

ISSN 1850-079X

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



# Anuario Argentino de Derecho Internacional

XV

2006

CÓRDOBA – REPÚBLICA ARGENTINA

Asociación Argentina de Derecho Internacional

Anuario Argentino de Derecho Internacional. - 1a ed.  
- Rosario: Asociación Argentina de Derecho Interna-  
cional, 2007.  
256 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-96143-1-0

1. Derecho Internacional. I. Título

CDD 341

*Se agradece por su contribución a esta publicación a:*  
Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación  
Manuel Augusto Ferrer

Copyright © 2007 by La Ley S.A.E. e I.  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Impreso en la Argentina

***Printed in Argentina***

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced or transmitted  
in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the publisher.

Tirada: 400 ejemplares.  
I.S.B.N. 978-987-96143-1-0

**DIRECTOR HONORARIO**

Ernesto J. Rey Caro

**DIRECTORA**

Zlata Drnas de Clément

**SECRETARIO**

Luis Cruz Pereyra

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

Calixto Armas Barea  
Julio A. Barberis  
Miguel Ángel Ciuro Caldani  
Ariel Ricardo Mansi  
María Blanca Noodt Taquela  
Horacio Daniel Piombo  
Guillermo Roberto Rossi  
Fabián Salvioli  
Luis I. Savid Bas  
Amalia Uriondo de Martinoli

*Dirección, redacción y correspondencia*  
Casilla de Correo N° 5 Agencia N° 21  
5014 Córdoba-Argentina  
([zlata@arnet.com.ar](mailto:zlata@arnet.com.ar))

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



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

(2005-2007)

<i>Presidente</i>	Armando Daniel Abruza
<i>Vicepresidente</i>	María Elsa Uzal
<i>Secretario</i>	Luis Cruz Pereyra
<i>Prosecretario</i>	Carlos Echegaray de Maussion
<i>Tesorero</i>	Jorge Stähli
<i>Consejeros</i>	Ernesto J. Rey Caro Anunciada Lattuca Luciana Díaz Beatriz Pallarés Alejandro Menicocci Analia Consolo Amalia Uriondo de Martinoli

**SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

*Director: Arturo Pagliari*

**SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

*Director: Roberto Vicario*

**SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES**

*Director: Ariel Mansi*

**SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

*Directora: Verónica Zamzem*

**SECCIÓN DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA DE LA ENSEÑANZA DEL  
DERECHO INTERNACIONAL**

*Director: Jorge Paladino*

**SECCIÓN DERECHOS HUMANOS**

*Director: Víctor Bazán*

PAGINA VI  
BLANCA

## INDICE GENERAL

### DOCTRINA

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SUS DUALIDADES <i>INTERNATIONAL ARBITRATION AND ITS DUALITIES</i> <i>José Carlos Fernández Rozas</i> .....	1
DOS ASPECTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A LA AMENAZA TERRORISTA <i>TWO ASPECTS OF THE LEGITIMATE DEFENSE AS OPPOSED TO THE TERRORIST THREAT</i> <i>José A. Consigli y Federico Lavopa</i> .....	25
BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL GENERAL Y SUS RELACIONES CON LOS SISTEMAS PENALES PARTICULARES <i>THE INTERNATIONAL GENERAL CRIMAN LAW AND ITS RELATIONS WITH THU PARTICULAR SYSTEMS</i> <i>José Dobovšek</i> .....	45
LA PRÁCTICA CONVENCIONAL MULTILATERAL DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL CONTRA EL TERRORISMO <i>THE PRACTICE CONCERNING CONVENTIONAL COOPERATION ON COUNTERTERRORISM</i> <i>Ana Salinas de Frías</i> .....	69

SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO. EJERCICIO DE ACTOS AISLADOS EN LA REPÚBLICA. LA EXTRATERRITORIALIDAD PARCIAL EN EL MARCO DE LAS RESOLUCIONES DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA <i>CONSTITUTED SOCIETIES ABROAD. EXERCISE OF ISOLATED ACTS IN THE REPUBLIC. THE PARTIAL EXTRATERRITORIALITY WITHIN THE FRAMEWORK OF THE RESOLUTIONS OF THE GENERAL INSPECTION OF JUSTICE</i> <i>Luis Cruz Pereyra</i> .....	107
<b>LEGISLACION</b>	
CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA REPUBLICA ARGENTINA - período 01–08–2005 al 11–08–2006 Sistematización a cargo de <i>María Alejandra Sticca</i> .....	143
<b>JURISPRUDENCIA</b>	
Laudo del Tribunal Arbitral “ <i>ad hoc</i> ” de Mercosur constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “omisión del estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay” .....	149
<b>RECENSIONES</b>	
ABRUZA, ARMANDO DANIEL (Coordinador). <i>A cien años de la presencia permanente e ininterrumpida de la Argentina en la Antártida</i> . Asociación Argentina de Derecho Internacional. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Ushuaia, 2004, 297 páginas .....	187
ALICE, MAURICIO. “ <i>El Sistema Jurídico Interamericano</i> ”. Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN). Colección Libros del ISEN. Buenos Aires, 2006, 203 páginas .....	189
ALONSO GARCIA, RICARDO / SARMIENTO, DANIEL. <i>La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea</i> . Explicaciones, concordancias, jurisprudencia. Thomson Civitas, Navarra (España), 2006, 474 páginas .....	191
ALONSO GARCIA, RICARDO. <i>Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i> . Estudio y Jurisprudencia. Tercera edición. Thomson-Civitas. Editorial Aranzadi. Navarra, 2006, 570 páginas .....	192

