persona sin orden judicial; los DESC, por el contrario, demandan de una acción positiva legal y de políticas públicas por parte de los órganos de gobierno. Si se violan los DPyC los particulares afectados pueden demandar al Estado, la violación generalmente es clara y precisa; el cumplimiento de los DESC dependerá en la mayoría de los casos de una evaluación que deberá considerar la situación de desarrollo económico y social de un país y la evolución de esta situación social.

Son pocos los márgenes que tiene el poder público para violar una disposición internacional que dice: "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidos en todas sus formas" (art. 4 de la DUDH), o: "Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (art. 5, DUDH); no es difícil conocer si un país ha violado estas disposiciones. Por el contrario, frente a disposiciones que dicen "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección contra el desempleo..." (art. 23, DUDH) o "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado..." (art. 25 DUDH), la evaluación sobre si un país parte cumple o no con el compromiso contraído resulta muy compleja y cualesquiera que fueran los parámetros para dictaminar si las medidas legislativas y de políticas públicas fueron las adecuadas, podrán ser cuestionados técnica e ideológicamente. En efecto, los porcentuales del presupuesto que se asignen en un país para atender una protección adecuada de los DESC y de los Derechos Humanos Ambientales son indicadores que, en cierta medida, definen la orientación política de un programa de gobierno.

La recepción en el derecho interno de los DESC, en el nivel constitucional y legal, y la implementación de políticas públicas y presu-

⁴² *Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica»*. Adoptado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969; entró en vigor el 18 de julio de 1978 y fue ratificada por México el 3 de febrero de 1981.

puestas prioritarias para su promoción y protección, caracterizan a un Estado social de derecho.

“Precisamente, la teoría de los derechos económico-sociales y culturales como derechos fundamentales es la superación, impulsada por el socialismo democrático, de la contradicción entre el liberalismo ortodoxo y el socialismo totalitario”⁴³.

La exigibilidad de los DESC en el nivel internacional y en el derecho interno ha sido preocupación no sólo de importantes eventos internacionales, sino en especial del Comité de Expertos creado al efecto por ECOSOC. Los límites de extensión inherentes a este ensayo impiden hacer un análisis detallado y profundo sobre la futiidad de los informes y de las recomendaciones de las comisiones creadas por los pactos y convenciones y de las relatorías.

V. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el PIDESC. Exigibilidad.

1. El PIDESC establece una extensa enumeración de derechos económicos, sociales y culturales que considera universalmente aceptables, comprometiendo a los países miembros del Pacto a garantizarlos en su legislación y en la implementación de políticas públicas orientadas a ese fin. La redacción del Tratado es diversa según los derechos de que se trate, pero en ningún caso podemos considerar que son autoaplicables. Así, en una síntesis de los derechos humanos establecidos en el Pacto, podemos analizar los términos en que se hace referencia a su exigibilidad:

Art- 6. Los Estados Partes en el presente Pacto *reconocen el derecho* a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a lograr la plena efectividad de este derecho...

Art. 7. Los Estados Partes en el presente Pacto *reconocen el derecho* de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias ...

Art. 8. 1 Los Estados Partes en el presente Pacto *se comprometen a garantizar*: a) el derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección... b) El Derecho de los sindicatos a formar federaciones... c) el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos... d) El derecho de huelga ...

Art. 9. Los Estados Partes en el presente Pacto *reconocen el derecho* de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social.

⁴³ PECES-BARBA, GREGORIO, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Ed. EUDEMA. Madrid, 1988, p. 205.

Art. 10. Los Estados Partes en el presente Pacto *reconocen que*: 1. Se debe conceder a la familia...la más amplia protección y asistencia posibles... 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto....3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes...

Art. 11. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia... 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán ... las medidas... 3.

Art. 12. Los Estados Partes en el presente Pacto *reconocen* el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental...

Art. 13. Los Estados Partes en el presente Pacto *reconocen* el derecho de toda persona a la educación...

Art. 14. Todo Estado Parte en el presente Pacto *Se compromete* a elaborar y adoptar...un plan detallado de acción para la aplicación progresiva... del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

Art. 15. Los Estados Partes en el presente Pacto *reconocen* el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.....⁴⁴.

En principio, el articulado define obligaciones de los Estados Partes para con sus habitantes cuyo cumplimiento puede ser exigido por los demás Estados Partes del Tratado, no derechos de los habitantes exigibles a los Estados Partes ante sus propios tribunales, aunque estos reconozcan como norma integrante de su sistema jurídico interno a los tratados internacionales vigentes que ratifiquen, como lo dispone la Constitución mexicana a partir de 2011. Así, vemos que la redacción del Pacto utiliza las fórmulas: a) Los Estados Partes... reconocen el derecho; b) Todo Estado Parte en el presente Pacto ... se compromete a elaborar y adoptar; c) Los Estados Partes... reconocen que se debe conceder...se debe adoptar... La redacción excluye cualquier posibilidad, en consecuencia, de que se otorgue a los derechos reconocidos el carácter de “*self executing*”.

2. Es conveniente distinguir la exigibilidad de los DESC en el orden internacional e interno, de su judicialidad. Los países miembros del Pacto pueden exigir a los restantes países que cumplan con los compromisos contraídos; las Comisiones de Derechos Humanos o Defensores

⁴⁴ El subrayado es del autor.

del Pueblo, pueden exigir a sus gobiernos que cumplan con estos compromisos, pero la posibilidad de llevar a los gobiernos ante los tribunales por su incumplimiento, mediante acciones individuales o colectivas, (en los países que la reconocen) es diferente y mucho más compleja.

El mecanismo de exigibilidad se sustenta en el Pacto en la obligación de los Estados Partes de informar periódicamente al Comité del PIDESC sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos; el Comité, luego de analizar los informes puede emitir recomendaciones y evaluar periódicamente sobre el cumplimiento de las mismas, comunicando sobre todas estas acciones a la Asamblea General. La obligación genérica de informar periódicamente a ECOSOC fue establecida en los arts. 16 y 17 del PIDESC; sin embargo, el ECOSOC creó el 28 de mayo de 1985, según resolución 1985/17, un Órgano integrado por 18 Expertos Independientes de diversa nacionalidad, para cuya integración se debe considerar la representación regional y cultural, denominado Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En la misma resolución se precisa la temporalidad obligatoria de los informes a presentar por los países partes, los criterios de evaluación, así como el procedimiento para la elaboración de las opiniones y recomendaciones.

Un primer problema que ofrece el sistema se sustenta en la generalidad de los términos con que se definen los derechos reconocidos, en muchos casos tienen características programáticas o de deseos de justicia; ello hace que su cotejo con la realidad de cada uno de los países partes depende de criterios de apreciación muy subjetivos y que en muchos casos derivan en el análisis crítico de sus políticas públicas. Un ejemplo claro deriva de las “Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” al 4º informe periódico de México. En relación con el “derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias...” y en consecuencia a “i) Un salario equitativo e igual trabajo por igual valor, sin distinciones de ninguna especie...” el Comité manifiesta su preocupación por que “sean bajos los salarios mínimos del Estado Parte, sobre todo los de las mujeres y los indígenas”⁴⁵. Además, no aclara que legalmente las mujeres y los indígenas tienen derecho a percibir el mismo salario mínimo que los demás habitantes; lo que sucede es que el salario mínimo es demasiado bajo y que la autoridad no fiscaliza que se cumpla la ley.

3. Los criterios de aplicación propuestos por los juristas. Con motivo de la conformación del Comité por parte de ECOSOC en 1986, la Comisión

⁴⁵ Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 36º periodo de sesiones. 1º a 19 de mayo de 2006. E/C. 12/MEX/CO/4 9 de junio de 2006.

Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan de la Universidad de Cincinnati, convocaron en Maastricht en el mismo año, a un grupo connotado de juristas para considerar aspectos vinculados a la aplicación del PIDESC. Los comentarios y propuestas emanados de a reunión son conocidos como “Los Principios de Limburgo”⁴⁶. El documento reitera el carácter indivisible e interdependiente de los Derechos Humanos, por lo cual ratifica la idea de que los DESC se deben promover y proteger tanto como los derechos políticos y civiles; consecuencia de ello es la opinión de que “Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas”. *A posteriori* establece parámetros generales para la interpretación de las disposiciones del PIDESC, destacando los referidos a los criterios que se deben tener en cuenta para considerar que un país ha violado el Pacto. Aceptan los juristas que se debe otorgar a los países un cierto margen de discreción en la aplicación de los compromisos, pero que esta discrecionalidad no elimina la necesidad de: tomar las medidas requeridas por el Pacto, eliminar los obstáculos que impiden el ejercicio de un derecho, aplicar de inmediato los derechos que lo permitan, no incumplir intencionalmente una norma internacional, no imponer una limitación a un derecho reconocido por el Pacto. Por último, analiza las características que deben adoptar los informes y la función del Comité de DESC creado por ECOSOC.

A diez años de la reunión comentada, las mismas instituciones convocaron a un nuevo encuentro de similares características, del que surgieron las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (22-26 de enero de 1997), que reitera en su inicio que en tanto “los Derechos Humanos son indivisibles, interdependientes, interrelacionados y de igual importancia para la dignidad humana... los Estados tienen la misma responsabilidad en cuanto a las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las violaciones a los derechos civiles y políticos”; reiteración de la Declaración de Viena y de la preocupación por que los DESC se consideren derechos humanos de segunda.

En las directrices, conforme a lo expuesto *supra*, se afirma que un país parte puede violar los preceptos acordados en el Pacto mediante *acciones* del Estado o de entidades vinculadas al Estado y por actos de incumplimiento u *omisión* del Estado al no adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos humanos acordados. La afirmación es acompañada de un número importante de ejemplos de tipologías de violaciones.

⁴⁶ *Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Facultad de Derechos de la Universidad de Limburgo. (Maastricht, Países Bajos), 1986.

Violaciones mediante actos de comisión:

“a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento;

(b) La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta;

(c) El apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos económicos, sociales y culturales;

(d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables;

(e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos;

(f) La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor;

(g) La reducción o desviación de un gasto público específico, cuando dicha reducción o desviación resulta en la imposibilidad del goce de estos derechos y no sea acompañada por la adopción de medidas adecuadas que aseguren a todos la subsistencia mínima”.

Violaciones mediante actos de omisión:

“ (a) La no adopción de las medidas adecuadas estipuladas en el Pacto;

(b) La no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto;

(c) La no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto;

(d) La no regulación de actividades de particulares o grupos para evitar que éstos violen los derechos económicos, sociales y culturales;

(e) La no utilización al máximo de los recursos disponibles para lograr la plena realización del Pacto;

(f) La falta de vigilancia de la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento;

(g) La no eliminación inmediata de los obstáculos que debe eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho garantizado en el Pacto;

(h) La no aplicación inmediata de un derecho que debe tener efectividad inmediata conforme al Pacto;

(i) El no cumplimiento de la norma mínima internacional de realización cuando dicho cumplimiento queda dentro de sus posibilidades;

(j) Cuando el Estado, al celebrar convenios bilaterales o multilaterales con otro Estado y con organizaciones internacionales o empresas multinacionales, no tenga en cuenta sus obligaciones legales internacionales en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁷.

Los criterios de interpretación del PIDESC contenidos en los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Directrices de Masstricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales han resultado de una inapreciable utilidad para los expertos del Comité y para ECOSOC.

4. El Comité tiene dos instrumentos importantes para lograr que se promuevan y protejan los DESC, haciéndolos exigibles en el orden internacional:

a) las Observaciones Generales. Orientadas a interpretar el PIDESC; definen las obligaciones de los Estados y precisan en qué caso estas obligaciones son violadas por acción u omisión. Hasta mayo de 2010 se habían emitido 19 observaciones generales, destacando por los temas abordados la n° 13 relacionada con educación (art. 13 del PIDESC), la 18, vinculada al derecho al trabajo (art. 6 del PIDESC) y la 19 sobre seguridad social (art. 9) y la última, la 21, sobre el derecho de acceso a la cultura.

b) Las Recomendaciones Especiales. Con base en los criterios establecidos por las Observaciones Generales, el Comité analiza los informes periódicos que debe presentar cada Estado Parte según lo disponen los arts. 16 y 17 del Pacto, cumpliendo las directrices publicadas por el mismo Comité, y emite recomendaciones particulares. Con motivo del cuarto informe periódico presentado por México, el Comité de DESC emitió sus observaciones finales en mayo de 2006; nuestro país deberá comunicar en el siguiente informe periódico (presentará el quinto y sexto combinados antes del 30 de junio de 2012) las medidas adoptadas para cumplir con las observaciones, informe para cuya elaboración se recomienda se invite a participar a la sociedad civil.

5. El Protocolo Facultativo del PIDESC establece un mecanismo especial para lograr la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes a partir de la ampliación de las funciones del Comité de DESC, consistente en otorgarle competencia para recibir y examinar comunicaciones de personas físicas o morales no gubernamentales:

«por o en nombre de personas o grupos de individuos, bajo la jurisdicción de un Estado Parte (del Pacto y del Protocolo, si se tratara de un Estado que

⁴⁷ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

sólo es parte del Pacto, la comunicación no será aceptada) que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto por ese Estado Parte». (art. 2°).

Los denunciantes deben demostrar que se han agotado los procesos internos que les permitirían hacer valer sus derechos, en tanto y en cuanto estos procesos no implicaran un plazo tan largo que hicieran nugatoria su demanda.

La posibilidad de que los particulares puedan recurrir por sus derechos ante un Comité integrado por expertos que no responden a los intereses de sus países de origen es el motivo por el cual un número significativo países partes del PIDESC no han adherido y mucho menos ratificado el Protocolo Voluntario; así se explica que el PIDESC lograra vigencia necesitando la ratificación de 35 países y el Protocolo Voluntario no logra la adhesión de 10 países partes; entre otros, no ha sido ratificado por México. Es una muestra, además, de que la vocación universal por la protección de los derechos humanos tiene todavía mucho camino por andar.

VI. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Procolo Adicional

1. Como se expusiera *supra*, la tímida referencia que se hace a los DESC en la Convención Americana provocó que se promoviera un **Protocolo Adicional** sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como **Protocolo de San Salvador**. En su redacción se adoptan, en términos generales, las disposiciones del PIDESC, con mayor precisión en los artículos que hacen referencia a los compromisos de los Estados, en los que enumeran los derechos humanos que los Estados Partes reconocen y, además, incorpora derechos no reconocidos por el PIDESC, al menos mediante una referencia especial y por separado, como son Derechos de la Niñez, Protección de los Ancianos, Protección de los Minusválidos y Derecho a un Medio Ambiente Sano (ver en anexo un cuadro comparativo de los derechos reconocidos en cada convención).

Al igual que en PIDESC, los Estados Partes del Protocolo se comprometen a adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de sus recursos, para lograr la efectividad de los derechos que se reconocen. Se comprometen, igualmente, a adecuar las medidas legislativas o de otro orden, para hacer efectivos los derechos y a no discriminar en la regulación de los mismos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para supervisar el cumplimiento de los compromisos asumidos, los Estados Partes del Protocolo deben presentar periódicamente al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, informes sobre las

medidas que hubieren adoptado para garantizar el respeto de los derechos reconocidos. El Secretario remitirá copias al Consejo Interamericano Económico y Social, al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los organismos especializados de del sistema interamericano.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá emitir observaciones y recomendaciones con base en los informes recibidos e incluirlos en el Informe Anual que presenta a la Asamblea General de la OEA, o presentar un informe especial si lo considerara más adecuado. Si los derechos violados fuesen los reconocidos en el art. 8, párrafo a. y en el art. 13 (ver anexo), podría corresponder, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y si procediera de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como expusimos *supra*, y se puede ver en el Anexo, la descripción de los derechos reconocidos por el PIDESC y el Protocolo Adicional coinciden en la temática general pero no en su redacción, además de que este último agrega algunos derechos no enunciados en el primero. En caso de presentarse contradicciones, se deberá considerar como derecho sustantivo, en principio, el que corresponda a la instancia por la cual se optó, y supletoriamente, aquel que describa un estándar más elevado de protección.

VII. Derechos Humanos de Tercera Generación. Derechos Ambientales

1. Los Derechos Humanos Ambientales (DHA) cobran vigencia en el Derecho Internacional con motivo de la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano*, emitida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, reunida en Estocolmo del 5 al 16 de enero de 1972; sentó el nacimiento del Derecho Internacional del Medio Ambiente y las bases del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Ambientales. En la reunión que dio origen a la Declaración, destacó la alta participación de organizaciones no gubernamentales (ONG), cuya presencia caracterizará, a partir de este encuentro, los debates internacionales de los que surgirán las convenciones internacionales sobre medio ambiente. A partir de esta declaración se verificará también una característica importante del Derecho Ambiental, la velocidad con que el denominado *Soft Law* (Declaraciones emanadas de Conferencias, recomendaciones y directrices de organismos internacionales) se transforma en *Hard Law* (Convenciones Internacionales vigentes, que a su vez derivan en legislaciones nacionales)⁴⁸.

⁴⁸ DAILLIER, PATRICK – ALAIN PELLET, *Droit International Public*. Ed. L.G. D. J., Francia, 2003, pp. 1277 y ss. GONZÁLEZ MÁRQUEZ, JOSÉ JUAN, *Teoría del Derecho Ambiental*.

Dispone la Declaración de Estocolmo en sus primeros principios:

“Principio 1. El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse”.

“Principio 2. Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”.

Además de destacar el derecho a la libertad, igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad, dice que los recursos naturales deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras; es decir, incorpora por un lado el derecho fundamental al medio ambiente y, por otra parte, establece también como destinatario de la protección del medio ambiente a las generaciones futuras. Es este un tema sujeto a debate en las ciencias jurídicas: si la humanidad puede ser titular de un bien jurídico protegido y si lo pueden ser las generaciones futuras, si se trata de un deber de la sociedad del mundo que no tiene como contrapartida un derecho individual o colectivo individualizable⁴⁹. El tema será retomado por la Convención sobre Diversidad Biológica de Río de Janeiro de 1992, que establece en su preámbulo que las partes están resueltas a “conservar, verificar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica en beneficio de las generaciones actuales y futuras”⁵⁰. El compromiso con las generaciones futuras fue adoptado también por la bioética y es uno de los elementos de juicio destacado en los análisis sobre la manipulación genética y en especial en el caso específico de la clonación reproductiva⁵¹.

Volumen I. Instituto Mexicano de Investigaciones en Derecho Ambiental. México 2009, p. 29 y ss.

⁴⁹ Ver análisis sobre el tema relacionado con la dignidad y los derechos humanos en GAEZÓN VALDÉS, ERNESTO. *Propuestas*. Ed. Trotta. Madrid, 2011, p. 35 y ss.

⁵⁰ En su art. 2, la Convención define, con una idea similar: Por «utilización sostenible» se entiende la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.

⁵¹ PISANO, ATILIO, (Coordinación) *La Especie Humana, ¿Es titular de derechos?*. Dykinson, S.L. Madrid 2008. Ver en especial el artículo de TARANTINO, ANTONIO, «La Especie Humana, ¿Es sujeto de derecho?», p. 35 y ss.

2. Los Derechos Humanos Ambientales comienzan a ser ubicados por la doctrina, de manera no pacífica, entre los derechos humanos de tercera generación, también llamados Derechos de Solidaridad, que caracterizaría a los derechos difusos: el Derecho al Desarrollo, a la Paz, al Patrimonio Cultural y Artístico, junto a los derechos colectivos: los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de los consumidores⁵². Respecto a su aparición cronológica, su ubicación pareciera lógica; sin embargo, sus características no coinciden con los restantes derechos descritos. Si fuera necesario insertar los derechos humanos ambientales en alguna de las generaciones, por su naturaleza y por las posibilidades de exigibilidad y judiciabilidad, quizás su cajón natural sería el de los Derechos de Segunda Generación⁵³.

La Declaración de Estocolmo, en tanto tal, no era vinculante, pero fue la base de un gran movimiento social, origen de una preocupación generalizada por la preservación del medio ambiente e influirán en la elaboración del concepto de “desarrollo sustentable” por la Comisión Brundtland en 1987. Dos eventos consolidarán en normas de derecho internacional lo establecido en esta Declaración: la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro en 1992, en la cual se suscriben dos declaraciones y dos Convenciones: la *Convención sobre Diversidad Biológica* y la *Convención sobre Cambio Climático*. A partir de estas bases se han celebrado a posteriori múltiples convenciones y reuniones sobre Medio Ambiente⁵⁴. En el Derecho Internacional del Medio Ambiente vigente en México se inscribe también el Acuerdo Paralelo Sobre Medio Ambiente, parte integrante del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

3. Dado su origen histórico posterior como reivindicación relevante, cuando se elaboran los PIDESC no se hace referencia a los derechos humanos ambientales; sin embargo, cuando se conviene el Protocolo de San Salvador en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pese a que no se los incluye en la denominación, sí se hace una tímida referencia expresa a ellos:

“Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

⁵² GRIJALVA, AGUSTÍN, «¿Qué son los Derechos Colectivos?» en ÁVILA ORDÓÑEZ MARÍA PAZ y MARÍA BELÉN CORREDORES LEDESMA (editoras), *Los Derechos Colectivos: hacia su efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia, 2009.

⁵³ LOPERENA ROTA, DEMETRIO. *Los Derechos del Medio Ambiente adecuado y a su protección*. Revista Electrónica de Derecho Ambiental, año 1999.

⁵⁴ GONZÁLEZ MÁRQUEZ, JOSÉ JUAN, op. cit. p. 32 y ss.

Como se expuso, la inclusión del derecho humano al medio ambiente en su actual redacción es muy pobre y, en principio, si bien se refiere al Medio Ambiente, el bien jurídico protegido como derecho humano en el primer inciso es la salud; la redacción deja mucho que desear; en efecto, en el debate ambiental se suele hacer referencia metafórica a que la tierra está enferma, o que es necesario bregar por un planeta sano, pero estas formas coloquiales no se adecuan a las exigencias de la técnica jurídica, el medio ambiente está sano y tiene sus propios medios para subsistir durante millones de años; enferma y acelera la muerte de los seres humanos cuando no se lo preserva adecuadamente⁵⁵. Es de suponer que el legislador regional quiso decir “saludable”. Por otra parte, la referencia que se hace al medio ambiente en el inciso dos obliga a una genérica acción de promoción, preservación y mejoramiento, sin ningún tipo de precisión y por tanto casi imposible de ser exigida. Es un avance defectuoso, como expresara María del Carmen Carmona en su análisis de la reforma al art. 4° de la Constitución Política Mexicana⁵⁶.

Similar vaguedad tiene la recepción del derecho humano al medio ambiente en la Constitución Política de México, en tanto reconoce que “toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”; razón por la cual la tarea de hacer efectivo el derecho de los individuos al medio ambiente corresponderá al legislador quien, si lo desea, podrá reconocerlo según lo considere adecuado y sin un deseable marco constitucional que lo limite⁵⁷. La Constitución Argentina, por el contrario, detalla los derechos al medio ambiente y hace referencia también a los deberes con respecto a las generaciones futuras⁵⁸.

4. Si consideramos el derecho humano a un medio ambiente sostenible, podemos inferir que la humanidad tiene el derecho de exigir que se aborde internacionalmente y en el orden interno nacional, la solución de los principales problemas que en este momento aquejan al planeta. Estos fueron enunciados por Jonathan Foley, en el ensayo citado, quien considera la situación preindustrial y la actual en ocho temas-problema, midiendo los elementos sustantivos en cada uno de ellos (por ejemplo en el cambio climático sólo considera la concentración de CO₂) en el que se propone regular y establecer porcentuales límites de creci-

⁵⁵ Así, un interesante análisis relacionado con los problemas ecológicos graves que se deben abordar lo encontramos en el artículo de FOLEY, JONATHAN. «Límites de un planeta sano» en *Rev. Investigación y Ciencia* (edición española de *Scientific American*), Barcelona, junio 2010, p. 46.

⁵⁶ CARMONA LARA, MARÍA DEL CARMEN, *El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado en México. Evolución, Avances y Perspectivas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2008.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 95.

⁵⁸ Constitución de la Nación Argentina, 22 de agosto de 1994.

miento; los temas seleccionados y las magnitudes consideradas como límites son:

a. *Cambio climático: Concentración de CO2 (partes por un millón): Valor preindustrial: 280, actual: 387, límite: 350; b. Contaminación química: cantidades liberadas al ambiente o concentradas en él: valores por determinar; c. Aerosoles atmosféricos: Concentración de partículas en la atmósfera, por regiones: valores a determinar; d. Pérdida de biodiversidad: Tasa de extinción (especies por millón y año): valor preindustrial: 0,1-1,0, actual: >100, límite: 10; e. Uso del suelo: usos agrícolas (%): valor preindustrial: despreciable, actual: 11,7, límite: 15; f. Consumo de agua dulce: consumo humano (kilómetros cúbicos al año), valor preindustrial: 415, actual: 2,600, límite: 4,000; g. Ciclos de Nitrógeno y Fósforo: Fósforo: flujo hacia el mar (millones de toneladas al año): valor preindustrial: 1, actual: 10, Límite: 12; Nitrógeno: Extracción antrópica de la atmósfera (millones de toneladas al año): valor preindustrial: 0, actual: 133, límite: 39. h) Reducción de ozono estratosférico: concentración (unidades Dobson): valor preindustrial: 290, actual: 283, límite: 276*⁵⁹.

Es claro que salvo pocos casos, la solución de estos problemas implica la obtención de consensos internacionales; los países industrializados reciben fuertes presiones negativas de sus corporaciones industriales y alegan que un trato diferenciado les haría perder competitividad en el mercado mundial; los países en desarrollo, algunos partícipes importantes en la afectación al medio ambiente, como China y Brasil, alegan que los países industrializados llegaron a ese nivel degradando el medio ambiente y que ahora pretenden que sus sociedades permanezcan en la pobreza⁶⁰. Esto se traduce en la gran dificultad que tiene el derecho para otorgar exigibilidad a los derechos ambientales en el orden internacional, afectados por el desarrollo de la humanidad; no es menor problema lograr su exigibilidad a nivel nacional o local⁶¹. En el orden internacional se podrían aplicar por analogía, los principios que permiten considerar que se violaron los tratados por comisión o por omisión, como se detallara *supra* al analizar la aplicación del PIDESC.

5. Son estas dificultades que ofrece el derecho humano al medio

⁵⁹ FOLEY, JONATHAN, *Límites de un planeta sano*, op. cit. p. 46 y ss.

⁶⁰ Los intentos de defensores del medio ambiente de demostrar que se puede lograr un desarrollo autosostenible sin afectar la competitividad, por el contrario, incrementando la productividad, ha chocado con la opinión contraria de productores y gobernantes. Es necesario asumir que la preservación de un medio ambiente adecuado afecta la productividad y es por ello que requiere de normas coercibles que equiparen la situación de todos los productores en el mercado.

⁶¹ Ver sobre las acciones que tienen el o los afectados, según se trate de un bien individual, intereses individuales homogéneos o bienes colectivos: LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Teoría del Derecho Ambiental*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 35 y ss.

ambiente las que han motivado que se lo ubique como un derecho difuso, entre los derechos de tercera generación. Pese a ello, algunos derechos colectivos emanados del Derecho Ambiental serían en principio exigibles en tanto tienen imperio en el país, al ser país parte de la Convención o Tratado. Un caso es el derecho que surge del art. 8° de la Convención sobre Diversidad Biológica, cuando expone que:

“Cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda...

j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

VIII. ¿Derechos Humanos de la Cuarta Generación? Biotecnología y Bioética

1. Los avances acelerados de la ciencia y la *tecnología* en la posguerra, marcados claramente por la fusión nuclear y la dilucidación del genoma, ha generado múltiples problemas al derecho internacional y a los derechos nacionales; los intereses en pugna, tanto crematísticos como ideológico-religiosos, que han derivado en carencia de consensos, han provocado que en muchos de ellos no se haya logrado una solución jurídica adecuada. En materia de derechos humanos, la práctica de recurrir al encasillamiento en generaciones motiva que se los ubique entre los derechos humanos de cuarta generación, con el riesgo de que se aplique a los mismos un criterio de jerarquía que los minimice⁶². Un análisis detallado nos demostraría que así como no resulta clara la distinción entre derechos humanos de primera y segunda generación, como expusimos *supra*, es probable que, aceptando críticamente la misma, podamos ubicar en uno de los dos compartimentos a los derechos humanos de tercera y cuarta generación.

2. La bioética relacionada con los organismos vivos modificados genéticamente ocupa hoy un espacio tan o más importante que la bioética médica, que hasta hace tres décadas era prácticamente su único contenido, en el entendido que todavía gran parte de la bioética genética se relaciona con la bioética médica y algunos autores así lo consideran y definen⁶³.

⁶² ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, *Genética y Derecho*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 14.

⁶³ GONZÁLEZ VALENZUELA, JULIANA, (Coordinadora). *Dilemas de bioética*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2007. TINANT, EDUARDO LUIS, *Antología para una Bioética Jurídica*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 4 y ss. SADABA, JAVIER, *Principios de bioética laica*. Ed. Gedisa, Barcelona 2004, p. 35.

Uno de los fundamentos más serios en materia de bioseguridad, respecto a la genética humana ha sido el aspecto bioético en el que destaca la dignidad humana. El aspecto positivo que significa la humanización de las fuentes de la política legislativa tiene como contrapartida la falta de consenso entre las corrientes ideológicas que fundamentan la bioética, en especial precisamente cuanto abordan el tema de la dignidad animal y animal humana.

La dificultad del sistema jurídico para dar respuesta a los múltiples problemas presentados por los derechos humanos relacionados con la biotecnología moderna ha estimulado la conformación de comisiones políticas de bioética, sin un marco legal adecuado que permita a las mismas cumplir una función subsidiaria apropiada; ello motiva que no ejerzan plenamente las atribuciones asignadas y que en la práctica carezcan de una clara esfera de competencia.

La preocupación de los investigadores sociales ante la parálisis legislativa los ha llevado al desarrollo de grandes debates en el ámbito filosófico y social, que no es fácil de traducir en normas legales. Bajo el principio de legalidad, esas opiniones de bioética carecen de fuerza y por tanto se sigue aplicando la norma general que dice que todo lo que no está prohibido está permitido. Es conveniente llevar la bioética al nivel que le corresponde y exigir más a los estudios sobre la justicia, a la política legislativa y la técnica jurídica; ello permitirá elaborar marcos regulatorios eficientes, así como ubicaciones precisas en los niveles jerárquicos: disposiciones que requieren del nivel legislativo, aquellas asignables al de los decretos reglamentarios y las que mediante normas derivadas recurren a la opinión científicamente fundada de instituciones gubernamentales o de colegios y comisiones de bioética.

3. Un ejemplo de la dificultad que presenta llevar al derecho positivo los problemas que genera la biotecnología moderna lo encontramos en los obstáculos que presentó y presenta el intento de prohibir, en el ámbito internacional y nacional, la clonación reproductiva y autorizar (tácitamente, basta con no prohibir) la clonación terapéutica, según lo han demandado los científicos del mundo y, en nuestro caso, la Academia Mexicana de la Ciencia.

Por impulso de Alemania y Francia, la Organización de las Naciones Unidas, en la 52° sesión plenaria de la Asamblea General (el 19 de noviembre de 2002) decidió incluir en el programa de su quincuagésimo séptimo período de sesiones el tema "*Convención internacional contra la clonación de seres humanos con fines reproductivos*". Pese a lo limitado de la propuesta, no se pudo arribar a un resultado positivo, debido al debate entre quienes pretenden limitar la prohibición de la clonación propiamente dicha (por incorporación de una célula de una persona madura a un óvulo previamente desnucleado) con fines reproductivos y aquellos que aspiran y promueven que se añada la prohibición de todo tipo de clonación,

inclusive la científica (también denominada terapéutica). Finalmente, en 2005 la Asamblea General desistió de promover una Convención para la cual no había consenso y se limitó a sacar una Declaración General de compromiso, no vinculante, que en su esencia dispone:

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana:

La Asamblea General Declara solemnemente lo siguiente:

a) Los Estados Miembros habrán de adoptar todas las medidas necesarias para proteger adecuadamente la vida humana en la aplicación de las ciencias biológicas;

b) Los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana;

c) Los Estados Miembros habrán de adoptar además las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que pueda ser contraria a la dignidad humana;...⁶⁴.

Igualmente con anterioridad, para que se apruebe la declaración de la UNESCO, se debió recurrir a generalidades; no se avanzó mucho más en la Declaración de Oviedo y el Protocolo de París, que vincula en especial a la Unión Europea⁶⁵. Hasta la fecha no se ha logrado consenso en la ONU para fijar los lineamientos de un mandato a efectos de que se comience a trabajar en una convención vinculante sobre el tema.

Algo similar sucedió en nuestro país. Al reformarse la Ley de Institutos Nacionales de Salud para crear el Instituto de Medicina Genómica se incluyó, en el proyecto que aprobó como Cámara de Origen la de Diputados, la prohibición de investigar utilizando embriones, lo cual fue excluido por el Senado; al regresar a Diputados casi sin debate se aprobó la reforma de la ley excluyendo dicha prohibición. Pero la solución no fue autorizar la clonación terapéutica, como solicitaba la Academia Mexicana de la Ciencia, sino el excluir de la ley el punto en debate, por lo cual estimular la investigación genómica utilizando embriones clonados, en la institución o mediante la subvención a otras instituciones científicas de nivel acreditado, dependerá de la ideología o confesión religiosa de quienes fijen las líneas de la institución⁶⁶.

⁶⁴ Declaración 59/280 del 23 de Marzo de 2005; quincuagésimo noveno período de sesiones.

⁶⁵ Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la medicina: Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina adoptada en Oviedo, el 4 de Abril de 1997. Y el Protocolo adicional sobre la Prohibición de la Clonación de Seres Humanos, adoptada en París, el 12 de enero de 1998 por los países miembros del Consejo de Europa. Esta Convención se limita a prohibir «la creación de un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto...» art. 1.

⁶⁶ DECRETO por el que se adiciona una fracción V bis al artículo 5, y un

4. El mismo tema, la naturaleza jurídica del embrión, ha dificultado que se legisle en muchos países sobre fertilización asistida, en especial el tema de la fertilización *in vitro*. Al no legislarse en la materia quedan pendientes preguntas difícil de resolver: a) cómo regular las donaciones; b) edades límites para que se intente la procreación *in vitro*; c) ¿qué hacer con los embriones congelados (se estima que en Argentina hay más de 15.000, en el mundo cientos de miles)? ¿Durante qué tiempo se los puede mantener en esa situación? ; d) ¿Quién es el propietario de los embriones?; d) ¿quién puede tomar la decisión sobre futuras implantaciones de los embriones sobrantes? e) ¿es posible utilizar los embriones sobrantes para investigación científica? f) ¿es posible implantar a la misma mujer a la que se le realizó una implantación o a diversas mujeres con embriones originados en clonación gemelar?⁶⁷.