BAZÁN, VÍCTOR. <i>Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales</i> . Un Análisis de Derecho Comparado. Porrúa Editorial. Méjico, 2003, 121 páginas .....	193
BERTONI, LILIANA. <i>Laudos Arbitrales en el MERCOSUR</i> . Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2006, 401 páginas .....	194
CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO; VENTURA ROBLES, MANUEL E. <i>El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> , 3º Edición, actualizada y ampliada, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. San José de Costa Rica, 2005, 629 páginas .....	195
CASADO RAIGÓN, RAFAEL (Director). "L'Europe et la mer. Pêche, navigation et environnement marin". Collection de droit international. Editions Bruylant. Editions de l'Université de Bruxelles. Bruselas, 2005, 525 páginas en inglés y en francés .....	197
CASANOVAS Y LA ROSA, ORIOL <i>et al.</i> <i>Comunidad Internacional y Sociedad Internacional después del 11 de septiembre de 2001</i> . Gernika Gogoratuz. Gernika (España), 2005, 192 páginas .....	200
DIEZ DE VELASCO VALLEJO, MANUEL. <i>Las Organizaciones Internacionales</i> . 14ª edición. Tecnos, Madrid, 2006, 884 páginas .....	204
FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO / HERBERT, RONALD (Coordinadores). <i>Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Opertti Badán</i> . Fundación de Cultura Universitaria. Co-patrocinada por la Organización de Estados Americanos. Montevideo, 2005, 994 páginas .....	205
FLORES, MARÍA DEL LUJÁN. <i>La obligación del Estado de reparar daños transfronterizos</i> . Carlos Álvarez Editor. Montevideo (Uruguay), 2005, 338 páginas .....	206
GARCÍA GARCÍA-REVILLO, MIGUEL. <i>El Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Origen, organización y competencia</i> . Biblioteca Diplomática Española, Sección varios 9. Córdoba (España), 2005, 688 páginas .....	208
HUMMER, WALDEMAR / HENNING, KRISTIN. <i>Hundert Jahre völkerrechtliche (Schieds-) Gerichtsbarkeit in Zentralamerika</i> (Cien años de jurisdicción interna... cional/arbitral en América Central), Tomo I, Lit Verlag, Viena, 2006, 445 páginas .....	209

PRIOTTI, ANAHÍ. <i>La Corte Penal Internacional</i> . U.N.R. Editora, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 2005. Tomo I: 204 páginas. Tomo II: 298 páginas .....	210
REY CARO, ERNESTO J. / BARIC PUNDA, VESNA / DRNAS DE CLEMENT, ZLATA. <i>Estudios de Derecho del Mar</i> . Lerner. Córdoba (Argentina), 2005, 86 páginas .....	212
RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO J. y PÉREZ VERA, ELISA (Coord.). <i>Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo</i> . Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga. (España), 2006, Tomos 1 y 2, 1393 páginas en español, inglés, francés e italiano .....	214
SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, LUIS IGNACIO <i>Derecho Internacional y Crisis Internacionales</i> . Iustel Editorial. Madrid, 2005, 381 páginas .....	215
TAMBURELLI, GIANFRANCO (Editor). <i>The Antarctic Legal System and Environmental Issues. Istituto di Studi Giuridici Internazionali</i> . Giuffrè Editore. Milano, 2006, 224 páginas .....	217
TREVES, TULLIO DIRITTO INTERNAZIONALE. <i>Problemi fondamentali</i> . Giuffrè Editore. Milano, 2005, 781 páginas en italiano .....	219
VALENCIA RESTREPO, HERNÁN. <i>Derecho Internacional Público</i> . Segunda edición. Biblioteca Jurídica Diké, Universidad Pontificia Bolivariana. Bogotá-Medellín, 2005, 942 páginas .....	221
ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS N° 2, 2006. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 356 páginas .....	222
CURSOS EUROMEDITERRÁNEOS BANCAJA DE DERECHO INTERNACIONAL. Jorge Cardona Llorens (Director). Centro Internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003. 871 páginas .....	223
ESTUDIOS INTERNACIONALES, REVISTA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, NÚMERO ESPECIAL, AÑO XXXIX, Julio-septiembre 2006, N° 154, 178 Páginas .....	226
REVISTA RELACIONES INTERNACIONALES. Director-Fundador: Norberto E. Cosani. Publicación Semestral-Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) - Buenos Aires, Diciembre 2005-Mayo 2006. El MERCOSUR a 15 años de su creación /Edición Número 30, 246 páginas .....	227

- ISTITUTO ITALO-LATINOAMERICANO*, Seminario Internazionale: Identità linguistica delle popolazioni indigene della regione andina: un approccio multidisciplinare. Quaderni IILA. Serie Economía 30. A cura di Antonio Luigi Palmisano y Giuseppe Cataldi. IILA. Roma, septiembre 2006, 232 páginas ..... 230



PÁGINA XII  
BLANCA

## 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. Sólo admite trabajos inéditos, no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas.

El *Anuario* no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados (o reseñas), ni por las opiniones emitidas por los autores.

### 2. Extensión de los originales

Los originales de los artículos, en principio, no deberán sobrepasar la cantidad de 25 páginas tamaño A4, letra Times New Roman N° 12, escritas a simple espacio. En esta extensión quedan comprendidas notas y referencias. Se admite un solo artículo por autor.

### 3. Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

#### 3.1. *Forma del escrito*

- El escrito debe estar impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 2 copias y en una disquette o CD, letra Times New Roman, tamaño 12, a un solo espacio. La disquette o CD deberá estar etiquetada/o consignando 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 y 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 serán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

### 3.4. *Notas*

Cuando se pongan, las notas de pie de página deben indicar:

- el apellido y nombre del autor con versalita;
- el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;
- el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas de referencia. Cuando se trata de obra conjunta, se indicará con letras versalita el nombre del responsable de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

## 4. **Material a presentar con el libro**

Deberá entregarse el material completo vía mail a [zlata@arnet.com.ar](mailto:zlata@arnet.com.ar) o por correo a nombre de la Asociación, a Casilla N° 5, Agencia 21, 5014 Córdoba-Argentina, acompañando:

- Nota dirigida a la Dirección del Anuario Argentino de Derecho Internacional, solicitando la publicación del trabajo, acompañada de declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas, al igual que de las opiniones vertidas en el mismo.
- Breve *curriculum vitae*.