Destaca en este aspecto el fallo de una Cámara Civil en Argentina ante la petición de una mujer que se había sometido con su marido al proceso de fertilización *in vitro* exitosamente; como resultado del proceso sobraron varios embriones, por lo cual la mujer decidió, a los dos años aproximadamente, exigir que se le insertaran nuevos embriones para tener otro hijo de quien fuera su marido pero del que se había divorciado pocos meses después de procrear. Pese a la oposición del marido, padre del futuro hijo, la Cámara autorizó a la mujer que realizara el procedimiento de fertilización *in vitro* utilizando los embriones sobrantes del primer proceso, argumentando que así se protegía a los embriones (considerados personas por nacer) y que el marido al someterse al proceso había consentido tácitamente que se utilizaran todos los embriones para la procreación.⁶⁸ Este fallo no cabría en un país que hubiera legislado al respecto, como España, por ejemplo⁶⁹.

5. Por las características de este artículo, nos limitaremos a enumerar algunos de los temas que presentan los derechos humanos relacionados con la biotecnología moderna: a) prohibición o autorización de la clonación reproductiva y de la clonación para la investigación, llamada terapéutica; b) la ingeniería genética eugenésica; c) la terapia génica; d) la biodiagnos (o bioprospcción), e) reproducción asistida.

artículo 7 bis al Capítulo I del Título Segundo, de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de Julio de 2004.

⁶⁷ KRAUS, ARNOLDO y RUY PÉREZ TAMAYO, *Diccionario incompleto de bioética, con comentarios y preguntas*. Ed. Taurus, México 2007, pp. 181-182.

⁶⁸ Ver notas informativas en Clarín, Buenos Aires, 20 de febrero de 2011; *Clarín*, Buenos Aires 23 de septiembre de 2011.

⁶⁹ Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre Técnicas de fertilización asistida.

IX. Comentario final, a manera de conclusión

1. La dinámica registrada en el derecho internacional en materia de derechos humanos ha inducido a un sector importante de la doctrina a catalogarlos en generaciones, considerando los momentos históricos en que han surgido los problemas y aquellos en los que se comenzaron a reconocer los derechos. Pese a la consideración casi unánime de que los derechos humanos son indivisibles (la clasificación en generaciones respondería a un criterio pedagógico y de exposición), a partir de la segunda generación se presentan dificultades serias de exigibilidad y judiciabilidad, en parte por la naturaleza de los derechos, en parte por la falta de interés de los Estados Partes de las Convenciones Internacionales que los reconocen. Baste citar que EE.UU., la potencia mundial más importante desde el punto de vista productivo y armamentístico, no ha suscrito el PIDESC y que si bien las principales potencias económicas consideran que la violación grosera de los derechos humanos políticos y civiles pueden llegar a justificar la intervención económica, financiera e inclusive armada sobre un país, la protección de los PIDESC no ha logrado impulsar un sistema internacional de cooperación con los países en desarrollo y con los más pobres. En el caso de los Derechos Humanos de Segunda Generación, las políticas económicas derivadas de la mundialización, del libre comercio internacional y de la desregulación económica, han derivado en políticas públicas regresivas en cuanto a su promoción y protección. En lo que hace al Derecho Ambiental, los intereses crematísticos de los países más desarrollados (EE.UU.), o menos desarrollados pero con grandes volúmenes de producción (China, India, Brasil), impiden un avance serio que permita cumplir con el derecho humano, de las actuales y futuras generación, a un medio ambiente sano y al aprovechamiento sustentable de los recursos naturales. En el caso de los Derechos Humanos relacionados con la biotecnología, ubicados en los de Cuarta Generación, a los intereses económicos se unen las diferencias ideológicas, basadas especialmente en las carencias de una plena secularización de un sector importante de los Estados que integran la comunidad internacional.

En este marco conceptual, destaca la función que cabe a los Ombudsman, en sus diferentes manifestaciones jurídico-institucionales, a las organizaciones no gubernamentales, a las academias científicas, a las comisiones de bioéticas: presionar para que este gran debate teórico se transforme en derechos exigibles y políticas públicas claras y eficientes, no sólo en el nivel de exigencias de los comités internacionales que pueden presionar a los países sedes, sino en la judiciabilidad mediante el imperio de Cortes Internacionales de Derechos Humanos y de las judicaturas nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, VÍCTOR – CHRISTIAN COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta, 2002.
- BADIOU, ALAIN. *La Ética*. Ed. Herder, México, 2004.
- BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, *Acerca de la legalidad de la guerra, del 2003*. En BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, (Coordinador). *Aspectos Jurídico-Políticos de la guerra de Iraq*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005.
- BUNGE, MARIO, *Filosofía Política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*. Ed. Gedisa. Barcelona 2009.
- BUTLER, JUDITH – GAYATRI CHAKRAVORTY SPIVAK, *¿Quién le canta al Estado Nación? Lenguaje, política, pertenencia*. Ed. Paidós - Espacios del saber. Buenos Aires, 2010.
- CAMPBELL, TOM, *La Justicia. Los principales debates contemporáneos*. Ed. Gedisa. Barcelona, 2002.
- CARMONA LARA, MARÍA DEL CARMEN, *El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado en México. Evolución, Avances y Perspectivas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2008.
- DAILLIER, PATRICK – ALAIN PELLET, *Droit International Public*. Ed. L.G. D. J., Francia, 2003.
- Declaración de Viena y Programa de Acción. Aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 25 de junio de 1993.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta. Madrid 2010.
- FOLEY, JONATHAN, *Límites de un planeta sano*. Rev. Investigación y Ciencia (edición española de Scientific American), Barcelona, junio 2010.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *Propuestas*. Editorial Trotta. Madrid, 2011
- _____ *Calamidades. La responsabilidad humana ante la atrocidad*. Ed. Gedisa. Barcelona, 2009.
- GÓMEZ ISA, FELIPE, *Transnational Obligations in the Field of Economic, Social and Cultural Rights*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n° 19. www.reei.org
- GONZÁLEZ MARQUEZ, JOSÉ JUAN, *Teoría del Derecho Ambiental*. Volumen I. Instituto Mexicano de Investigaciones en Derecho Ambiental. México 2009.
- GONZÁLEZ VALENZUELA, JULIANA, (Coordinadora). *Dilemas de bioética*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2007.
- GRIJALVA, AGUSTÍN, «¿Qué son los Derechos Colectivos?» en ÁVILA ORDOÑEZ MARÍA PAZ, MARÍA PAZ y MARÍA BELÉN CORREDORES LEDESMA (editoras), *Los Derechos Colectivos: hacia su efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia, 2009.

- HÖFFE, OTFRIED, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización*. Ed. Katz, Buenos Aires 2007.
- HUNT, LYNN, *La invención de los Derechos Humanos*. Ed. Tusquets, Barcelona, 2009.
- IHERING, RUDOLF VON, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Ed. Trotta. Madrid, 2008.
- KAYE, DAVID, «¿Quién la teme a la Corte Penal Internacional? Cómo encontrar al fiscal que pueda ponerla en orden», en *Foreign Affairs Latinoamérica*. Volumen 11, número 3. México, D.F. 2011.
- KEGLEY, JR, C.W, - G. A. RAYMOND - I. DE LA RASILLA, «Intervención preventiva y transformación del orden jurídico internacional», en AMIN, SAMIR *et al.* (coordinadores de la edición RAMÓN SORIANO y JUAN JESÚS MORA) *El Nuevo Orden Americano*. Ed. Almazura 2005, pág. 151.
- KRAUS, ARNOLDO y RUY PÉREZ TAMAYO, *Diccionario incompleto de bioética*. Ed. Taurus, México 2007.
- LOPERENA ROTA, DEMETRIO, «Los Derechos del Medio Ambiente adecuado y a su protección», en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, año 1999.
- PECES-BARBA, GREGORIO, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Ed. EUDEMA. Madrid, 1988.
- PEREZ MIRANDA, RAFAEL, *Biotecnología, Sociedad y Derecho*. Ed. Miguel Angel Porrúa, México 2001.
- , «Propiedad intelectual sobre Organismos Vivos, Propiedad Intelectual *Sui Géneris* y Biopiratería», en *Rev. Derecho Internacional y de la Integración* n° 1, Argentina, 2000.
- PISANO, ATILIO, (Coordinación) *La Especie Humana, ¿Es titular de derechos?*. Dykinson, S.L. Madrid 2008. Ver en especial el artículo de TARANTINO, ANTONIO, «La Especie Humana, ¿Es sujeto de derecho?».
- PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Ed. Trotta, Madrid 2007.
- PORTILLA GÓMEZ, JUAN MANUEL, «El derecho internacional humanitario y el régimen jurídico aplicable a la ocupación de Iraq», en: BECERRA RAMÍREZ, MANUEL (Coordinador), *Aspectos Jurídico-Políticos de la guerra de Iraq*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005.
- RAWLS, JOHN, *El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública»*. Ed. Paidós, Barcelona 2001.
- , «El Derecho de gentes», en SHUTE, STEPHEN y SUSAN HURLEY (Editores), *De los derechos humanos*. Ed. Trotta, Madrid, 1993.
- REMIRO BROTONS, ANTONIO, *et al. Derecho Internacional*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, *Genética y Derecho*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003.

- SADABA, JAVIER, *Principios de bioética laica*. Ed. Gedisa, Barcelona 2004.
- SEN, AMARTYA, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Ed. Katz, Buenos Aires 2007.
- , *La idea de justicia*. Ed. Taurus. México, D.F., 2010.
- TARANTINO, ANTONIO, «La Especie Humana, ¿Es sujeto de derecho?», en: PISANO, Atilio, (Coordinación) *La Especie Humana, ¿Es titular de derechos?*. Ed. Dykinson. Madrid, 2008.
- RAMÓN CHORNET, CONSUELO, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en el Derecho Internacional*. Ed. Trotta, Madrid 1995.
- TINANT, EDUARDO LUIS, *Antología para una Bioética Jurídica*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- ZOLO, DANILO, *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*. Ed. Paidós. Barcelona, 2000.

BLANCA

IN MEMORIAM

BLANCA

IN MEMORIAN

Profesor Dr. JULIO A. BARBERIS

Falleció el 6 de marzo de 2011

En su calidad de miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y como integrante del Consejo de Redacción de su Anuario, recordamos al Profesor Dr. Julio A. BARBERIS, fallecido el pasado año 2011, como eximio profesor, académico de nota, lúcido investigador y publicista en el campo del derecho internacional, de reconocido prestigio en nuestro país y en el exterior.

Abogado, doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires) y diplomado del Instituto de Altos Estudios Internacionales (Ginebra), Julio BARBERIS emprendió una importante trayectoria en la función pública nacional e internacional, que incluyó la actividad diplomática. Fue asesor en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; Miembro del “Consejo consultivo sobre temas vinculados al Atlántico Sur”; Consejero legal de la Comisión de límites interprovinciales; Director de política fluvial internacional; Representante permanente de la Argentina ante el Comité Intergubernamental Coordinador de la Cuenca del Plata; Consejero legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; Embajador en los Países Bajos; Consultor de la Misión especial de la Argentina ante la Santa Sede para la cuestión austral entre la Argentina y Chile. Fue representante de la Argentina en numerosas negociaciones y conferencias internacionales relativas al aprovechamiento de los ríos internacionales, la protección del medio ambiente y la explotación de los recursos naturales. Representó a nuestro país ante la Comisión Mixta del Río Paraná.

Se desempeñó como Presidente del Tribunal arbitral entre Guinea-Bissau y Senegal para decidir sobre su frontera marítima (Ginebra, 1986-89), Juez de la Corte Interamericana de Derechos humanos (San José, Costa Rica, 1990-93), como juez *ad hoc* de la misma Corte (1995-1998 y 1999-2002), Miembro del Tribunal arbitral encargado de la interpretación de la sentencia del rey Eduardo VII sobre el límite argentino-chileno en la Cordillera de los Andes (Cuestión de la Laguna del Desierto / Río de Janeiro, 1991-96), Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje (La Haya, 1977-97), juez del Tribunal administrativo de la Organización Internacional del Trabajo

(1995-2000) y como Miembro del Tribunal Arbitral para resolver el litigio entre Eriday y la Entidad Binacional Yacyretá (Compromiso arbitral del 30 de octubre de 2001, Cámara de Comercio Internacional de París).

Julio BARBERIS se dedicó a la docencia y a la investigación con genuina vocación. Fue asistente en docencia, encargado de curso, jefe de investigaciones y profesor en la Universidad de Buenos Aires y en las Facultades de Derecho de la Universidad Católica de Mar del Plata y de la Universidad Católica de Buenos Aires. Fue profesor invitado en el Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg). Dictó cursos en la Academia de Derecho internacional de La Haya, en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de París II y en el Comité Jurídico Interamericano de la OEA y Director del Centro de Investigación de la Academia de Derecho internacional de La Haya.

En el plano académico, además de las actividades desempeñadas en el marco de la Asociación Argentina de Derecho internacional, cabe recordar que fue miembro del Institut de Droit International, del *Curatorium* de la Academia de Derecho internacional de La Haya y del Instituto Hispano-luso-americano de Derecho Internacional.

Fue, asimismo, Consultor del Instituto para la Integración de América latina (INTAL), del Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente, Asesor jurídico de la Comisión Mixta del río Paraná, Director jurídico adjunto de la Entidad binacional Yacyretá, Consultor de las Naciones Unidas sobre cuestiones vinculadas a recursos hídricos internacionales, miembro del Conseil international du droit de l'environnement (Bonn) y de la International Association for Water Law (Roma).

Autor fecundo en Derecho Internacional, las numerosas publicaciones de Julio BARBERIS reflejan profundo conocimiento de la teoría del derecho y gran solvencia en su especialidad:

- "Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien" *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, vol. 36), Köln-Berlin, 1962, pp. 39-74.
- "Verfassungsgerichtsbarkeit in Mexiko" *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, vol. 36), Köln-Berlin, 1962, pp. 392-416.
- "La costumbre bilateral en derecho internacional público", *Revista jurídica de Buenos Aires*, vol. 1962-I/II, pp. 313-324.
- "La influencia de la concepción jusnaturalista en las fuentes del derecho internacional positivo", *Iustitia*, Año I, N° 2, Buenos Aires, 1965, pp. 69-88.
- "El límite argentino-uruguayo en el Río de la Plata", *Jurisprudencia Argentina*, 1967-II, sección Doctrina, pp. 30-33.
- "La prescripción adquisitiva y la costumbre en el derecho internacional", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1967, pp. 233-243.

- “*L’opinio juris* comme élément constitutif de la coutume d’après la Cour de La Haye”, *Rivista di diritto internazionale*, 1967, pp. 563-583.
- “L’élément matériel de la coutume internationale d’après la Cour de La Haye”, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1967, pp. 367-381.
- “Les arrêts des tribunaux nationaux et la formation du droit international coutumier”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1968, pp. 247-253.
- “La Provincia de Buenos Aires y la libre navegación del Río de la Plata”, *Jus* (Revista jurídica de la Provincia de Buenos Aires), vol. 11-12, La Plata, 1968, pp. 417-432.
- “Régimen de las telecomunicaciones en la Cuenca del Plata”, en la obra *Cuenca del Plata* (publicación de la Secretaría general de la O.E.A.), Buenos Aires, 1969, pp. 52-55.
- “Nuestras Malvinas”, *Cuadernos del Sur*, N° 57, Buenos Aires, 1969, pp. 233-241.
- “Régimen jurídico internacional del Río de la Plata”, en la obra de Julio A. BARBERIS y Eduardo A. PIGRETTI, *Régimen jurídico del Río de la Plata*, Buenos Aires, 1969, pp. 7-173.
- “L’activité des personnes privées et la formation de la coutume internationale d’après la Cour de La Haye”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1969, pp. 285-288.
- “La liberté de traiter des Etats et le *jus cogens*”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1970, pp. 19-45.
- “Principios jurídicos que regulan la libre navegación de la Cuenca del Plata”, en la obra *Ríos y canales navegables internacionales*, Buenos Aires, 1971, pp. 197-211.
- “La jurisprudencia internacional como fuente de derecho de gentes según la Corte de La Haya”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1971, pp. 641-672.
- “Fuentes del derecho internacional”, La Plata, 1973.
- “El aprovechamiento industrial y agrícola de los ríos de la Cuenca del Plata y el derecho internacional”, *Derecho de la integración*, N° 16, 1974, pp. 47-84.
- “La regla del intercambio de información o de consulta en el derecho internacional fluvial”, Asociación para la protección del ambiente - *Primeras Jornadas argentinas de derecho y administración ambientales. Documentos de trabajo*, Buenos Aires, 1974, pp. 281-308.
- “Los recursos minerales compartidos entre Estados y el derecho internacional”, *Derecho de la integración*, N° 18-19, 1975, pp. 45-58.
- “Entidades públicas multinacionales para obras hidráulicas internacionales en América latina”, *Annales Juris Aquarum* (International Association for Water Law), vol. II, t. 2, Caracas, 1976, pp. 1039-1068.

- “Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho internacional”, Madrid, 1979.
- “La Convention panaméricaine: développements récents”, *Environmental Policy and Law*, 1980, pp. 31-33.
- “Sujetos del derecho internacional vinculados a la actividad religiosa”, *Anuario de derecho internacional público* (Buenos Aires), vol. I, 1981, pp. 18-33.
- “El concepto de tratado internacional”, *Anuario de derecho internacional* (Universidad de Navarra), vol. VI, 1982, pp. 3-28.
- “La personalidad jurídica internacional”, *Völkerrecht als Rechtsordnung - Internationale Gerichtsbarkeit - Menschenrechte* (Festschrift für Hermann Mosler), Berlin-Heidelberg-New York, 1983, pp. 25-44.
- “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. 179, 1983-I, pp. 145-304.
- “Los sujetos del derecho internacional actual”, Madrid, 1984.
- “El régimen de los recursos naturales y del medio ambiente en los tratados fluviales argentino-uruguayos”, *Ambiente y recursos naturales* (Buenos Aires), vol. I, 1984, N° 2, pp. 28-36.
- “El Comité internacional de la Cruz Roja como sujeto del derecho de gentes”, *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève - La Haye, 1984, pp. 635-641.
- “Le concept de ‘traité international’ et ses limites”, *Annuaire Français de Droit International*, 1984, pp. 239-270.
- “La utilización de las aguas subterráneas y el derecho internacional”, *Anuario de derecho internacional* (Universidad de Navarra), vol. VIII, 1985, pp. 39-82.
- “La convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la Constitución argentina”, *Prudentia Iuris* (Buenos Aires), N° XVII-XVIII (diciembre 1985 - abril 1986), pp. 159-195.
- “La contaminación de las aguas subterráneas internacionales”, *Ambiente y recursos naturales* (Buenos Aires), vol. III, 1986, N° 2, pp. 14-20.
- “El régimen de las aguas subterráneas según el derecho internacional” (Estudio legislativo N° 40), F.A.O., Roma, 1986.
- “Los límites del tratado internacional”, *Pensamiento jurídico y sociedad internacional* (Estudios en honor del profesor D. Antonio TRUYOL SERRA), Madrid, 1986, t. I, pp. 173-192.
- “L'exploitation hydro-électrique du Paraná et l'accord tripartite de 1979”, *Annuaire Français de Droit International*, 1986, pp. 779-793.
- “El desarrollo del derecho internacional público a partir de la creación de las Naciones Unidas”, *XIII Curso de Derecho Internacional* (organizado por el Comité jurídico interamericano con la cooperación de la O.E.A.), 1986, pp. 5-28.

- "Le régime juridique international des eaux souterraines", *Annuaire Français de Droit International*, 1987, pp. 129-162.
- "El reglamento del Banco Mundial para la financiación de aprovechamientos hidráulicos internacionales", *Ambiente y recursos naturales* (Buenos Aires), vol. V, 1988, N° 1, pp. 15-19.
- "La regla del *uti possidetis* en las controversias limítrofes entre Estados hispanoamericanos", *Liber amicorum - Colección de estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. D. José PÉREZ MONTERO*, Oviedo, 1988, t. I, pp. 125-142.
- "Los convenios ambientales entre municipios en el plano internacional", *Tercer simposio iberoamericano sobre ambiente y municipio - Documentos*, Buenos Aires - San Martín de los Andes, 1988, pp. 207-214.
- "Los tratados internacionales celebrados por la Confederación argentina y la Constitución nacional", *Temas de derecho internacional en homenaje a Frida M. PFIRTER DE ARMAS BAREA*, Buenos Aires, 1989, pp. 25-37.
- "Réflexions sur la coutûme internationale", *Annuaire Français de Droit International*, 1990, pp. 9-46.
- "La coutume est-elle une source de droit international?" *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement* (Mélanges Michel VIRALLY), Paris, 1991, pp. 43-52.
- "Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional", *Revista IIDH* (Instituto interamericano de Derechos humanos, San José, Costa Rica), N° 14, julio-diciembre de 1991, pp. 11-41.
- "Les règles spécifiques du droit international en Amérique latine", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. 235, 1992-IV, pp. 81-230.
- "Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo* (Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel DIEZ DE VELASCO), Madrid, 1993, pp. 101-116.
- "La formación del derecho internacional", Buenos Aires, 1994.
- "Un precedente poco conocido sobre la aplicación del *uti possidetis* a un río limítrofe que cambia de curso", *Anuario de derecho internacional* (Universidad de Navarra), vol. X, 1994, pp. 61-82.
- "Cuencas hídricas y derecho", *Jornada sobre Derecho y Geografía* (Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales), Buenos Aires, 1994, pp. 95-105.
- "El nuevo orden jurídico internacional y el derecho ambiental", *Derecho, Ecología y Sociedad*, Quito, 1994, pp. 23-53.
- "Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens", *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung* (Festschrift für Rudolf BERNHARDT), Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo-Hong Kong-Barcelona-Budapest, 1995, pp. 21-39.

- “Una reflexión sobre el artículo 1, inciso 1, de la Convención americana sobre derechos humanos”, *Héctor Gros Espiell amicorum liber*, Bruxelles, 1997, vol. I, pp. 77-92.
- “Consideraciones sobre la Convención americana sobre derechos humanos como tratado internacional”, *Liber amicorum Héctor FIX-ZAMUDIO*, San José, Costa Rica, 1998, vol. I, pp. 243-254.
- “Las normas jurídicas propias del Derecho internacional latinoamericano”, *XXV Curso de Derecho Internacional* (organizado por el Comité jurídico interamericano con la cooperación de la O.E.A.), 1998, pp. 1-38.
- “La conception brésilienne de l’*uti possidetis*”, *Liber amicorum Judge Mohammed BEDJAOUI*, The Hague-London-Boston, 1999, pp. 49-62.
- “Les liens juridiques entre l’Etat et son territoire: Perspectives théoriques et évolution du droit international”, *Annuaire Français de Droit International*, 1999, pp. 132-147.
- “En torno a la noción de `territorio del Estado””, *Liber Amicorum In Memoriam of Judge José María RUDA*, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 69-87.
- “El territorio del Estado”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. IV, 2000, pp. 223-323.
- “Los límites del territorio del Estado”, *Estudios de Derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. REY CARO*, Córdoba, 2002, t. I, pp. 235-257.
- “El territorio del Estado y la soberanía territorial”, Buenos Aires, 2003.

Quienes en el ámbito académico hemos tenido el honor de conocer al Profesor Julio BARBERIS podemos dar testimonio de los valores de su personalidad, su incuestionable solidez científica y su importante contribución en la defensa de los intereses nacionales.

Ariel Ricardo MANSI

Buenos Aires, República Argentina

LEGISLACIÓN

BLANCA

**CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS
POR LA REPÚBLICA ARGENTINA
PERIODO 01-06-2011 al 15-06-2012**

Sistematización a cargo de María Alejandra STICCA

SUMARIO

1- Comercio Internacional - 2- Comunicaciones y Transporte - 3- Cooperación Cultural, Científica, Técnica, Económica, Financiera, Industrial y Comercial - 4- Cooperación Fronteriza - 5- Cursos de Aguas Internacionales - 6- Derecho Aeronáutico y Espacial -7- Derecho Diplomático y Consular -8- Derecho Fiscal - 9- Derecho Humanitario -10- Derechos Humanos-11- Derecho Internacional Penal - 12- Derecho Internacional Privado - 13- Derecho Laboral y Social - 14- Derecho Marítimo - 15- Energía y Materiales Nucleares - 16- Extradición - 17-Integración - 18- Medio Ambiente - 19- Migraciones - 20- Organizaciones y Asociaciones Internacionales y Regionales - 21- Paz y Amistad - 22- Pesca -23- Prevención y Represión del Tráfico de Estupefacientes - 24- Sanidad -25- Turismo - 26- Otras disposiciones legales de la República Argentina de interés para el Derecho Internacional.

1. COMERCIO INTERNACIONAL

2. COMUNICACIONES Y TRANSPORTE

**3. COOPERACIÓN CULTURAL, CIENTÍFICA, TÉCNICA,
ECONÓMICA, FINANCIERA, INDUSTRIAL, COMERCIAL y
DE SALUD**

Ley 26.709 *Convenio Constitutivo y el Convenio de Administración del Fondo Multilateral de Inversiones II, firmado en la Ciudad de Okinawa, Japón. Aprobación. Sanción: 30/11/2011. Promulgación de hecho: 27/12/2011. B.O.: 02/01/2012.*

Ley 26.717 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre la Coproducción de Películas, celebrado en Buenos Aires el 8 de marzo de 2010. Aprobación Sanción: 30/11/2011 Promulgación de hecho: 27/12/2011. B.O.: 30/12/2011.

4. COOPERACIÓN FRONTERIZA

5. CURSOS DE AGUAS INTERNACIONALES

6. DERECHO AERONÁUTICO Y ESPACIAL

7. DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR

8. DERECHO FISCAL

Ley 26.747 Acuerdo para el Intercambio de Información en Materia Tributaria entre la República Argentina y la República de Costa Rica. Aprobación Sanción: 23/05/2012. Promulgación de hecho: 06/06/2012 B.O.: 07/06/2012.

Ley 26.748 Acuerdo entre la República Argentina y el Commonwealth de las Bahamas para el Intercambio de Información tributaria. Aprobación Sanción: 23/05/2012. Promulgación de hecho: 06/06/2012 B.O.: 07/06/2012.

Ley 26.749 Acuerdo de Intercambio de Información en Materia Tributaria entre la República Argentina y la República de San Marino. Aprobación. Sanción: 23/05/2012. Promulgación de hecho: 06/06/2012 B.O.: 07/06/2012.

Ley 26.750 Acuerdo de Intercambio de Información en Materia Fiscal entre la República Argentina y el Gobierno del Principado de Andorra. Aprobación Sanción: 23/05/2012. Promulgación de hecho: 06/06/2012 B.O.: 07/06/2012.

9. DERECHO HUMANITARIO

10. DERECHOS HUMANOS

11. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

12. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

13. DERECHO LABORAL Y SOCIAL

Ley 26.693 Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, adoptado el 22 de junio de 1981 y el Protocolo de 2002 relativo al convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, adoptado el 20 de junio de 2002, en Ginebra, Confederación Suiza. Aprobación. Sanción: 27/07/2011 Promulgación de hecho: 24/08/2011 B.O.: 26/08/2011.

Ley 26.694 Convenio 187 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo, adoptado el 15 de junio de 2006, en Ginebra, Confederación Suiza. Aprobación Sanción: 27/07/2011. Promulgación de hecho: 24/08/2011 B.O.: 26/08/2011.

14. DERECHO MARÍTIMO

15. ENERGÍA Y MATERIALES NUCLEARES

16. EXTRADICIÓN

17. INTEGRACIÓN

Ley 26.701 Convenio Constitutivo del Banco del Sur, suscripto en Porlamar, -República Bolivariana de Venezuela- el 26 de septiembre de 2009. Aprobación Sanción: 07/09/2011 Promulgación: 09/09/2011 B.O.: 04/10/2011.

Ley 26.718 Protocolo de integración educativa y reconocimiento de certificados, títulos y estudios de nivel primario/fundamental/básico y medio/secundario entre los Estados partes del Mercosur y Estados Asociados, suscripto en San Juan -República Argentina-, el 2 de agosto de 2010. Aprobación Sanción: 30/11/2011. Promulgación de hecho: 27/12/2011. B.O.:02/01/2012.

Ley 26.719 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Federativa del Brasil relativo al Intercambio de Pasantes suscripto en Buenos Aires el 14 de agosto de 2001. Aprobación Sanción: 30/11/2011 Promulgación: 27/12/2011 B.O.:02/01/2012.

Ley 26.720 Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de UNASUR sobre Compromiso con la Democracia, celebrado en la ciudad de Georgetown, República Cooperativa de Guyana, el 26 de noviembre de 2010. Aprobación Sanción: 30/11/2011. Promulgación: 21/12/2011 B.O.:22/12/2011.

18. MEDIO AMBIENTE**19. MIGRACIONES****20. ORGANIZACIONES Y ASOCIACIONES
INTERNACIONALES Y REGIONALES**

Ley 26.699 Acuerdo entre la República Argentina y la Corporación Andina de Fomento sobre Suscripción de Acciones de Capital Ordinario, suscripto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 3 de noviembre de 2009. Aprobación Sanción: 03/08/2011 Promulgación de hecho: 19/08/2011 B.O.: 25/08/2011.

Ley 26.612 Acuerdo entre el gobierno de la República Argentina y la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura –UNESCO– sobre la creación en Buenos Aires –Argentina– del Centro Internacional para la promoción de los derechos humanos, como centro de categoría 2, suscripto en Buenos Aires el 13 de febrero de 2009. Aprobación Sanción: 30/11/2011 Promulgación de hecho: 21/12/2011 B.O.:22/12/2011.

21. PAZ Y AMISTAD**22. PESCA****23. PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE
ESTUPEFACIENTES****24. SANIDAD****25. TURISMO****26. OTRAS DISPOSICIONES LEGALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA
DE INTERÉS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL**

JURISPRUDENCIA

BLANCA

JURISPRUDENCIA ARGENTINA SELECCIONADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2010 - 2011¹

Por Julio César CORDOBA²

1. CSJN, 19/02/08, Penguin Books Ltd. c. Librería Rodríguez.

Compraventa internacional de mercaderías. Vendedor Reino Unido. Comprador Argentina. Falta de pago. Pesificación. Rechazo. Excepciones. Decreto 410/02. Derecho aplicable. Lugar de cumplimiento. Prestación más característica. Reino Unido. Incoterms. Cláusula FOB. Convención sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías La Haya 1986. No vigente. Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa internacional de mercaderías Viena 1980. Inaplicable. Concurso preventivo. Verificación de crédito. Reciprocidad. Ley de concursos: 4. Oportunidad de su análisis. Publicado en DIPr Argentina el 02/12/08 y en Fallos 331:127.

2. CSJN, 24/06/08, Transportes JAC de Andrés José Capararo c. YPF S.A.

Transporte terrestre internacional. Transporte de mercaderías. Argentina - Brasil. Cobro de fletes. Lugar de celebración del contrato Argentina. Ley aplicable. Elección en el proceso del derecho aplicable. Autonomía de la voluntad conflictual. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional Montevideo 1940. Lugar de destino de la carga. Pesificación. Procedencia. Decreto 410/02. Excepciones. Publicado en DIPr Argentina el 14/04/09 y en Fallos 331:1519.

¹ A requerimiento de la Asociación he seleccionado para este listado solamente 15 fallos por año. Aquellos interesados en consultar un listado exhaustivo de los fallos pronunciados en el bienio 2010-20110 pueden realizarlo en el sitio DIPr Argentina (<http://www.diprargentina.com/>).

² Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca.

3. Cámara Iª Civ. y Com., Bahía Blanca, sala II, 20/05/08, Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Melendi, Ornar Darío y otra s. cobro ejecutivo.

Letra de cambio librada y aceptada en Brasil. Aval (Argentina). Lugar de pago (Argentina). Laguna normativa en fuente interna. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional Montevideo 1940. Aplicación analógica. Aplicación de oficio del derecho extranjero. Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado CIDIP II. Excepción de inhabilidad de título y prescripción. Rechazo. Pesificación. Improcedencia. Decreto 410/02. Publicado en DIPr Argentina el 05/06/08 y comentado por S. L. Feldstein de Cárdenas en El Dial 22/05/09.

4. CNCom., sala A, 28/10/08, BKS Developers S.A. s. pedido de quiebra por BII Creditanstalt International Ltd.

Pedido de quiebra. *Promissory notes* suscriptas en EUA. Lugar de pago: Argentina. Habilidad del título. Ley aplicable. *Lexfori*. Aplicación del derecho extranjero. Código Civil: 13. CPCCN: 377. Aplicación de oficio facultativa. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado CIDIP II. Interpretación y no aplicación. Teoría del uso jurídico.

Publicado en DIPr Argentina el 06/03/09.

5. CCiv. y Com., Rosario, sala IV Integrada, 15/02/08, MSE s. información sumaria.

Reconocimiento de sentencia extranjera. Información sumaria. Cambio de nombre y de sexo en la partida de nacimiento. Persona nacida en Rosario. Traslado a Francia. Obtención de la ciudadanía italiana. Cirugía de cambio de sexo en Inglaterra. Matrimonio en Francia. Sentencia italiana que ordena rectificar la partida de nacimiento.

Publicado en DIPr Argentina el 15/12/08.

6. CNCom., sala A, 30/12/08, Cuccioua, Carlos Alberto s. quiebra s. incidente de revisión por Héctor Tapia y otros.

Accidente de tránsito ocurrido en Uruguay. Juicio en trámite en Argentina. Involucrados domiciliados únicamente en Argentina. Derecho aplicable. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940: 43. Lugar donde se produjo el hecho ilícito. Ley que regula las relaciones jurídicas a que responden. Protocolo de San Luis sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito. Vigencia posterior al accidente. Inaplicabilidad. Conflicto transitorio de Derecho Internacional Privado. Principio de proximidad.

Publicado en DIPr Argentina el 05/06/09.

7. CNCiv., sala D, 29/02/08, Szmuleweiz, Segismundo s. información sumaria.

Matrimonio celebrado en Argentina. Divorcio no vincular (art. 67 bis ley 2393). Segundo matrimonio celebrado en Paraguay. Conversión del divorcio en vincular. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Impedimento de ligamen. Ineficacia extraterritorial del matrimonio celebrado en Paraguay. Apartamiento del precedente Sola. Inscripción del matrimonio en Argentina. Improcedencia.

Publicado en DIPr Argentina el 22/05/09.

8. CNCCom., sala A, 06/03/08, Klabin S.A. c. Barfield S.A. s. ordinario.

Contrato de cesión de créditos. Crédito verificado en concurso en Argentina. Forma de pago. Obligación de hacer. Compraventa. Vendedor - Cedente Brasil. Comprador - Cesionario Argentina. Teoría de los actos propios. Autonomía de la voluntad material. Incoterms. Cláusula CPT. Autonomía de la voluntad conflictual. Derecho argentino. Código Civil: 1197. Pesificación. Normas de policía. Orden público internacional. Distinción.