## 5. **Corrección de pruebas**

El Anuario cuando resulta temporalmente factible da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco 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.



---

DOCTRINA

---

PAGINA XVI  
BLANCA

## **EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SUS DUALIDADES**

(INTERNATIONAL ARBITRATION AND ITS DUALITIES)

*José Carlos Fernández Rozas\**

**RESUMEN:** El arbitraje internacional se caracteriza en la actualidad por la autonomía, la “anacionalidad” y la “deslocalización”. Estos tres postulados han propiciado un distanciamiento sin precedentes de la ordenación internacional del arbitraje comercial en las legislaciones internas de los Estados respecto del tratamiento del arbitraje interno. Pero, al mismo tiempo, tales postulados han propiciado una aproximación a otras modalidades de arbitraje, caracterizadas por el carácter heterogéneo de sus participantes o por su sometimiento al Derecho internacional. Tal expansión recíproca ha acentuado una serie de contradicciones en la institución arbitral o, si se quiere, una serie de dualidades: arbitraje interno y arbitraje internacional, arbitraje nacional y arbitraje extranjero, arbitraje entre particulares y arbitraje entre Estados, arbitraje comercial y arbitraje de inversiones y arbitraje comercial y arbitraje en las Organizaciones internacionales de integración económica.

**PALABRAS-CLAVE:** Arbitraje internacional - Autonomía - Arbitraje interno - Arbitraje de inversiones

**ABSTRACT:** Its autonomy, non-national character and non-territorial nature are among the leading features of present international arbitration. These features are linked to an unprecedented development of international arbitration as a reality independent of domestic arbitration. At the same time that trend has fostered the convergence with some forms of arbitrations ruled by international law. This evolution

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo. Doctor Honoris Causae por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro Correspondiente de la AADI.

stresses some opposition in the development of arbitration: internal arbitration versus international arbitration, national arbitration versus foreign arbitration, private arbitration versus arbitration between States, commercial arbitration versus investment arbitration and commercial arbitration versus arbitration in the framework of economic integration organizations.

**KEY WORDS:** International arbitration – Autonomy – National arbitration – Investment arbitration

**SUMARIO:** 1. Expansión del arbitraje comercial internacional. 2. Alcance de la dualidad arbitraje interno-arbitraje internacional: A) Soluciones de carácter unitario; B) Soluciones de carácter dual. 3. Arbitraje nacional y arbitraje extranjero. 4. Arbitraje comercial transfronterizo y otras modalidades de arbitraje internacional: A) Arbitraje entre Estados; B) Arbitraje de inversiones. 5. Arbitraje comercial y arbitraje en las Organizaciones internacionales de integración económica. 6. Conclusiones: hacia una necesaria búsqueda de los factores de internacionalidad.

## 1. Expansión del arbitraje comercial internacional

1. Si bien, en el marco de las controversias internas el arbitraje adquiere un desarrollo progresivamente más intenso frente al poder judicial, es en la solución de las controversias internacionales donde la institución despliega toda su eficacia debido al hecho añadido de que las partes en litigio acostumbran a potenciar una neutralidad que no se predica precisamente de los tribunales ordinarios en los litigios con elemento extranjero<sup>1</sup>. Apremiado por la expansión del comercio y las inversiones transnacionales, así como por el cambio en los esquemas de crecimiento económico, el arbitraje se ha convertido en el método normal para resolver definitivamente litigios comerciales internacionales. Esto ha tenido dos efectos de singular importancia. De un lado, el incremento del volumen y de los asuntos abordados, esencialmente, en el seno de instituciones administradoras del arbitraje; de otro, la considerable ampliación del círculo de los Estados donde el arbitraje puede llevarse a cabo. Dicha ampliación, sobre todo en lo que concierne al arbitraje internacional, ha permitido salir al arbitraje de un círculo bastante cerrado, predominantemente europeo, para desarrollarse en un escenario verdaderamente global<sup>2</sup>. Los operadores económicos han tenido un especial interés en que los intercambios comerciales transfronterizos se desarrollen sin obstáculos ni incertidumbres a través de la unificación de los cauces procesales que aseguren el buen funcionamiento de los mecanismos arbitrales y dicha unificación emprendida primero entre los países de economía de mercado y los países de economía planificada<sup>3</sup> y desarrollada más tarde,

<sup>1</sup> R.J. CAIVANO, "El arbitraje y los procesos de integración. Su futuro en el Mercosur", *Jurisprudencia Argentina*, t. 1996-II, 1996, p. 791.

<sup>2</sup> T. Carbonneau, "The Ballad of Transborder Arbitration", *University of Miami Law Review*, vol. 56, 2002, pp. 778.

<sup>3</sup> Vid. las posibilidades del arbitraje para la solución de controversias de las empresas mixtas en R. Dávalos Fernández, "Las empresas mixtas en el contexto de un mundo globalizado", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2003, pp. 176-181.

dentro del diálogo entre el *civil law* y el *common law*, está comenzado a producir importantes resultados, de los que no son ajenos los Estados de América Latina.