Publicado en DIPr Argentina el 12/12/08, en ED 04/07/08 y en RDCO 235, 431/451, con nota de A. M. Morello.

9. CNCCom., sala C, 17/04/08, Marby S.A c. Thyssen Krupp Stahlunion GMBH.

Compraventa internacional de mercaderías. Lote de prueba. Análisis. Comprador: Argentina. Vendedor: Alemania. Filial en Argentina. Representante. Incoterms. Cláusula CFR - Buenos Aires. Puerto de embarque: Riga, Letonia. Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías Viena 1980. Ámbitos de aplicación espacial y material. Formación del contrato. Incumplimiento esencial. Resolución. Responsabilidad. Crédito documentario.

Publicado en DIPr Argentina el 19/12/08.

10. CCiv., Com., de Minas, Paz y Trib., Mendoza, 4ª, 26/06/08, Linpac Plástico S.A. c. Compañía Comercializadora de Envases S.A.

Compraventa internacional de mercaderías. Vendedor Chile. Comprador Argentina. Falta de pago. Pesificación. Rechazo. Excepciones. Decreto 410/02. Derecho aplicable. Lugar de cumplimiento. Prestación más característica. Chile. Incoterms. Cláusula FOB.

Publicado en DIPr Argentina el 26/03/09 y en LLGran Cuyo2008 (setiembre), 794.

11. CNCCom., sala D, 19/11/08, Pramac Ibérica S.A. c. Sincrolamp S.A.

Compraventa internacional de mercaderías. Vendedor España. Comprador Argentina. Incoterms. Cláusula CIF - Buenos Aires. Cláusula CFR - Buenos Aires. Falta de pago del precio. Derecho

aplicable. Autonomía conflictual. Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías Viena 1980. Fuente interna. Código Civil: 1209, 1210. Lugar de cumplimiento. Puerto de embarque Barcelona. Prestación más característica. Domicilio del deudor de la prestación más característica. Pesificación. Rechazo. Excepciones. Decreto 410/02. Constitucionalidad. Transferencia bancaria. Lugar de cumplimiento. Documentos en idioma extranjero. Falta de traducción. CPCCN: 123. Interpretación amplia. Aplicación de oficio de derecho extranjero. CPCCN: 377.

Publicado en DIPr Argentina el 08/04/09.

12. CNTrab., sala III, 11/11/08, Cueva, Roberto Luis y otros c. Esso Petrolera Argentina S.R.L. s. diferencias de salarios.

Contrato de ajuste. Ley aplicable. Ley de navegación: 610. Bandera del buque. Bahamas. Bandera de conveniencia. Excepción de prescripción. Procedencia.

Publicado en DIPr Argentina el 14/05/09.

13. CNTrab., sala VII, 23/09/08, Cernadas de Bohtlingk, María Rocío c. Homero S.A. s. despido.

Contrato de trabajo. Representante. Lugar de celebración: Argentina. Lugar de cumplimiento: Argentina y EUA. Derecho aplicable. Ley de Contrato de Trabajo: 3. Lugar de cumplimiento en varios países. Criterio de distinción. Principal lugar de ejecución. Derecho más favorable.

Publicado en DIPr Argentina el 22/12/08 y en El Dial AA4C8E.

14. CNTrab., sala IV, 17/09/08, Verdaguer, Ricardo Aníbal c. Impsat Fiber Networks Inc. y otro s. despido.

Contrato de trabajo. Jurisdicción internacional. Acuerdo de elección de foro Delaware. CPCCN: 1. Invalidez. Juicio iniciado en Argentina. Excepción de incompetencia. Rechazo. Código Civil: 1215, 1216. Domicilio del demandado. Lugar de cumplimiento. Cualquier lugar de cumplimiento en Argentina. Aplicación de la doctrina Exportadora Buenos Aires. Competencia de la justicia nacional del trabajo. Autonomía de la voluntad conflictual. Aplicación de las leyes del estado de Delaware.

Publicado en DIPr Argentina el 23/12/08 y en El Dial AA4CA4.

15. CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala Iª, 25/03/08, Daly City S.A. c. Club Atlético Independiente.

Sociedad constituida en el extranjero. Capacidad para estar en juicio. Registración previa. Improcedencia. Ley de sociedades: 118.

Publicado en DIPr Argentina el 01/12/08.

1. CSJN, 24/02/09, Compañía General de Negocios le pide la quiebra Mihanovich, Ricardo L.

Pedido de quiebra. Sociedad constituida en el extranjero (Uruguay). Sociedad *offshore*. Jurisdicción internacional. Domicilio comercial. Calificaciones. Asiento principal de los negocios. Tratado de Derecho Comercial Internacional Montevideo 1889. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional Montevideo 1940. Ley de concursos: 2.2, 4. Ley de sociedades: 118, 123.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 16/03/09, en Fallos 332:105, en JA 30/09/09, en RDCO 237, 155/167, con nota de A. Dreyzin de Klor, en LL 30/04/09, 3, con nota de C. A. Casadlo Martínez, comentado por E. M. Favier Dubois (h) en El Dial 12/03/09, por L. J. Caputo en ED 17/04/09, por E. H. Richard en El Dial 16/03/09, por G. E. Gerbaudo en LL 23/03/09, 10, por D. R. Vitolo en LL 23/03/09, 5 y por J. Córdoba en DIPr Argentina el 16/03/09.

2. CSJN, 17/03/09, Picapau SRL s. concurso preventivo s. incidente de revisión por Buettner SA.

Concurso preventivo. Verificación de créditos. Compraventa internacional de mercaderías. Vendedor Brasil. Comprador Argentina. Pesificación. Rechazo. Excepciones. Decreto 410/02. Derecho aplicable. Código Civil: 1197, 1209, 1210. Lugar de cumplimiento. Prestación más característica. Brasil. Incoterms. Cláusula CFR. Convención sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías La Haya 1986. No vigente. Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa internacional de mercaderías Viena 1980. Inaplicable.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 07/07/09 y en Fallos 332:426.

3. CSJN, 09/06/09, Behrens, Germán Federico o Hermann Friedrich s. sucesión ab intestato.

Matrimonio celebrado en Argentina. Divorcio no vincular decretado en Argentina. Divorcio vincular decretado en Alemania. Jurisdicción internacional. Cuestión federal. Foro razonable. Juez competente. Segundo matrimonio celebrado en Alemania. Impedimento de ligamen. Orden público internacional. Variabilidad. Actualidad. Aplicación del precedente Sola. Legitimación hereditaria.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 30/09/09.

4. CSJN, 03/07/09, K., S. y otros c. R., G.

Restitución internacional de menores. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Convención sobre los Derechos del Niño. Excepciones. Integración del menor a su nuevo ambiente. Restitución de los menores. Condiciones. Supervisión por el juez requerido.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 31/07/09.

5. CSJN, 06/10/09, Sancor Cooperativas Unidas Limitada c. Dirección General de Aduanas.

Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR. Interpretación del Tratado de Asunción. Opinión consultiva.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 16/02/10 y en Fallos 332:226, y comentado por J. Córdoba en DIPr Argentina el 07/10/09.

6. CSJN, 03/11/09, Cri Holding Inc. c. Compañía Argentina de Comodoro Rivadavia S.A. s. exhorto.

Reconocimiento de sentencias. Juicio tramitado en EUA en rebeldía. Requisitos. Jurisdicción indirecta. Código Civil: 1216. Pacto de jurisdicción. Lugar de cumplimiento. Aplicación de la doctrina Exportadora Buenos Aires.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 11/06/10.

7. CNCCom., sala C, 11/08/09, Rivadavia S.A. c. Proburza Soc. de Bolsa S.A. s. ordinario (tercería por Salt Card S.A.).

Sociedad constituida en el extranjero (Islas Vírgenes Británicas). Domicilio social en Uruguay. Poder otorgado en el extranjero (Panamá). Excepción de falta de personería. CIDIP I de poderes. Declaraciones interpretativas de Argentina. Sociedad mandante. Existencia. Representación invocada por el otorgante. Plazo adicional para acompañar documentación. Capacidad del otorgante. Validez intrínseca. Legalización. Convención de La Haya de 1961. Apostille. Mandatario general con facultades de administrar. Ley de Ejercicio de la Procuración ante los Tribunales Nacionales: 1,15.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 30/10/09.

8. CNCCom., sala A, 20/08/09, Banco Austral S.A. s. quiebra s. incidente de revisión por Luis A. Porcelli.

Sociedad constituida en el extranjero (Islas Cayman). Sociedad *off shore*. Domicilio en Montevideo. Banco argentino. Acuerdo de colaboración. Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Normas de policía. Captación de fondos en el país. Actividad prohibida. Depósito a plazo fijo. No devolución de los fondos. Responsabilidad extracontractual.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 26/11/09, en LL 27/10/09, 3, con nota de P. D. Frick y en El Dial AA5803.

9. CNCiv., sala G, 08/04/09, M. de la F., H. J. c. B., M. de las M. s. conversión.

Jurisdicción internacional. Separación personal. Conversión en divorcio vincular. Último domicilio conyugal. Domicilio del cónyuge demandado. Jurisdicciones concurrentes.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 12/10/09.

10. CNCiv., sala E, 05/03/09, Commenge, Héctor Jorge s. sucesión ab intestato.

Sucesión internacional. Jurisdicción internacional. Último domicilio del causante en ROU. Bienes inmuebles en Argentina. Código Civil: 3284. Competencia de los jueces argentinos.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 04/05/09 y en LL 22/04/09, 9.

11. TSNeuquén, 22/06/09, K. S., H. s. sucesión.

Sucesiones. Jurisdicción internacional. Último domicilio del causante en Argentina. Bienes inmuebles en Chile. Código Civil: 3283, 3284, 3285, 10, 11. Peligro de denegatoria de justicia. Competencia de los tribunales argentinos.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 31/08/09 y en El Dial AA5558.

12. SCBA, 04/02/09, B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de menores.

Restitución internacional de menores. Residencia habitual de los menores en España. Custodia a cargo de la madre. Convenio homologado. Autorización viaje a la Argentina. Retención ilícita. Derecho de la madre a cambiar la residencia de los menores. Convención La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Convención sobre los Derechos del Niño. Interés superior del niño. Derecho de los menores a ser oídos. Rechazo del pedido de restitución.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 16/06/09, en LLBA 2009 (marzo), 163, en LL 30/03/09, 10, con nota de E. B. Raya de Vera, en LL 2009-B, 607, con nota de E. B. Raya de Vera, en DJ 24/06/09, 1697, con nota de M. V. Fama y comentado por J. O. Perrino en ED 01/06/09 y por N. Rubaja en APBA 2010 2 173.

13. Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, 23/02/09, G. M. M. c. M., M. O. s. restitución urgente de menores.

Restitución internacional de menores. Residencia habitual de los menores en Suiza. Tenencia a cargo de la madre. Patria potestad compartida. Traslado ilícito a la Argentina. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Trámite. Procedimiento autónomo. Excepciones. Carácter taxativo. Interpretación restrictiva. Riesgo grave. Inexistencia. Convención sobre los Derechos del Niño. Interés superior del niño. Procedencia de la restitución.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 10/08/09.

14. SCBA, 02/09/09, C, C. c. L., M. E.

Restitución internacional de menores. Residencia habitual del menor en España. Traslado ilícito a la Argentina. Convención sobre los Aspectos

Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Convención sobre los Derechos del Niño. Interés superior del niño. Derecho del menor a ser oído. Procedencia de la restitución.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 09/11/09 y comentado por A. Esparza en El Dial 23/10/09, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración.

15. CNCom., sala C, 24/02/09, Ropall Indarmet S.A. c. Jean Gallay S.A.

Contrato de agencia. Principal con domicilio en Suiza. Agente con domicilio en Argentina. Finalización del contrato. Comisiones adeudadas. Demanda de daños y perjuicios. Traslado de demanda. Notificación a otra sociedad en Argentina. Ley de sociedades: 122. Excepción de falta de personería. Rechazo. Actuación de la sociedad argentina como dependiente de la extranjera. Teoría de los actos propios. Anoticiamiento de la demanda. Plazo adicional.

Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 01/04/10.

RECENSIONES

BLANCA

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, WEINBERG, Inés M., 4ta. Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires. Marzo 2011, 504 páginas.

Resulta sumamente gratificante comentar esta cuarta edición actualizada de Derecho Internacional Privado, cuya prestigiosa autora Inés M. Weinberg, Profesora Titular de la materia y eximia investigadora, le agrega a su obra con su pluma, su vasta experiencia en los estrados nacionales, como Jueza y Camarista y en el ámbito foráneo en el Tribunal Internacional Penal de Apelaciones para la ex Yugoslavia y Ruanda, en La Haya.

Considero que el mejor modo de valorar una pieza jurídica que, comenzó a publicarse en 1997 y observar sus avances, es a través de sus destacados prologuistas:

El jurista Juan Carlos Smith en su 1ra. Edición expresa: “... *signado por la simplicidad, cada enfoque resulta accesible y cada dificultad es allanada en la perspectiva de un tratamiento parejo y homogéneo de los diversos temas y problemas de la asignatura*». Señalando: «*Es posible que los temas mejor desarrollados sean los relativos a las relaciones contractuales internacionales, al de los principios criteriológicos operantes en ése ámbito y al de la actuación extralocal de empresas, con los problemas conexos relativos al derecho bancario y cambiario, que en nuestros días se han intensificado como consecuencia nada desdeñable de aquella actuación*».

En su 2da. Edición el insigne Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani remarca: “... *agradecemos que la obra sea no sólo un aporte de fácil e ilustrativo acceso informativo para los especialistas, sino una oportunidad de apertura mental para ellos, y sobre todo para los estudiantes*”. Con respecto a la temática agrega: “*En problemas como el de la sucesión, la obra desenvuelve niveles filosóficos-jurídicos de destacado nivel. Con una elogiada proyección hacia la interdisciplinariedad, se brinda atención a proyecciones económicas de varias de las instituciones consideradas*”.

La Profesora María Blanca Noodt Taquela, investigadora incansable, manifiesta al prologar la 3ra. Edición “*Uno de sus mayores méritos es la actualización permanente que realiza, en doctrina y jurisprudencia; especialmente se destacan el análisis sintético y el comentario oportuno de los*

fallos relevantes dictados en cuestiones de Derecho Internacional Privado. (...) “... se agregan, entre otros, en el capítulo sobre personas jurídicas, los fallos más recientes sobre sociedades, tema que ha registrado cambios importantes”. “... sentencias consideradas relevantes se analizan con cierto detenimiento, pero se citan todos los fallos argentinos sobre la materia para permitir al profesional o al estudioso consultarlos de acuerdo con su interés, sin recargar al alumno con largos desarrollos que necesariamente harían perder otro de los méritos del libro: su razonable extensión”.

Por último, en la actual edición el distinguido Dr. Alfredo Mario Soto enfatiza en su contenido y las cualidades de la obra “... la riqueza formativa del libro en materia de jurisprudencia, legislación y doctrina, tanto nacionales como extranjeras, comprendidos, asimismo, el derecho de la integración del Mercosur y de la Unión Europea”. “... la claridad con que se expone el rol de las fuentes del Derecho Internacional Privado y, en particular, el de la costumbre internacional y los principios generales. La autora ha aprovechado esta actualización para incorporar el llamado derecho débil, blando, pre-derecho, derecho no vinculante (para las concepciones coactivistas un no-derecho), soft law...” (...) “Las conclusiones que acompañan a cada capítulo reflejan valoraciones de un alto contenido humanista para cada problema...” (...) “... se agrega el fideicomiso en el capítulo referido a derechos reales” “...un texto de indudable utilidad para estudiantes y profesionales y de un aporte científico singular para profesores e investigadores de la materia...”.

A partir de las precedentes y autorizadas apreciaciones, que comparto, sólo resta comentar que la obra se desarrolla con una estructura simple, pero refinadamente diseñada en cuanto a la generalidad y continuidad de las temáticas abordadas, en cada uno de los veintiún capítulos que contiene, revelados pormenorizadamente en el índice general al inicio del libro.

Del primero al capítulo tercero, logra introducirnos al aprendizaje del Derecho Internacional Privado explicando el concepto, nombre y autonomía de la disciplina. Se explica con sencillez la estructura de la norma y el sistema de fuentes. Se destaca la historia de la materia y efectúa un análisis breve, pero singular y profundo, de temas de competencia internacional.

Desde el cuarto capítulo al noveno, con verdadera fundamentación jurídica científica, consigue adentrarnos en los problemas generales como la calificación y la adaptación, la cuestión previa, el reenvío, la prueba del derecho extranjero, el orden público y el fraude a la ley.

En el capítulo décimo se inicia la parte especial de la materia, siendo reservado en este capítulo el tema de las Personas Físicas, que contiene en forma esclarecedora la constante cita doctrinaria y mención de fallos nacionales e internacionales. Lo mismo sucede desde el capítulo once al

quince sobre Personas Jurídicas, Concursos, Contratos, Derecho Cambiario, Responsabilidad Extracontractual.

En el capítulo dieciséis se destaca la Forma desde su aspecto general y su tratamiento en particular. Es de enfatizar el contenido del capítulo diecisiete sobre Derechos Reales que, además de temas tradicionales, contiene instituciones debatidas en la actualidad o de renovado conflicto tales como el Tiempo Compartido, Garantías Mobiliarias y Fideicomiso.

Desde el capítulo dieciocho al veinte se propone un cuidadoso y reflexivo estudio del Derecho Sucesorio, el Matrimonio y el Divorcio. El último capítulo signado como veintiuno cierra el círculo del Derecho Internacional Privado, ya que trata del Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras, junto a la constante mención de las citas equilibradas y actualizadas de sentencias de marcada índole nacional y extranjera.