2. La globalización del arbitraje, tras el desmantelamiento del muro de Berlín y la consolidación del denominado “modelo único”, ha propiciado un alto grado de armonización que se proyecta tanto en la regulación de la institución por parte de los Estados como en la práctica de los procedimientos arbitrales que se desarrollan en el marco de las distintas familias jurídicas en presencia. La expansión del arbitraje ha sido tan notable en la solución de los conflictos transfronterizos comerciales que hoy registra, al igual que los procedimientos judiciales nacionales, una auténtica “crisis de crecimiento” que conduce inexorablemente a la búsqueda de soluciones concretas a medida que surgen nuevos problemas. Se apunta así al mantenimiento de una distancia prudente entre el procedimiento arbitral y el procedimiento judicial ordinario corrigiendo las tendencias a la lentitud que el primero tiende a experimentar en la actualidad a través de vías rápidas para el desarrollo del segundo. Con ello se intenta alcanzar soluciones en el plazo más breve posible reduciendo en la medida de lo posible determinados trámites no imprescindibles, sobre todo en litigios de poca cuantía y, por descontado, los costes inherentes al procedimiento arbitral. Y en este empeño no se descartan las conexiones entre arbitraje y otras vías alternativas de solución de conflictos.<sup>4</sup>

Para garantizar a las contrapartes extranjeras un marco normativo más neutro y eficaz, las legislaciones latinoamericanas, asiáticas y las del antiguo bloque socialista optaron por introducir el arquetipo del arbitraje comercial internacional que se había gestado en otros círculos jurídicos, aunque ese grado de armonización también obedeció a otros fenómenos.<sup>5</sup> Tal armonización, sin embargo, aún no es completa y no han podido eliminarse las soluciones particulares que se registran en determinados sistemas, sobretodo los que aún muestran reticencias a las transacciones mercantiles con el extranjero.

3. En este contexto el desarrollo del arbitraje internacional ha tenido una relevancia muy importante. Su éxito le ha hecho más competitivo e interdependiente de otras instituciones legales y políticas iniciando nuevos derroteros desde lo comercial a los litigios en materia de inversiones extranjeras; y con ello asistimos a un proceso de consolidación de sus inherentes ventajas<sup>6</sup>, pero también a una confusión de los límites originarios de la institución arbitral. La interrelación entre el arbitraje, cauce preferente para la composición de conflictos, y la *lex mercatoria*, ordenación especialmente adecuada a las necesidades del tráfico de nuestros días, resulta evidente de la mera observación de la realidad del comercio internacional<sup>7</sup>, pero

---

<sup>4</sup> F. ORREGO VICUÑA, “El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución alternativa de controversias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, 2004, pp. 442-449.

A ello han contribuido factores tales como la labor desarrollada por el Tribunal Arbitral Irán-EE UU desde los inicios de los años ochenta que contribuyó a que los abogados estadounidenses adoptaran una postura mucho más proclive al arbitraje (D. Caron, “The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution”, *AJIL*, vol. 84, 1990, pp. 104-156) y, sobre todo, el incremento del arbitraje en materia de inversiones desarrollado, fundamentalmente, en el marco del CIADI.

<sup>6</sup> B.Mª CREMADES y D.J.A. CAIRNS, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVII, 2002, pp. 15-61.

<sup>7</sup> E. Verdura y Tuells, “El *pierce the veil* arbitral de Yves Derains”, en Y. Derains, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, 1985, p. 30.

aún no ha demostrado sus ventajas en otro tipo de contenciosos, señaladamente en los relativos a inversiones extranjeras.

La *lex mercatoria* está aún muy lejos de conseguir el total retorno a la posición universalista del medioevo, pero no debe ser motivo de escándalo, desde la teoría general del Derecho, hablar de un orden jurídico transnacional que se decanta claramente partidario de que la nueva *lex mercatoria* conseguirá su objetivo transformándose desde su propio sistema y bajo el peso de las necesidades del comercio internacional en un orden jurídico perfecto y acabado<sup>8</sup>. Esta posición ha sido objeto de algunos excesos doctrinales, por lo que debe situarse en su justa medida; dichos excesos han creado la ficción de que una serie de prácticas sociales fueron “siempre” normas, sobre cuya autoridad inmemorial no debe existir ninguna duda. Se argumenta, con base en ciertas decisiones arbitrales en las cuales se ha decidido conforme a “equidad”, que históricamente también este orden jurídico transnacional del comercio ha demostrado ser hasta ahora el que más éxitos ha deparado en un mercado mundial independiente y que se encuentra desvinculado del ordenamiento político internacional<sup>9</sup>.

4. La actividad arbitral internacional no puede por el momento desvincularse de la actividad legislativa y jurisdiccional del Estado, pues ésta sigue supeditada a un determinado sistema “nacional” tanto desde la perspectiva legal como jurisprudencial. Esa sujeción a un orden estatal determinado esta sometida, sin embargo a un proceso de debilitamiento evidenciando la práctica contemporánea una tendencia inequívoca hacia el reforzamiento de la “autonomía” del arbitraje comercial internacional que se manifiesta tanto en el ámbito del convenio arbitral, como en el Derecho aplicable, como en el propio laudo arbitral<sup>10</sup>. Dicha autonomía viene acompañada de dos notas consustanciales a los modernos arbitrajes transfronterizos: la “anacionalidad” y la “deslocalización”<sup>11</sup>. Estos tres postulados han propiciado un distanciamiento sin precedentes de la ordenación internacional del arbitraje comercial en las legislaciones internas de los Estados respecto del tratamiento del arbitraje interno, señaladamente en aquéllos donde aún es objeto de discusión la propia naturaleza de la institución. Pero, al mismo tiempo, tales postulados han propiciado una aproximación a otras modalidades de arbitraje, caracterizadas por el carácter heterogéneo de sus participantes o por su sometimiento al Derecho internacional. Tal expansión recíproca ha acentuado una serie de contradicciones en la institución arbitral o, si se quiere, una serie de dualidades, que constituyen en objeto del presente trabajo: arbitraje interno y arbitraje internacional (2),

<sup>8</sup> M. VIRALLY, “Un tiers droit? Reflexions théoriques”, *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, París, 1982, pp. 377 ss. Cf. desde un punto de vista crítico, A. Boggiano, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Buenos Aires, 1991, pp. 1098 ss e I. Strenger, “La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international”, *R. des C.*, t. 227, 1991, pp. 311 ss.