Finalmente con acierto se agrega un Apéndice con el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, del cual la autora fue integrante de la comisión redactora, que a la fecha continúa siendo de tal envergadura, que ya sea se configure en el futuro como una ley especial o parte de una codificación, su contenido es de tal importancia que los expertos internacionalistas lo consideran una guía permanente, a fin de sanear vacíos legislativos.

Se debe enfatizar que este libro de Derecho Internacional Privado, a través de sus distintas ediciones se ha provisto de temáticas innovadoras, se revisó el contenido en toda su extensión y se lo actualizó teniendo en cuenta los vigentes acontecimientos internacionales, decisiones judiciales así como las publicaciones de alto nivel doctrinario, que pone en evidencia la madurez de la percepción jurídico-científica del derecho internacional que posee la Profesora Weinberg, a más de una sorprendente coherencia a la hora de ponderarse la unidad de su pensamiento y la estructura de su presentación. Se trata, en definitiva, de un muy elaborado trabajo en el que, como decíamos al comienzo, aparece con caracteres propios no sólo la vena de la internacionalista sino también la de la jueza, que como en el caso es de prestigio internacional.

En definitiva, al ahondar en los contenidos de la obra, entiendo que merece ser reconocida por el esfuerzo y la dedicación intelectual puesto de manifiesto por la autora, constituyendo una herramienta versátil, didáctica y asequible para el aprendizaje, altamente recomendable, para estudiantes y profesionales y una notable visión para entendidos del Derecho Internacional Privado.

Sandra M. Blanco

FUNDAMENTOS Y NUEVOS RETOS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UN MUNDO EN CAMBIO, SORIANO DÍAZ, Ramón, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, en [www](http://www.uca.es) desde el 30/01/2012, 254 páginas.

Este libro electrónico, se encuentra disponible en Internet, para descargar o imprimir, (es.scribd.com/doc/79866096/Derechos-Humanos-Libro-completo-Fundamentos-y-Nuevos-Retos-en-un-mundo-en-cambio). Se trata de una obra elaborada con fines pedagógicos, destinada a los cursantes de maestrías en Derechos Humanos, en España.

Por sus características, este trabajo, al abordar tanto la teoría general de los derechos humanos como problemas contemporáneos puede, además, resultar una herramienta útil de trabajo, tanto para docentes como investigadores.

La obra se divide en tres partes. La Parte General titulada Derechos Fundamentales: concepto y cuestiones generales, comprende tres capítulos: I - La Definición de los Derechos Fundamentales; II - El Lenguaje de los Derechos Fundamentales y III- Estructura, caracteres y funciones de los Derechos Fundamentales.

La Parte Especial titulada Nuevos Retos en un Mundo en cambio, comprende nueve capítulos: I -Derechos Humanos y nuevo orden americano; II - Derechos humanos y pacifismo en la era nuclear; III - Derechos humanos y terrorismo en la «guerra contra el terror»; IV - Hacia una cultura económica para conducir la democracia; V - Derechos Humanos y derechos de las minorías; VI -Derechos humanos, objeción de conciencia e insumisión; VII-Derechos humanos y derechos lingüísticos y VIII -Derechos humanos y derechos de las culturas.

La Parte Final, denominada, Interrogativa, contiene un solo capítulo: Las teorías de los derechos humanos frente a los retos de un mundo en cambio.

Se incluye un Anexo Documental.

En la Parte General se desarrolla el concepto de los derechos humanos como un sistema de valores jurídicos y se analizan las teorías que les dan fundamento. La claridad de la exposición y la síntesis de los conceptos cumplen acabadamente el objetivo pedagógico de la obra.

La Parte Especial ofrece un interesante núcleo de análisis y reflexiones sobre temas conflictivos del Derecho Internacional de la Protección de los Derechos Humanos: la política exterior de los EE.UU. y los derechos humanos, la discriminación positiva en favor de las minorías, los argumentos y fundamentos de la insumisión, la política lingüística de los Estados, crisis humanitarias e intervenciones, etc.

Los autores ponen de manifiesto un profundo conocimiento de los

diferentes temas que han sido expuestos con corrección y apropiada metodología. Se trata, en suma, de un material de trabajo interesante, cuya disponibilidad en Internet lo hace accesible a todos los interesados.

Luciana Díaz Dávila

THE IMPACT OF INVESTMENT TREATIES ON CONTRACTS BETWEEN HOST STATES AND FOREIGN INVESTORS, *Studies on the Law of Treaties*, VOSS, Jan Ole, Martinus Nijhoff Publishers, December 2010, 402 pp.

El texto representa el contenido de la tesis que el autor presentara en el Máster en Derecho Internacional e Inversiones de la Universidad Heidelberg y la Universidad de Chile. El autor procura en su obra plasmar el debate que, la aplicación de las normas del derecho internacional de las inversiones extranjeras y los contratos entre Estados e inversores, han tenido en las últimas décadas, particularmente en el ámbito doctrinario y con mayor virulencia en los diversos tribunales arbitrales dentro del Centro de solución de controversias sobre inversiones del Banco Mundial, más comúnmente reconocido como CIADI.

Uno de los temas abordados por Voss, lo representan las disputas por la «internacionalización» de los contratos nacionales entre el Estado e inversores, que suelen extrapolar sus reclamos por fuera de los tribunales locales y someter al Estado, casi inexorablemente, a jurisdiccionales arbitrales internacionales. En este sentido el autor dedica parte de su texto al comentario sobre los alcances del consenso para acceder al arbitraje del CIADI que no siempre es claramente determinado, generando divergencias por los Estados en la fase de admisibilidad jurisdiccional de los tribunales arbitrales. Otro de los aspectos informados por el texto, está centrado en describir los alcances del término «inversión» sobre la base de la jurisprudencia de los tribunales de inversión, ya que el Convenio de Washington (que rige el funcionamiento del CIADI) no es específico en este sentido, dejando en manos de los árbitros el determinar los alcances propios de cada Tratado Bilateral de Inversión (TBI) o contratos en disputa. Un especial comentario sobre los alcances de las cláusulas paraguas en el ámbito de los TBI, permite conocer sobre las implicancias de una disposición prevista en los tratados, no siempre determinada en cuanto a sus alcances por los tribunales arbitrales.

Otro de los temas conflictivos planeados por el autor, es lo referente al rol que juegan los Comités de Anulación en el ámbito del CIADI, en

cuanto a la dispersión jurisprudencial que generan. Es cierto que los tribunales *ad-hoc* dentro del CIADI no están vinculados por los fallos de tribunales anteriores, ya que cada tribunal posee sus propia conformación motivada por las partes y sus decisiones se apoyan en los criterios de cada caso en particular. Esto hace que no siempre se pondere lo resuelto por otros tribunales en casos de similares características, aunque debería tenerse en cuenta a fin de permitir una jurisprudencia armónica. Pero en el caso de los Comités de Anulación, como sostiene el autor, este aspecto debería ser diferente. Los Comités de Anulación, cuya designación no es efectivizada por las partes, sino por el propio mecanismo administrativo del CIADI, deberían tender a una mejor unificación de criterios sobre temas planteados ante ellos. Máxime cuando estos Comités, elegidos cuando una de las partes de un caso eleve una solicitud de anulación de laudo, no deben resolver la nulidad de cualquier tema planteado en el proceso arbitral, sino abocarse a los tópicos que específicamente el artículo 52 del Convenio de Washington los autoriza (*v.gr.* incorrecta conformación del tribunal *ad-hoc*, extralimitación de los árbitros en los temas a resolver en caso, corrupción del tribunal, que se haya quebrantado una norma de procedimiento o, inadecuada motivación del laudo). En tal sentido, el autor informa sobre sus percepciones respecto a la importancia que estos Comités tienen en dar un mejor contexto jurisprudencial y que no se torne disperso, sino aglutinador de los graves reclamos que los Estados o inversores realizan sobre el funcionamiento de los tribunales del CIADI y, de posibilitar así una mejor imagen del organismo arbitral.

Finalmente, el texto está dedicado en su capítulo final, al análisis sobre los conflictos de jurisdicción y a las relaciones entre los procedimientos previstos en los TBI y en las normas domésticas de los Estados para el cumplimiento de los laudos. En dicho análisis, el autor plantea algunos casos en los cuales los Estados son reticentes en cumplir voluntariamente los laudos emanados principalmente del CIADI.

Una obra para tener en cuenta al momento de actualizar conocimientos generales sobre los actuales debates entre las aplicaciones de las normas de inversiones extranjeras y los acuerdos locales entre inversores y Estados.

Christian G. Sommer

INSTITUCIONAL

BLANCA

**XXIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO
INTERNACIONAL
“JUAN VARISCO BONAPARTE - JORGE ALBERTO GINER”**

**ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO INTERNACIONAL - Facultad de Derecho, Universidad
Nacional de Rosario, Santa Fe, 10, 11 y 12 de noviembre de 2011**

NÓMINA DE INGRESANTES COMO MIEMBROS ASOCIADOS

1. ALETTA de SYLVA, Sofia.
Especialidad: Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario-UNR.
Secciones: Derecho Internacional Privado, Relaciones Internacionales, Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
2. AMALLO, Francisco Antonio.
Especialidad: Derecho Internacional Privado, Arbitraje Internacional. Profesor Asistente. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina-UCA.
Secciones: Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado
3. ANZOATEGUI, Nancy Teresa.
Especialidad: Derecho Internacional Público. Instituto de Derecho Internacional, Colegio de Abogados de la Capital Federal.
Secciones: Relaciones Internacionales, Derecho de la Integración, Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
4. CARRETERO, Juan Carlos.
Especialidad: Derecho Internacional Privado. Auxiliar de Cátedra, Departamento de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de La Matanza.
Secciones: Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público, Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
5. DELALOYE, María Laura.
Especialidad: Derecho Internacional Privado. Docente Asociada de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad de

- Palermo-UP. Ayudante en la Cátedra de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires-UBA.
Secciones: Derecho Internacional Privado, Derechos Humanos y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
6. GANDUR, Víctor Horacio.
Especialidad: Derechos Humanos y Derecho del Trabajo. Ayudante de Cátedra, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán-UTN.
Secciones: Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
7. GARCIA ELORRIO, Magdalena.
Especialidad: Adscripta a la cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Córdoba-UNC.
Secciones: Derecho Internacional Público, Derecho de la Integración y Derechos Humanos.
8. HARTEL, María Lina.
Especialidad: Propiedad Intelectual. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de Rosario, Abogada.
Secciones: Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado y Relaciones Internacionales.
9. LEBENSOHN, Leandro Moisés.
Especialidad: Derecho Internacional Privado. Ayudante de Segunda Categoría, Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires-UBA.
Secciones: Derecho Internacional Privado.
10. LENARDON, Ezequiel.
Especialidad: Derecho Internacional Público. Adscripto Cátedra de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba –UNC.
Secciones: Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
11. LLORENS, María Pilar.
Especialidad: Derecho Internacional Público. Derecho Internacional Privado. Adscripta, de Cátedra, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba –UNC.
Secciones: Derecho Internacional Público. Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos.
12. MASTROLORENZO, Sofía.
Especialidad: Derecho Internacional Público. Jefe de Trabajos Prácticos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán-UTN.
Secciones: Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.

13. MORTAROTTI, Pablo.
Especialidad: Derecho Internacional Público. Jefe de Trabajos Prácticos, Cátedra de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho. Universidad Católica de Córdoba.
Secciones: Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Derechos Humanos.
14. NAPOLI, Daniela Paula.
Especialidad: Derecho Internacional Privado. Adscripta de Cátedra, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata-UNLP.
Secciones: Derecho Internacional Privado, Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
15. PEZZANO, Luciano.
Especialidad: Derecho Internacional Público y Derechos Humanos. Profesor Adjunto de de la Cátedra de Derechos Humanos. Jefe de Trabajos Prácticos Cátedra de Derecho Internacional Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales- UCES, Sede San Francisco, Córdoba.
Secciones: Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Relaciones Internacionales.
16. PINTORE, Eduardo José.
Especialidad: Derecho Internacional Público. Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba-UNC.
Secciones: Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Derechos Humanos.
17. ROGÉ SUCH, Juan Gabriel.
Especialidad: Derecho Público Provincial y Municipal. Ayudante de Cátedra, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza-UM.
Secciones: Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Derechos Humanos.
18. RUIZ, José Eduardo.
Especialidad: Derecho Internacional Público. Jefe de Trabajos Prácticos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán-UTN.
Secciones: Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
19. SAFAR, Santiago.
Especialidad: Derecho Penal y Derechos Humanos. Ayudante Diplomado no concursado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata -UNLP.
Secciones: Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Relaciones Internacionales.

20. TOGNÓN, Marcos.
Especialidad: Derecho Internacional Privado. Adscripto Cátedra «B» de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba – UNC.
Secciones: Derecho Internacional Privado, Derecho de la Integración y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
21. VISMARA, Juan Pablo.
Especialidad: Derechos Humanos. Ayudante, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires-UBA.
Secciones: Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.

NÓMINA DE INGRESANTES COMO MIEMBROS TITULARES

1. PALMA, Luis María.
Especialidad: Derecho Internacional Privado, Análisis Económico del Derecho, Cooperación Internacional, Política Judicial. Decano Facultad de Estudios para Graduados, Universidad de Belgrano, Titular Carreras de Especialización en Administración de Justicia y en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires-UBA. Profesor Adjunto de Grado, Universidad de Buenos Aires-UBA y Universidad Católica Argentina-UCA.
Secciones: Derecho Internacional Privado, Derecho de la Integración y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
2. PICCONE, María Verónica.
Especialidad: Derechos Humanos. Profesor Adjunto, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Carrera de Abogacía, Universidad Nacional de Río Negro (UNRN).
Secciones: Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.
3. SCOTTI, Luciana Beatriz.
Especialidad: Derecho Internacional Privado, Derecho de la Integración, Profesora Adjunta Regular de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires-UBA.
Secciones: Derecho Internacional Privado, Relaciones Internacionales y Derecho de la Integración.
4. TURYN, Alejandro.
Especialidad: Derecho Internacional Público. Profesor Adjunto, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –UBA. Profesor Asociado, Facultad de Derecho Universidad de Palermo-UP.
Secciones: Derecho Internacional Público. Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos.

5. VALSANGIACOMO BLANCO, Fernando Jorge.

Especialidad: Derechos Humanos. Profesor Adjunto, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –UBA.

Secciones: Derecho Internacional Público. Derechos Humanos y Relaciones Internacionales.

CAMBIOS DE CATEGORÍA DE MIEMBRO ASOCIADO A TITULAR

1. BEAUGÉ, María Fabiana.

Especialidad: Derechos Humanos. Profesor Adjunto, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –UBA.

Secciones: Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Derecho de la Integración.

2. GÓMEZ PULISICH, Facundo M.

Especialidad: Derechos Internacional Público, Jefe de Trabajos Prácticos, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires – UBA.

Secciones: Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado y Relaciones Internacionales.

3. REY, Sebastián Alejandro.

Especialidad: Derechos Humanos. Profesor Adjunto, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –UBA.

Secciones: Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales y Derechos Humanos.

BLANCA

**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL
XXIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
“JUAN VARISCO BONAPARTE -JORGE ALBERTO GINER”
ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA 2011**

MEMORIA DEL PERÍODO ESTATUTARIO 2010-2011

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 2010-2011. En este período se ha puesto el acento en las actividades científicas y académicas que son nuestro objetivo y razón de ser desde el punto de vista institucional, ya hemos recuperado presencia institucional física en la Facultad de Derecho de la UNR, pero ahora perseguimos acondicionar un espacio físico definitivo como sede, también se ha mantenido la regularidad institucional y de secretaría y con un laborioso trabajo de la Tesorería, mantenemos una situación económica suficientemente consolidada. 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 el Revisor de Cuentas:

De conformidad con la elección de autoridades efectuada el día 2 de octubre de 2009, en ocasión de la realización del XXI CONGRESO AR-

GENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL “DR. ENRIQUE FERRER VIEYRA” ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL-2009 que tuvo lugar en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1 al 3 de octubre de 2009, el **Consejo Directivo tiene la siguiente composición: Presidente:** Dra. María Elsa Uzal, **Vicepresidente:** Dr. Gustavo Barbarán. **Secretario:** Dr. Luis Cruz Pereyra, **Prosecretaria:** Dra. María Alejandra Sticca, **Tesorero:** Dr. Roberto Armando Vicario **Protesorero:** Dr. Felipe Juan Amormino. **Consejeros:** Dr. Ariel Ricardo Mansi, Dr. Demetrio Osear González Pereira, Dra. Marta Yolanda Tejerizo, Dra. María Blanca Noodt Taquela, Dr. Jorge Stahlí, Dra. Beatriz Pallares y Dr. Armando D Abruza; **Consejeros Suplentes:** Dr. Pedro Rodolfo Casas y Dr. Guillermo Tito. **Directores de Sección:** Dra. Laura Aguzin (Derecho Internacional Público), Dr. Alejandro Aldo Menicocci (Derecho Internacional Privado), Dra Ada Lattuca (Relaciones Internacionales), Dr. Jorge Osear Paladino (Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional), Dr. Victor Bazán (Derechos Humanos); Dra Mariela Calderón (Derecho de la Integración) , designada por el Consejo Directivo para completar el período para el cual fue elegido el Dr. Savid Bas. **Revisor de Cuentas:** Dra. Sonia Moreno (Titular), Dr. Enrique Mussel (Suplente).