Los laudos arbitrales de que se dispone pueden servir de índices, según esta concepción, para determinar si estamos en presencia de una costumbre. Cf. E. Gaillard, “Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journ. dr. int.*, t. 122, 1995, p. 16.

<sup>10</sup> Vid. J.B. RACINE, “Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, 2005, pp. 305-360.

<sup>11</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *REDI*, vol. LVII, 2005, pp. 605-637.

arbitraje nacional y arbitraje extranjero (3), arbitraje entre particulares y arbitraje entre Estados (4A), arbitraje comercial y arbitraje de inversiones (4B) arbitraje comercial y arbitraje en las Organizaciones internacionales de integración económica (5). Contradicciones para cuya solución es menester determinar con precisión en cada caso concreto el alcance de la internacionalidad (6).

## 2. Alcance de la dualidad arbitraje interno-arbitraje internacional

### A) Soluciones de carácter unitario

5. La dualidad extranjero internacional, predicable a los laudos arbitrales, tiene mucho que ver con los criterios que se adopten como punto de partida: si la delimitación se efectúa en base a criterios territoriales no cabe duda que tras esta construcción subyace una cierta imagen jurisdiccional, mientras que si se abandona el arquetipo de que el arbitraje se desarrolla en una especie de "jurisdicción privativa" de carácter anacional no habría inconveniente en entender la internacionalidad del arbitraje<sup>12</sup>. Muchas leyes de arbitraje parecen configurarse en torno a la idea de que existe un arbitraje nacional y otro extranjero, con base en el lugar en que se dicte el laudo y sería menester romper tal dualidad en favor de la expresada nacionalidad-internacionalidad. Quedarían incluidos en este último apartado aquellos arbitrajes "relativamente internacionales", esto es, dictados en el foro o no, de acuerdo a lo elegido por las partes, pero con importante factor de multiconexión.

El interés de un Estado en someter el arbitraje a normas obligatorias y al control de los jueces ha sido más intenso en relación con los litigios de naturaleza estrictamente nacional, pero sin llegar a una situación totalmente diferenciada<sup>13</sup>. La garantía de las normas internas de justicia procesal es un condicionamiento necesario para todo aquel sistema estatal que pretenda ser receptor de arbitrajes comerciales internacionales; y dichas normas incluyen por lo general la obligación por parte del árbitro de cumplir con diligencia su misión y ciertos controles para corregir tanto los errores como los excesos de autoridad en que éste puede incurrir. Por eso cada vez es más frecuente que el legislador interno se incline por reglamentar las relaciones entre los árbitros y los jueces sin tener en cuenta el eventual carácter internacional del arbitraje<sup>14</sup>. Si se quiere, no se considera mayor competencia la ofrecida por un arbitraje internacional que la que registra el arbitraje interno. Debe tenerse en cuenta, en lo que concierne a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, que muchas leyes de arbitraje de América Latina se inscriben en el marco de una tendencia legislativa favorable a una regulación unitaria de ambos aspectos, como una alternativa a una regulación dualista propia de los modelos francés e italiano en la que el arbitraje internacional es regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno. La posición unitaria toma como referente principal la Ley Modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 1985 (LMU); como es lógico, dado que se gestó en un organismo

---

<sup>12</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Art. 56", *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), Madrid, 1991, pp. 800-801; E. Artuch Iriberrí, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 29-30.

<sup>13</sup> C.M. SCHMITTHOFF, "The Jurisdiction on the Arbitrator", *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, 1982, pp. 285-288.

<sup>14</sup> P. LALIVE, "Le juge et l'arbitrage: Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 1980, pp. 358.

de codificación internacional, la LMU está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno pues le permite ser un espejo de prácticas uniformes y universales y no de usos locales y propios del país que la adopta, en un afán de encontrar principios básicos uniformes, independiente de la tradición jurídica imperante en cada país. No se trata de que ambas modalidades de arbitraje lleguen a coincidir plenamente, pues la distinción responde en muchas ocasiones a exigencias distintas del comercio, sino de que cada vez son más escasas las normas en las que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Por eso muchos sistemas nacionales han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino también para el arbitraje en general<sup>15</sup>.

La solución unitaria permite que, al margen de cuestiones muy específicas, el arbitraje interno y el internacional descansen en los mismos preceptos por más que semejante opción deje algunos cabos sueltos. Mientras en los arbitrajes “internos” es frecuente encontrar en las leyes de los Estados una reglamentación detallada de la asistencia del juez en las diversas etapas por las que discurre el arbitraje, cuando esta asistencia se proyecta hacia el arbitraje internacional aparecen numerosos vacíos legales que suelen producir una gran incertidumbre en el intérprete. Ello explica que, como tendremos ocasión de comprobar, en muchos países de América Latina, pese a tomarse como referente directo la LMU, se hayan inclinado por una regulación de carácter “dual” de manera expresa (Ley boliviana n° 1770, de 10 de marzo de 1997), se abstengan de pronunciarse sobre la cuestión (Ley brasileña n° 9307, de 23 de septiembre de 1996, Ley Ecuatoriana de 4 de septiembre de 1997; Decreto Ley n° 5 panameño de 8 de julio de 1999) o escindan la institución en dos cuerpos legales diversos con un objeto de mantener una continuidad en el desarrollo del arbitraje o “arbitramento” interno, cuya naturaleza sigue respondiendo a una concepción jurisdiccional de la institución (Chile o Colombia).

6. Una primera razón para contemplar favorablemente la solución unitaria reside en el hecho de que en un buen número de países de América Latina han adoptado la Ley modelo prácticamente en bloque, es decir, con todas o la gran mayoría de las disposiciones que ella contempla. Esta recepción suele venir acompañada de un tratamiento unitario como evidencia el art. 1415.1° del Código de comercio mexicano que extiende las disposiciones del Título Cuarto de este cuerpo legal (reproducción de la LMU) al arbitraje comercial nacional, y al internacional con la condición de que el arbitraje se lleve a cabo dentro de territorio nacional, salvo lo establecido en los tratados o convenciones internacionales en las que México sea parte y salvo también, lo dispuesto en otras leyes que “establezcan un procedimiento distinto que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje”. La complejidad del precepto puede aliviarse si tenemos en cuenta que, el art. 1416 confiere a las partes una amplia libertad y autonomía para decidir que el arbitraje se lleve a cabo en el extranjero, o bien, que sean estas reglas las que se apliquen, o que el arbitraje se realice en México y excluir estas reglas; por ello la condicionalidad en el sentido de que sea aplicable a arbitrajes que se realicen en territorio nacional es una referencia necesaria en una ley expedida por el legislador mexicano. Incluso, en el segundo párrafo de la misma disposición se indica qué artículos del

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, la regulación unitaria ha sido acogida con calor en la reforma de la Ley española de arbitraje de 2003.

Título Cuarto serán aplicables cuando el arbitraje se lleve a cabo fuera del territorio nacional<sup>16</sup>. Por descontado la determinación de la eventual internacionalidad del arbitraje es fundamental para delimitar el marco general de actuación de los árbitros y reviste especial relevancia tanto en los sistemas de carácter dualista como en los monistas toda vez que no sólo condiciona el ámbito de aplicación de ciertas disposiciones, sino limita el alcance de nociones como la del orden público y la de la arbitrabilidad de la controversia.

La solución que ofrece el art. 1 de la Ley de arbitraje de Guatemala de 16 de noviembre de 1995 es similar estableciendo la aplicación de muchos de sus preceptos aunque el arbitraje se desarrolle fuera del territorio nacional. También es la que se registra en el art. 21 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador de 21 de agosto de 2002 y en el art. 27 de la Ley de Conciliación y Arbitraje hondureña (Decreto n° 161/2000 de 17 de octubre).

7. Concretamente en Argentina, dentro de las distintas iniciativas destinadas a sustituir los viejos preceptos del CPCCN es obligado referirse, al margen de los dos proyectos de ley de arbitraje de 1991<sup>17</sup> de 1999<sup>18</sup>, al Proyecto que fuera presentado el 4 de abril de 2001 al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por ser claramente favorable a la solución unitaria que se decantaba por una perspectiva más liberal hacia la institución arbitral<sup>19</sup>. De esta suerte, los redactores tomaron como referente principal la LMU aunque realizando importantes avances respecto de ella, al introducir cuestiones y aportar soluciones que la doctrina, la jurisprudencia y la práctica arbitral habían desarrollado en los últimos quince años<sup>20</sup>. La Comisión redactora consideró que el tratamiento del arbitraje interno y del arbitraje internacional debería de tener un tratamiento unitario pues, en su opinión, no existían motivos suficientes que justificaran un tratamiento distinto. Esta tendencia ha sido reiterada en el otro Proyecto presentado al Parlamento en agosto de 2004, mucho más vinculado a la LMU<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> L. PEREZNIETO CASTRO, *Derecho internacional privado. Parte general*, 7ª ed., México, 1998, pp. 215-216.

<sup>17</sup> Elevado al Congreso el 31 de octubre de 1991, fue redactado, en el seno del Ministerio de Justicia, por Sergio Le Pera y regulaba el arbitraje interno y el internacional (*vid.* el texto en H.M. Leonardi de Hebón y S. Félstein de Cárdenas, *El arbitraje interno e internacional. Una mirada al futuro*, Buenos Aires, 1994, pp. 87-140).

<sup>18</sup> El Proyecto de 1999, del Poder Ejecutivo Nacional n° 281/99, elevado al Congreso de la Nación el 1 de junio de 1999, mensaje n° 577/99, fue elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia, que presentó el Anteproyecto el 3 de noviembre de 1998 y regulaba solamente el arbitraje interno.

<sup>19</sup> R.J. CAIVANO, "Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje", *La Ley* (Buenos Aires), año LVIII, n° 55, 18 de marzo de 1994, p. 4.

<sup>20</sup> M.B. NOODT TAQUELA, "Avances del proyecto de Ley argentina de arbitraje respecto de la Ley modelo de Uncitral", *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina - Liber amicorum Jürgen Samtleben*, J. Kleinheisterkamp y G. Lorenzo (coords.), Montevideo, 2002, pp. 719-741. El Proyecto 2001 fue redactado por la Comisión integrada por Roque J. Caivano, Alejandro Lareo, Sergio Le Pera, María Blanca Noodt Taquela, Orlando Ocampo, Ana I. Piaggi, y Víctor Zamenfeld. La Comisión Redactora presentó el Anteproyecto al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el 4 de abril de 2001 y la Exposición de Motivos el 2 de mayo de 2001. El Proyecto de la Presidencia de la Nación, tiene fecha del 31 de agosto de 2001.

<sup>21</sup> Ante la Cámara de Diputados de la Nación por los diputados C.A. Martínez y Falbo: n° 1071 -D-2004. [http://www.l.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2004/TP20042004\\_tp017.htm](http://www.l.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2004/TP20042004_tp017.htm).