Los **Comités de Sección** están constituidos por los miembros que a continuación, en cada caso, se detallan: **Sección de Derecho Internacional Público:** Dra. Adriana Castelanelli (Secretaria), Dres. Elizabeth Ostachi, Alejandro Canio y Daniel Hugo Anglada (Vocales); **Sección de Derecho Internacional Privado:** Dra. Mariela Rabino (Secretaria), Dres. María Susana Najurieta, Pablo De Rosas, y Juan José Cerdeira (Vocales); **Sección de Relaciones Internacionales:** Dr. Roberto Cacheiro Frías (Secretario), Dres. Bruno Tondini, Juan Carlos Pérsico y Carlos Biangardi Delgado (Vocales); **Sección de Derecho de la Integración:** Dres. Juan Carlos Moreira (Secretario), Alberto Monsanto y Alejandro Serra Quiroga (Vocales); **Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional:** Dr. Gabriel Díaz Nufiez (Secretario), Dres. Jorge Murillo, Paula All y Marcelo D. Iñiguez (Vocales); **Sección de Derechos Humanos:** Dra. Susana Sartori (Secretaria); Dres. Gloria León, Saideh Saleh Ebrahini y Luciana Díaz (Vocales).

2. Asamblea General Ordinaria

En ocasión de la realización del *XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL, “ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA”, en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO - ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL-2010*, el veintiuno de octubre de dos mil diez conjunta-

mente con la apertura del XXIIº Congreso Argentino de Derecho Internacional, se abrió la Asamblea General Ordinaria de la institución y se llamó a un cuarto intermedio para dar ocasión a la votación sobre la aprobación de solicitudes de nuevos miembros. El acto asambleario se reabrió el veintitrés de octubre de dos mil diez, en el Aula Magna del Campus de la Universidad Católica de Salta, sita en Campo Castañares. Salta. Provincia de Salta, junto con la ceremonia de clausura del Congreso Ordinario. En el marco del mismo, la Sra. Presidente pidió un minuto de silencio para honrar a los socios fallecidos y abriendo la sesión, se dio cuenta de la tarea realizada, se aprobaron la Memoria, Balance y Estado de Resultados del Ejercicio 2009-2010, se aprobó el ingreso de nuevos socios y se aprobaron las Conclusiones científicas del Congreso en Plenario simultáneo.

3. Incorporación de nuevos miembros

En el XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL, "ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA", en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO - ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL-2010, precedentemente referido que tuvo lugar en el Aula Magna del Campus de la Universidad Católica de Salta, se aprobó la incorporación de Catorce (14) nuevos Miembros Asociados, Cinco (5) nuevos Miembros Titulares; seis (6) Cambios de Categoría de Asociado a Titular; y dos (2) nuevos Miembros Correspondientes.

Durante el período de esta Memoria falleció el Miembro Titular e Integrante del Consejo Directivo de la Asociación, en varias oportunidades, Dr. Julio Barberis, habiendo publicado la Asociación aviso fúnebre en el diario La Nación, habiendo hecho llegar la Asociación su condolencia a sus familiares.

4. Reuniones del Consejo Directivo

Cumpliendo con lo establecido en el artículo 29 del Estatuto, el Consejo Directivo se reunió los días: 4 de diciembre del año dos mil diez, en la Sede de la AADI, Córdoba 2020, Rosario, Provincia de Santa Fe; dos de abril de dos mil once, en la sede del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, Larroque 2360, Banfield, Provincia de Buenos Aires; veintiocho de mayo de dos mil once, en la Sede de la AADI. Facultad de Derecho de la UNR. Córdoba N° 2020, CP. 2000-Rosario, Prov. de Santa Fe; seis de agosto de dos mil once, en la Sala del Consejo de la Facultad de Derecho de la UNT, Muñecas 440 Iº Piso. San Miguel de Tucumán; ocho de octubre de dos mil once en la sede de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Cándido Pujato 2751, de la ciudad de Santa Fe; diez de noviembre de dos mil once, en la sede de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Cándido Pujato 2751, de la ciudad de Santa Fe.

5. Actualización del padrón

Durante el período de esta Memoria se continuó trabajando en la actualización del Padrón de Miembros de la Asociación, en el marco de lo establecido en el Capítulo III artículos 20, 32 y 33 del Estatuto, habiéndose contado para ello con el permanente esfuerzo y dedicación de los Sres. Tesorero y Secretario, además de la constante colaboración de los demás Consejeros. Se ha actualizado el nuevo Libro de Registro de Asociados a fin de volcar la composición de la masa de nuestros asociados.

6. Regularización institucional

La Presidente, Dra María Elsa Uzal, el Secretario Dr. Luis Cruz Pereyra, el Tesorero Dr. Roberto Vicario, han continuado con las gestiones tendiente a la regularización de la AADI, conjuntamente con los Sres. Consejeros Dres. Alejandro Aldo Menicocci y Felipe J. Amormino quienes han sido autorizados por el Consejo Directivo a realizar los trámites y presentaciones necesarios para regularizar la situación registral e impositiva de la Asociación Argentina de Derecho Internacional- AADI ante Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe - IGPJ, Administración Federal de Ingresos Públicos - AFIP, y Administración Provincial de Impuestos - API, a efectos de llevar en legal y debida forma los libros sociales obligatorios.

7. Cuota social

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29, inciso f, del Estatuto, en la reunión que tuvo lugar el día cuatro de diciembre de dos mil diez, en la sede de la Asociación, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el Consejo Directivo procedió a determinar el importe de la cuota social para el año dos mil once, resolviendo fijar una cuota social diferenciada: \$200,00 (pesos doscientos) para los Miembros Titulares y \$160,00\$ (pesos ciento sesenta) para los Miembros Asociados.

8. Débito automático

Con el objeto de facilitar el pago de las cuotas sociales y aminorar las molestias que ello puede ocasionar a los miembros de la Asociación, la Tesorería ha continuado con los trámites necesarios para que quede habilitada la posibilidad de abonar las cuotas mediante débito automático. Ha puesto todo su empeño en solicitar a los asociados que comuniquen vía correo electrónico, los datos requeridos para el logro de dicho objetivo: número y tipo de cuenta bancaria, entidad bancaria, número de CBU y número de CUIT.

9. Proyecto de Reglamento de Actividades Científicas y Académicas de la Asociación Argentina de Derecho Internacional

Fue presentado por el Dr. Roberto Vicario. Al respecto, el Consejo Directivo, en la reunión llevada a cabo el día sábado veintiocho de mayo de dos mil once, en la Sede de la AADI, Facultad de Derecho de la UNR Córdoba N° 2020, Rosario, Prov. de Santa Fe, decidió no abordar el tratamiento por considerar que el Reglamento de Actividades Científicas vigente contempla adecuadamente el tema.

III. ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

1. Comité de Redacción del Anuario

La Directora del Anuario, Dra. María Susana Najurieta ha llevado a cabo su cometido con encomiable esfuerzo, en la búsqueda y selección del material de publicación de la mayor calidad junto con el Secretario, Dr. Luis Cruz Pereyra. El Comité de Redacción se ha reunido reiteradamente y sus integrantes han trabajado activamente, para llevar a cabo su cometido, lográndose la publicación del número de dos ejemplares anuales, logro digno de destacar.

Así, se ha concretado la publicación del *Volumen XVIII (2009)* del Anuario que se distribuyó en el Congreso de Salta y se ha realizado una labor conjunta de distribución posterior para su mayor difusión, durante el año en curso. Se ha dispuesto aumentar el tiraje de impresión y se han tomado decisiones tendientes a mejorar aún más la calidad de la publicación contratándose un servicio de corrector de estilo de las pruebas de galera, adicional al visado de los autores. Actualmente se encuentra en prensa el *Volumen XIX (2010)* que será distribuido en el próximo Congreso de Santa Fe sobre el que se informa *infra*.

2. Reforma de Reglamento del Anuario

Con relación a este tema los Sres. Consejeros, teniendo en cuenta las propuestas que realizara el Dr. Roberto Vicario y el Consejo de Redacción del Anuario, trabajaron sobre el Proyecto de Reforma, cuyo texto definitivo, al igual que el de las normas editoriales, fue aprobado en la reunión de Consejo Directivo llevada a cabo el día sábado dos de abril de dos mil once en el Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, Larroque 2360, Banfield. Provincia de Buenos Aires.

IV. ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y CIENTÍFICAS

1. CONGRESOS

a) **XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional “ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO”.**

En la Asamblea Plenaria llevada a cabo el día tres de octubre de dos mil diez, en ocasión del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Vieyra”, realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, se aprobó por unanimidad la realización de un Congreso en Salta dedicado a honrar la gesta de Mayo en el Bicentenario, habiendo quedado facultado el Consejo Directivo para fijar la fecha en que se realizará dicho Congreso. Este se llevó a cabo con todo éxito y una excelente organización a cargo de una Comisión presidida por el Vicepresidente de la AADI, Dr. Gustavo Barbarán, entre los días 21 y 23 de octubre de 2010 en la sede de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta - Campus Castañares, Ciudad de SALTA. El Congreso fue declarado de interés provincial por Salta y por varias universidades nacionales y privadas. Se abordaron los siguientes temas:

Sección Relaciones Internacionales

Directora: *Dra. Ada Lattuca* Tema: “*De la Unipolaridad a la Multipolaridad: el componente regional*”.

Relatoras: *Dra. Ada Lattuca* - Directora de la Sección de Relaciones Internacionales-Miembro Titular de la AADI. Universidad Nacional de Rosario.

Magtr: *María Cristina Montenegro* - Miembro Titular de la AADI-Universidad Nacional de Córdoba.

Sección Derecho Internacional Privado

Director: *Dr. Alejandro Menicocci*

Tema: “*Jurisdicción y ley aplicable en materia de relaciones laborales transfronterizas y sus implicancias en la seguridad social*”.

Relatores: *Dr. Eduardo Leopoldo Fermé* - Profesor de Derecho Internacional Privado-UBA. Miembro Titular de la AADI.

Dra. Lilia Mabel Maffei de Borghi. Profesora de Derecho de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires. UBA.

Dr. Oscar González Pereira. Profesor de Derecho Internacional Privado. Universidad de Buenos Aires -UBA. Integrante del Consejo Directivo de la AADI.

César Gustavo Ferrante. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad

Social en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina - UCA.

Conferencia: “Desafíos del método conflictual en el siglo XXI”, a cargo del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani.

Sección Derecho Internacional Público

Directora: Dra. Laura A. Aguzín

Tema: “Las controversias limítrofes pendientes en América del Sur”.

(El tema ha sido propuesto en razón que existen varias controversias limítrofes marítimas (por ejemplo las existentes entre Chile y Perú o entre Colombia y Venezuela) y terrestres, particularmente en los ríos, pendientes de solución, dejando los conflictos de soberanía para posteriores desarrollos dada la extensión de la temática.)

Relatores: Dr. Claudio Rubén Díaz - Dra. Selva Degiorgio.

Dr. Claudio Rubén Díaz

Profesor Adjunto por concurso en la Cátedra de Derecho Internacional Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Dra. Selva Degiorgio

Profesora Adjunta Ordinaria en la Cátedra de Derecho Internacional Público (a cargo de cátedra). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL).

Sección Derecho de la Integración

Directora: Dra Mariela Calderón.

Tema: “La Integración, el Mercosur y Unasur: Vistos desde el bien común”.

Relator: Dr. José María Sabat

Miembro Titular de la AADI. Integrante del Comité de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional. Universidad de Buenos Aires.

Sección Derechos Humanos

Director: Dr. Víctor A. Bazán

Tema: “Migraciones y derechos humanos”.

Relatora: Dra. Teresita Saracho Cornet.

Profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba.

Actividad de la Sección: Presentación del libro *La judicialización de*

los derechos humanos, dirigido por el Dr. Bazán, publicado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional y Ediciones Legales, Lima, Perú, 2009, 328 páginas.

La presentación del libro estaría a cargo de la Prof. Susana Sartori, Miembro de la AADI y Secretaria de la Sección de Derechos Humanos.

Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional

Director: *Jorge O. Paladino.*

Tema: "El Philips 66 como método de discusión temático en grupos numerosos".

Relatores: *Dr.: Jorge Paladino*

Profesor de Derecho Internacional Privado-Universidad Nacional de La Matanza. Director de la Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional de la AADI;

Gabriel Fabio Dias

Profesor de Derecho Internacional Privado- Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Miembro Titular de la AADI.

Se extrajeron conclusiones que fueron votadas por los Señores miembros titulares presentes en el Plenario del Congreso.

b) XXIII Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional 2011.

En la Asamblea Plenaria llevada a cabo el día tres de octubre de dos mil nueve en ocasión del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Enrique Ferrer Vieyra", realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, el Plenario aprobó por unanimidad la propuesta formal presentada por la Dra. Paula All en nombre y representación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, para ser sede del XXIII Congreso de Derecho Internacional -propuesta que fue ratificada por la Dra Laura Aguzin, por ausencia de la Dra. All-. En la Asamblea Plenaria realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Salta el tres de octubre de dos mil diez en ocasión del XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional. "ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO", la Sra. Presidente recordó a los presentes lo ya decidido en el Congreso anterior e informó a la Asamblea que habiendo quedado facultado el Consejo Directivo para fijar los días y meses en que se realizará el XXIII Congreso Argentino de Derecho Internacional, se ha fijado el mes de noviembre de dos mil once, faltando determinar los días, lo que se realizará en próximas reuniones de Consejo Directivo.

En consecuencia, el Consejo Directivo fijó para realizar el evento, los días 10, 11 y 12 de noviembre de dos mil once y trabajó sobre las propuestas de temas objeto de estudio y designación de relatores a los fines de ser comunicados en el plazo previsto por la normativa vigente, a la Comisión Organizadora y a todos los Miembros.

Los temas y relatores por Secciones han quedado conformados como seguidamente se indica, habiéndose previsto además conferencias dentro de las secciones.

Sección Derecho Internacional Público

Directora: *Dra. Laura Araceli Aguzin.*

Tema: *La Aplicación del Derecho: “El valor de la Jurisprudencia en el Derecho Internacional Contemporáneo”.*

Relator: Dr. Arturo S. Pagliari. (UNC).

Sección Derecho Internacional Privado

Director: *Dr. Alejandro Menicocci.*

Tema: *“Desafíos procesales y sustanciales del comercio internacional: desarrollo del «soft law» e impacto de las normas imperativas”.*

Relatores: *Dres. Paula All y Jorge Albornoz (UNL).*

Sección Derecho de la Integración

Director: *Dra. Mariela Calderón.*

Tema: *“MERCOSUR: Evolución y perspectiva a 20 años de la firma del Tratado de Asunción. Referencia a la región del Litoral”.*

Relatora: *Dra. Liliana Bertoni.*

Sección Relaciones Internacionales

Directora: *Dra. Ada Lattuca.*

Tema: *“Los problemas internacionales en el primer decenio del siglo XXI”.*

Relatora: *Mgtr. María Cristina Montenegro. (UNC).*

Sección Derechos Humanos

Director: *Dr. Víctor A. Bazán.*

Tema: *“Derechos de las personas migrantes: implicancias en el derecho internacional y en el derecho interno”.*

Relatora: *Dra. María Cristina Rodríguez (UNC).*

Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional.

Director: Dr. Jorge O. Paladino (UNLaM).

Tema: “Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado: Interacciones en el plano docente y metodológico”.

Relator: Dr.: Horacio Daniel Piombo. (UNLAP).

Actividades para estudiantes

Podrán participar en las distintas secciones de la Asociación. Además podrán presentar comunicaciones cuyo objeto sea alguno de los temas determinados por las distintas Secciones.

2. ACTIVIDADES DE LAS DIVERSAS SECCIONES

Durante el periodo de esta Memoria se han llevado a cabo, organizadas y coorganizadas por las distintas Secciones de la Asociación, las siguientes actividades académicas y científicas:

a) *Coorganización “Jornada sobre Política Exterior Argentina: En el Bicentenario de la Revolución de Mayo. Los Intereses argentinos en el Atlántico Sur”,* realizada el día trece de agosto de dos mil diez, en el Salón Vélez Sársfield de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. La Jornada fue coorganizada con la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC en el marco de la Diplomatura en Diplomacia Contemporánea cuya directora es la Dra. Graciela Salas. En dicha Jornada disertarán los Sres. Miembros de la AADI, Dres. Armando Abruza, Ariel Mansi y Lie. Guillermo Rossi.

b) *Jornada Preparatoria del XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional. “ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO”* realizado en Salta en octubre de 2010, sobre el tema general de la Sección Derecho Internacional Privado “Jurisdicción y ley aplicable en materia de relaciones laborales transfronterizas y sus implicancias en la seguridad social”, se profundizará en “*Las relaciones de trabajo en su perspectiva internacional y con especial referencia al Mercosur*”. Esa jornada tuvo lugar el 27 de agosto de 2010, en la Facultad de Derecho de la UBA (Salón Verde) Disertaron los Profs. Dra. Mariela Rabino, profesora de DIPr. de la UBA, quien abordó el tema del derecho laboral en el DIPr. y el Dr. Jorge Bermúdez ex Camarista del fuero laboral y un profesor muy especializado en Derecho Laboral, quien abordó ese tema y la seguridad social, desde el punto de vista convencional, especialmente, en el ámbito del Mercosur.

c) *Jornada sobre Enseñanza del Derecho Internacional*, a propuesta de la Dra. Graciela Rosa Salas se realizó una Jornada sobre Enseñanza del

Derecho Internacional, en la ciudad de Salta, el día veinte de octubre de dos mil diez, previo a la iniciación del XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional.

d) Coorganización: Conferencia “Situación actual y perspectivas de la Cuestión de las Islas Malvinas”, realizada el día veintiséis de noviembre de dos mil diez, en el Salón de actos del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mar del Plata, coorganizada por la Sección de Derecho Internacional Público de la AADI, el Colegio de Abogados de Mar del Plata -Comisión de Jóvenes Abogados. La disertación estuvo a cargo del Ministro Plenipotenciario Dr. Guillermo Roberto Rossi (Cancillería Argentina y Miembro Titular de la Asociación).

e) Coorganización: Conferencia: “Situación actual y perspectivas de la Cuestión de las Islas Malvinas”, realizada el día veintisiete de noviembre de dos mil diez, en el aula 17 de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, coorganizada por la Asociación Argentina de Derecho Internacional -Sección Derecho Internacional Público- y la Cátedra de Derecho Internacional Público de titularidad del Dr. Ariel Mansi, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. La disertación estuvo a cargo del Ministro Plenipotenciario Dr. Guillermo Roberto Rossi (Cancillería Argentina y Miembro Titular de la Asociación).

f) Coorganización: “La Antártida: Actualidad y perspectivas”, Actividad propuesta por el Dr. Ariel Mansi y aprobada por el Consejo Directivo, desarrollada el dieciocho de abril de dos mil once en la Facultad de Derecho de la UNLP, con motivo de la celebración en nuestro país en el mes de junio de la XXXIV Reunión Consultiva del Tratado Antártico. Actividad coorganizada por la AADI y el Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata. La organización de dicha actividad estuvo a cargo del Dr. Alejandro Canio (Miembro titular de la AADI y del IRI) y “contó con la asistencia de estudiantes y docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata y con la activa participación de miembros de la AADI y del IRI presentes. Las exposiciones estuvieron a cargo de Rodolfo Sánchez, José María Acero y Ariel Mansi quienes dieron muestra de un comprometido interés en sus disertaciones”.

g) Organización: “Balance y Perspectiva de los Medios de Solución de Controversias en el Derecho Internacional actual”, Jornada Regional de debate (no arancelada), organizada por la Dra. Laura Aguzin y desarrollada el día dos de mayo del año dos mil once en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Participaron docentes y alumnos de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad sede. Los temas fueron abordados por distintos docentes y miembros de la AADI de Rosario y Santa Fe. El Dr. Claudio Diaz expuso sobre los conflictos latinoamericanos y sus medios de solución; propuesta creativa de solución a partir de la exposición de

María Fabiana Beaugé y José Yérmanos; Laura Aguzin introdujo la problemática de la multiplicidad de medios y foros y las posibles consecuencias de las sentencias contradictorias (siendo este último precisamente el tema del relato del próximo Congreso).

h) Coorganización: “*Principios del Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado. Interacción entre ambos*”. Actividad organizada por el Dr. Jorge Paladino, y coorganizada entre la AADI y el Departamento de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Matanza, realizada el diecisiete de mayo de dos mil once en la Universidad Nacional de La Matanza. El encuentro se llevó a cabo exitosamente y consistió en una presentación de los Dres: Fernando Oltra, sobre los Principios del Derecho Internacional Público, en el que expresó su posición juspositivista y en un enfoque tradicional; Jorge Paladino sobre los Principios del Derecho Internacional Privado en un enfoque trialista; y la Dra Beatriz Pallares quien hizo el cierre de la Jornada en una exposición sumamente rica en contenidos y conceptos, particularmente se refirió a los conflictos que se ventilan ante el CIADI. Destaca el Dr. Paladino que tuvieron un particular agradecimiento de las autoridades de la Facultad por organizar este evento, mérito que le corresponde a la AADI.

i) Coorganización: “*Propiedad intelectual en Internet*”. Organizada por el Dr. Alejandro Menicocci. Coorganizada por el Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de Rosario y la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) - Sección Derecho Internacional Privado, consistente en una Conferencia a cargo de la Profesora Dra. Mónica María Boretto, llevada a cabo el día viernes veintisiete de mayo de dos mil once en el Aula Anfiteatro de la Facultad de Derecho de la UNR. Dicha actividad representó un costo cero para la Asociación.

j) Coorganización: “*Actividad Académica de la Sección de Derechos Humanos*”. Propuesta presentada por el Director de la Sección Dr. Víctor Bazán, coorganizada por la AADI y el Colegio de Abogados de la Ciudad de San Miguel de Tucumán, contando con la organización local por parte de las Dras. Marta Tejerizo y Luciana Díaz, realizada el día viernes cinco de agosto de dos mil once, en el Colegio de Abogados de Tucumán, sito en calle Congreso 450, La actividad se desarrolló a través de dos exposiciones: la primera, a cargo del Dr. Bazán, sobre el tema “*El control de convencionalidad y sus implicancias*”, y la segunda a cargo del Dr. Jorge José Torres (Miembro Titular de la AADI) quien se refirió a “*Los 20 años del Mercosur y su óptica para el futuro*”. La actividad contó con la concurrencia de abogados, Autoridades de la AADI, abogados y operadores jurídicos locales, docentes y alumnos.

k) Coorganización: “*Recursos y conflictos en el escenario sudamericano y Europa*”, Jornada propuesta por la Directora de la Sección Relaciones Internacionales, Dra. Ada Lattuca, con la colaboración del Dr. Roberto Cacheiro Frías, Miembro del la Sección, coorganizada por la AADI y la

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana de la Capital Federal, realizada el día diecinueve de agosto de dos mil once, en la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la UAI - Capital Federal. La Jornada contó con la participación de los siguientes expositores: Dra. Eloísa Raya de Vera: *“La Crisis del Sistema Multilateral de Comercio”*; Dr. Gastón Maraño: *“El cónsul y el derecho de los detenidos extranjeros”*. Dr. Roberto Cacheiro Frías: *“Hay relaciones internacionales sin proyecto de país?”*; Dra. Lilian del Castillo: *“El Sistema Acuífero Guaraní y el marco jurídico de los recursos naturales”*; Dr. Enrique Aramburu: *“El status jurídico de los archipiélagos del Atlántico Sur en la Unión Europea según el Tratado de Lisboa”*; Dr. Eduardo Tagliani: *“Las Migraciones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*; Dra. Ada Lattuca: *“Política migratoria ¿posible o inviable?”*. La Jornada contó con gran concurrencia de docentes, y alumnos de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales.

I) Coorganización: Simposio “Los principios y enfoques ambientales en la jurisprudencia internacional”. Con especial énfasis en dos escenarios: *la Corte Internacional de Justicia y el sistema de solución de controversias del MERCOSUR*, propuesta presentada de manera conjunta por las Directoras de la Sección de Derecho Internacional Público, Dra Laura Aguzin, y de la Sección de Derecho de la Integración, Mariel Calderón, realizada el veintiséis y veintisiete de agosto de dos mil once, en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Jornada coorganizada entre la AADI, la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de Mar del Plata a cargo del Dr. Ariel Mansi y la Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional (SLADI). El Simposio contó con la participación de los siguientes expositores, Dres: Laura Aguzin (Universidad Nacional del Litoral, AADI); Julio Barboza (ex Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional-CDI, de la ONU; Vicepresidente de la SLADI); Oscar Benítez (Universidad Nacional de Córdoba, AADI); Liliana Bertoni (Universidad de Buenos Aires, AADI); Alberto Moreira (Universidad Nacional de Mar del Plata, AADI, Director del Grupo de Estudio Medio Ambiente de la SLADI); y Jorge Viñuales (Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, Secretario Ejecutivo de la SLADI); Adriana Castelanelli (Universidad Nacional de Mar del Plata); y Fabiana Beugé (Universidad Nacional del Litoral).

II) Jornada Nacional Preparatoria del XXIII Congreso Argentino de Derecho Internacional, a realizarse el treinta de setiembre de dos mil once en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. La Jornada será coorganizada por la Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza; la Dirección de Derechos Humanos, Gobierno de la Provincia de Mendoza; y el Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza (Comisión Derecho Internacional). En dicha Jornada se trabajará sobre la temática de las Secciones

de Derecho Internacional Privado y de Derechos Humanos que se desarrollará, en el próximo XXIII Congreso de la AADI según el siguiente detalle: **Derecho Internacional Privado:** “Desafíos procesales y sustanciales del comercio internacional: desarrollo del «soft law» e impacto de las normas imperativas”, Relatores, Dr. Pablo Enrique de Rosas, Dra. Carolina Iud; **Derechos Humanos:** “Derechos de las personas migrantes: implicancias en el derecho internacional y en el derecho interno”, Relatores: Dra. Georgina A. Guardatti, Dra. María José Ubaldini. Está prevista una Conferencia Magistral a cargo del Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, Juez del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR por la República del Paraguay. La apertura será realizada por la Sra. Presidente de la AADI y está previsto la presentación de ponencias y/o Comunicaciones.

m) Jornada Preparatoria del XIII Congreso Argentino de Derecho Internacional, a realizarse el día viernes siete de octubre de dos mil once, en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Organizada por la Dra Beatriz Pallares y Laura Aguzin. En dicha Jornada se expondrán los temas objeto de Relatos del próximo Congreso de la AADI, y estará dirigida en particular a estudiantes.

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.

V. AUSPICIOS

De acuerdo con lo establecido por el Reglamento para la Participación de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en Actividades Científicas y Académicas de su Especialidad (aprobado en sesión del Consejo Directivo del 5 de noviembre de 1994 celebrada en Córdoba), se otorgó el auspicio de la Asociación a las siguientes actividades:

1. AUSPICIO: *II JORNADAS SOBRE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL «MERCOSUR: realidades y desafíos a 20 años de su constitución»*, actividad realizada el día dos de junio de dos mil once, en la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional de Cuyo, auspiciadas por el Colegio de Abogados (Comisión Derecho Internacional) y la UNCuyo, Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Jornadas Coordinadas por la Dra. Silvina Barón Knoll (Comisión de Derecho Internacional, Colegio de Abogados y Miembro Titular de la AADI).

2. AUSPICIO: *PRIMERAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO INTERPERSONAL PRIVADO, COMO PROYECCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, realizadas los días 24 y 25 de septiembre de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario,

en conmemoración del Centésimo Aniversario del Nacimiento de su ex Director Honorario, Profesor Dr. Werner Goldschmidt (9-2-1910/24-7-1987) y el Cuadragésimo Aniversario de la Primera Edición de su obra Derecho Internacional Privado destacando la presencia del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani en la organización.

VI. OTRAS ACTIVIDADES

1. Convenio Marco de Colaboración Académica entre la Asociación Argentina de Derecho Internacional y la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta

A iniciativa del Dr. Gustavo Barbarán ambas instituciones están trabajando en el texto para la aprobación de un Convenio de Colaboración Académica, texto que se encuentra consensuado y que esperamos sea suscripto a la brevedad. Este C.D. desea que esta iniciativa pueda contribuir eficazmente a la difusión de los temas de nuestra especialidad, como un aporte más de apertura de la Asociación a la comunidad jurídica a través de la actividad de sus profesores asociados.

2. Sitio web de la Asociación

El Dr. Jorge Stähli, tuvo a su cargo en los aspectos instrumentales y técnicos, el sitio web de la Asociación *www.aadi.org.ar* el cual continúa brindando información útil en sus diversos campos: Autoridades, Miembros, Actualización de datos, Estatuto, Doctrina, Actividades y Novedades, aunque actualmente se está tratando de mejorar su funcionamiento y actualizar su diseño habiéndose acordado un cambio de operador.

3. Sede de la AADI. Mobiliario

Se continúa con tratativas para la terminación de las obras de refacción. Se ha efectuado la compra oportunamente decidida de 19 (diecinueve) sillas y una mesa de reunión para la sede de la Asociación de 5,20 mts. por 1,40 mts, la cual consta de dos partes que se pueden articular. Se ha solicitado presupuesto por una Biblioteca y mueble de madera o metálico.

4. Biblioteca de la AADI

Se continúa tratando el tema, a los fines de lograr una solución adecuada al tema de la Biblioteca de la AADI. Considerando que en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNR se encuentran los libros de la AADI, algunos Consejeros proponen que dentro de la Biblioteca General podría habilitarse un sector para la Biblioteca de la AADI, atendido por los mismos bibliotecarios; y otros consideran que es necesario un lugar

diferenciado para los libros de la AADI. Se realizarán gestiones ante las autoridades de la UNR.

VII. PREMIO AADI 2011

En la Asamblea Ordinaria llevada a cabo en la Ciudad de Córdoba el tres de octubre de dos mil nueve, en ocasión del XXIº Congreso Argentino de Derecho Internacional, la Dra. Graciela Rosa Salas presentó una propuesta de Premio AADI para la Sección Derecho de la Integración cuyo tema era: *“El rol de los tribunales nacionales en los procesos de integración regional”* y como Miembros del Jurado fueron designados los Señores Miembros Titulares de la AADI, Dres. Luis I. Savid Bas, Marta Tejerizo, Eduardo Monsanto, Adriana Dreyzin y Horacio Piombo, quienes aceptaron tal designación. La fecha de vencimiento de presentación de los trabajos fue el diecisiete de setiembre de dos mil diez, No habiéndose presentado ningún trabajo, el Premio AADI 2010 se declaró desierto. En consecuencia y atendiendo a lo dispuesto por la Dra. Salas, en caso que el premio fuera declarado desierto, dicha suma habría de dotar al nuevo Premio AADI, a convocar en el año 2011 para la Sección Derecho Internacional Público. El premio, continúa dedicado en memoria de los padres de la Dra. Graciela Rosa Salas quien lo ha dotado de \$3.000 (pesos tres mil), los que se depositarían en la cuenta de la Asociación Argentina de Derecho Internacional del Banco de la Nación Argentina, con imputación a dicho premio.

El tema, así como los integrantes del jurado, fueron definidos en el marco de la mencionada Sección y aprobados por el Consejo Directivo.

Tema:

“La Institucionalización de la Comunidad Internacional durante el Siglo XX y Perspectivas de desarrollo en el Derecho Internacional del Siglo XX”.

Tribunal:

Dres. Heber Arbuet-Vignali, Anahí Priotti.y Luis Ignacio Savid-Bas, quienes han aceptado el cargo.

La fecha de vencimiento de presentación de los trabajos es el treinta de setiembre de dos mil once, los que deberán ser enviados vía correo postal a nombre de la Secretaria de la Sección de Derecho Internacional Público de la AADI: Dra Adriana Castelanelli. El Premio ADDI, habrá de entregarse en el XXIII Congreso de la AADI.

VIII. PUBLICACIONES

1. Anuario Argentino de Derecho Internacional

Durante el período de esta Memoria se editó el Volumen XVIII (2009) del Anuario Argentino de Derecho Internacional, cuya tarea ha estado a

cargo de la Sra. Directora y del Sr. Secretario de Redacción. Dicho volumen contiene los Relatos y Conclusiones del *XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional "Enrique Ferrer Vieyra"*, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, los días 1, 2 y 3 de octubre de 2009, más otras contribuciones de Miembros de la Asociación. El mismo se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2010, en Lerner Editora SRL, Duarte Quirós N° 545, CP 5000, Córdoba. Edición de 700 (setecientos) ejemplares. El Tomo XIX fue presentado y distribuido en el XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional, Salta, 2010.

El Volumen XIX (2010) del Anuario Argentino de Derecho Internacional, que actualmente se encuentra en prensa, presentará los relatos y Conclusiones del *"XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional, "Argentina y su Proyección Latinoamericana", en el Bicentenario de la Revolución de Mayo"* realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Salta, los días 21, 22 y 23 de octubre de 2010, más otras contribuciones de Miembros de la Asociación. El mismo se edita a través de Lerner Editora SRL, Duarte Quirós N° 545, CP 5000, Córdoba. La edición será de 500 (quinientos) ejemplares.

2. Libro: "La judicialización de los derechos humanos"

En el marco del *XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional. "Argentina y su Proyección Latinoamericana en el Bicentenario de la Revolución De Mayo"*, como actividad de la *Sección Derechos Humanos, dirigida por el Dr. Víctor A. Bazán* se efectuó la presentación del libro *La judicialización de los derechos humanos*, dirigido por el Dr. Bazán, cuya iniciativa debe destacarse especialmente, que ha sido publicado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional y Ediciones Legales, Lima, Perú, 2009 en 328 páginas, prologado por el ex presidente de AADI Dr. Armando Abruzza. La presentación del libro se realizó con la participación de la Sra. Presidente y estuvo a cargo de la Prof. Susana Sartori, Miembro de la AADI y Secretaria de la Sección de Derechos Humanos.

3. Libro: "Las Reparaciones por violaciones a los derechos humanos"

El Dr. Víctor Bazán Director de la Sección de Derechos Humanos solicitó autorización para llevar adelante un proyecto de la Sección de Derechos Humanos en orden a publicar un libro que reúna los trabajos de la Sección (relatos y ponencias) del *XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Enrique Ferrer Vieyra"*, desarrollado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, los días 1, 2 y 3 de octubre de 2009. Se trata de un volumen temático titulado *"Las Reparaciones por violaciones a los derechos humanos"*. Bazán, Víctor (director), a publicar por Astrea, Buenos Aires (en proceso de preparación editorial), que será prologado por la Sra. Presidente de la AADI, Dra.

María Elsa Uzal. Tarea similar a la que realizara con los trabajos del Congreso de AADI en Mar del Plata (2007). La actividad fue aprobada por unanimidad por el HCD.

He aquí la síntesis apretada de lo obrado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional -AADI- en el ejercicio 2010-2011.

Dr. Luis Cruz PEREYRA
Secretario AADI

Dra. María Elsa UZAL
Presidente AADI

Se terminó de imprimir en octubre de 2012 en
LERNER EDITORA SRL
Duarte Quirós 545, Ls. 2 y 3, CP. 5000,
Córdoba, República Argentina