Mayores dificultades se suscitan en Venezuela pero siempre conducentes al mismo resultado. Frente a lo dispuesto en el art. 1.3° LMU la Ley venezolana n° 36.430 de 1998 se abstuvo de dar una definición de arbitraje internacional; no obstante, la extinta Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de la Sala Político Administrativo de 9 de octubre de 1997 (“Embotelladora Caracas C.A. y Otras contra Pepsi-Cola Americana S.A.”), afirmó que “...los problemas relativos al arbitraje comercial internacional corresponden al campo del Derecho procesal civil internacional que, a su vez, constituye entre nosotros, una parcela específica de estudio del Derecho internacional privado...”<sup>22</sup>. Por otra parte la referida Ley de Arbitraje, reconoce en su art. 1, la prioridad de aplicación de las normas contenidas en tratados bilaterales o multilaterales, excluyendo el art. 62 de la Ley de Derecho Internacional Privado de su ámbito de aplicación todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional, lo cual según ella se regirá por las normas especiales que regulan la materia. En consecuencia, la Ley de Arbitraje Comercial regula tanto el arbitraje interno como el internacional, a pesar de que no está contemplado expresamente, unificando en un mismo cuerpo legislativo ambas instituciones.

## B) Soluciones de carácter dual

8. Los Estados de fuerte tradición arbitral, como Francia o Italia, que optaron por una regulación dualista no han cesado en una acción jurisprudencial con el objeto de convertir sus territorios en sedes seguras para la institución. En ocasiones es el criterio de la relación del asunto con el comercio internacional, en otras prevalece el criterio subjetivo; y también a veces, la aplicación de estos mismos criterios impide apreciar el carácter internacional en el asunto y son las normas internacionales quienes sufren la evicción. Habida cuenta que existe una regulación específica para el arbitraje privado internacional, esta debe aplicarse en todos los casos en que se observe un elemento de discontinuidad. En este sentido, podemos rechazar los criterios de aplicación, al menos en exclusiva de la normativa de inspiración internacional por las razones expuestas: el criterio de afectación a intereses del comercio internacional supone una cierta investigación del fondo del asunto en fases, tal vez, muy tempranas del procedimiento<sup>23</sup>. Es un criterio más, útil en última instancia, pero no puede ni debe ser el único. Por su parte, el criterio de la sede del arbitraje debe ser rechazado en bloque por lo que supone la judicialización del arbitraje; por supuesto que la normativa sobre arbitraje internacional se aplicará a los arbitrajes que se desarrollen en un Estado determinado, pero no únicamente. Así, por ejemplo, si un arbitraje se está desarrollando en París, es de desear que el juez de un Estado latinoamericano aplique normativa internacional a una posible excepción de incompetencia judicial, ante demanda presentada por la parte de la nacionalidad de ese Estado, renuente al arbitraje. Y también en caso de solicitud de medidas cautelares ante el dicho juez. No sólo, entonces, cuando la sede arbitral está en este Estado

---

<sup>22</sup> E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Aplicación judicial en Venezuela de los Convenios en materia de arbitraje comercial internacional (Comentario a la S CSJ de Venezuela de 9 de octubre de 1997)”, *RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 99-104.

<sup>23</sup> Esta expresión, que figura en el art. 1492 NCPC francés posee un doble alcance. De un lado, permite determinar la internacionalidad de un contrato o de un arbitraje y, de otro lado, la aplicación de las reglas materiales privativas del comercio internacional. *Vid.* P. Leboulanger, “La notion d’«intérêts» du commerce international”, *Rev. arb.*, 2005, pp. 487-506.

se aplicará tal normativa: también cuando, siendo internacional el arbitraje, se desarrolle fuera del mismo, pero entre en contacto con el foro.

Desde un punto de vista general puede concluirse la siguiente aproximación conceptual: ni en todos los casos conviene la internacionalización del asunto, ni la situación contraria; depende de los criterios que concurran en el caso concreto, analizados como un conjunto. A este respecto, la norma que más se acerca a la configuración del arbitraje internacional es el art. 1.3° LMU.

“Un arbitraje es internacional si:

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”.

Tanto los índices que utiliza para determinar la internacionalidad como la naturaleza de la propia LMU, constituyen correctas guías materiales para una interpretación funcional de las cuestiones sobre validez y eficacia del convenio arbitral. En el concreto ámbito de la internacionalidad, se intentó hallar una solución que abarcara la mayor parte de los supuestos, pero que asegurara la certeza del resultado. Se alcanzó mejor el primer objetivo que el segundo, pero la generalidad del enunciado del art. 1.3°, que propicia la aplicación de la específica legislación al arbitraje internacional inclinó la balanza en su favor y hoy constituye la versión definitiva. La polémica inclusión en el precepto de un margen de libertad para las partes en fijar la internacionalidad del supuesto debe ser entendida en sus justos límites; en efecto, no es posible deducir de ella la posibilidad de crear situaciones internacionales ficticias cuando no concurra ningún otro elemento objetivo de discontinuidad. Así, cuando la fijación de las circunstancias expuestas en los párrafos a) y b) reviste especial dificultad, puede ser útil la voluntad de las partes que, en este sentido cumple una función de interpretación *ex abundantia*.

9. Junto a la solución ofrecida por la Ley boliviana n° 1770, de 10 de marzo de 1997, resulta oportuno referirse al caso de Colombia donde el arbitraje está sometido a una reglamentación dual cuya compatibilidad ha llegado incluso a la Corte Constitucional. En concreto, la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional C-800/05 de 2 de agosto de 2005 (“Palacios Mejía, H. y Pinilla Vera, F.A.”) tuvo ocasión de pronunciarse acerca inconstitucionalidad derivada de la dualidad entre el laudo nacional y el trámite del exequátur en Colombia a propósito de un recurso de inconstitucionalidad contra una serie de disposiciones reguladoras del arbitraje interno en Colombia (art. 38 del Decreto 2279 de 1989 por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones, art. 72 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y art. 509 CPC). Los demandantes estimaban que las referidas disposiciones debían de ser declaradas inconstitucionales por omisión por

violar el postulado de igualdad contenido en los arts. 13, 9, 226 y 229 de la Constitución; y ello porque las omisiones que se registraban en las disposiciones impugnadas entrañaban, a su juicio, que los sujetos que no tienen acceso al arbitraje internacional y que resulten afectados con un laudo nacional, no pueden hacer valer en su favor ante los jueces colombianos, las leyes y disposiciones de orden público que hubieren sido desconocidas en ese laudo. Por el contrario, según los impugnantes, el art. 694 CPC que incorpora varias normas del Derecho internacional, sí permite a las personas que son parte en un arbitraje internacional, y que resulten afectadas con un laudo extranjero, que los jueces colombianos verifiquen su conformidad con las leyes y disposiciones de orden público nacional. La consecuencia no es otra, de acuerdo a este razonamiento, que las personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, que no tienen acceso al arbitraje internacional, están en desigualdad de condiciones frente a quienes por razón de sus negocios o relaciones personales, sí pueden ser parte en arbitrajes internacionales y ser sujetos de laudos extranjeros. Consideraban los impugnantes que la situación denunciada implicaba un desconocimiento en el orden interno de los principios del Derecho internacional, pues el art. 694 CPC al señalar que los laudos extranjeros se sometan al exequátur, no lo hace con el propósito de obstaculizar las relaciones internacionales de Colombia, sino que no era otra cosa que manifestación del respeto de la soberanía nacional expresada en la prevalencia de las leyes y disposiciones de orden público colombiano, sobre los laudos extranjeros. En su opinión tal diferencia normativa no estaba justificada ni era razonable, pues si era factible dejar sin efectos un laudo extranjero que se opusiera al orden público colombiano, no se podía hacer lo propio cuando el laudo fuese nacional. Los oponentes aducían también, al amparo del art. 229 de la Constitución que las disposiciones impugnadas obstruían el derecho a acceder a la administración de justicia para quienes resultan perjudicados por un laudo arbitral nacional que vulnera el orden público. Estas personas afectadas carecen de la facultad de oponerse a la ejecución de los laudos, en cambio, quienes desean oponerse a la ejecución de un laudo extranjero tienen la opción de presentar dentro del trámite del exequátur ante la Corte Suprema de Justicia, las razones que demuestran que hay contradicción en el laudo extranjero y las leyes y disposiciones internas de orden público.

La Corte se inhibió de emitir un pronunciamiento sobre la constitucionalidad precisando que una cosa es un laudo arbitral nacional y otra un laudo no nacional y el trámite del exequátur. El primero, se rige por la Ley 446 de 1998 y normas complementarias, y el segundo, por la Ley 315 de 1996 "Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones". A su vez, en el procedimiento relacionado con los laudos no nacionales está previsto que deben someterse al trámite del exequátur, regulado en los arts. 693, 694 y 695 del CPC. Hay que recordar que los laudos arbitrales proferidos en el exterior, por razones de soberanía del Estado, en principio, no tienen valor en el país. Sin embargo, como es suficientemente sabido, esto afectaría en materia grave las relaciones internacionales, por lo que el legislador previó un sistema que permite, por vía de excepción, conceder efectos jurídicos a decisiones emitidas fuera del país, mediante la figura del exequátur. De lo anterior, salta a la vista con claridad que los demandantes plantearon la supuesta omisión legislativa relativa con base en la comparación de dos regímenes jurídicos diferentes, sobre los cuales no es posible formular un cargo de violación del principio de igualdad: el laudo nacional y el trámite del exequátur.

La dimensión interna del arbitraje está contemplada en Colombia por el Decreto 2279, de 7 de octubre de 1989, por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones, cuya regulación tampoco ha estado exenta de

avatares de inconstitucionalidad, que motivó modificaciones parciales como la producida por la Ley 23 de 1991. Por su parte, la Ley 315 de 12 de septiembre de 1996 reguló por primera vez el arbitraje internacional; posteriormente el Decreto n° 1818 de 7 de septiembre de 1998 compiló todas las normas sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos, repitiendo las normas de la Ley 315 y adicionándolas en forma no técnica con la repetición de la Ley 167 de 1996 que aprueba el Convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados<sup>24</sup>.

10. La misma solución fue adoptada el Perú a través de la Ley n° 26572, General de Arbitraje, aunque no fue una opción pacífica. Un sector de operadores jurídicos consideraba que era más conveniente una regulación unitaria fundamentando su posición principalmente en la simplicidad y en el hecho de que las normas sobre arbitraje debían ser idénticas, sin importar la calidad de “nacional” o “internacional” de la controversia. No obstante, otro sector mayoritario consideró más conveniente dividir la temática del arbitraje en nacional e internacional, no porque considerasen que ambos tipos de arbitraje requerían de reglas de juego distintas, sino por razones eminentemente prácticas; esencialmente que las normas sobre arbitraje internacional contenidas en la LGA pretendían fundamentalmente atraer hacia el Perú la práctica del arbitraje entre domiciliados en el extranjero y en tal sentido resultaba mucho más sencillo para un domiciliado en el extranjero saber que la Ley de arbitraje peruana reproduce prácticamente en toda su extensión la LMU, lo que permite conocer de antemano las reglas de juego<sup>25</sup>. De esta suerte, la Ley General de Arbitraje (Ley n° 26572 de 1998) ha dividido en dos secciones la normatividad sobre la institución arbitral, distinguiendo entre la sección nacional y la sección internacional estableciendo criterios propios para el desarrollo de cada una de ellas; así por citar alguna diferencia se establece en la sección que corresponde al arbitraje nacional que si las partes que han suscrito un convenio arbitral no han señalado que tipo de arbitraje consideran apropiado para resolver sus controversias, la ley presume que desean un arbitraje de equidad o de conciencia, mientras que en el arbitraje de carácter internacional el criterio del legislador señalado en dicha sección es presumir que las partes desean un arbitraje de Derecho.

Las diferencias significativas existentes entre el arbitraje nacional y el arbitraje internacional son las siguientes. En cuanto a la ejecución del convenio arbitral en el arbitraje nacional, si el arbitraje es institucional y las Partes han pactado un arbitraje *ad hoc*, y si además todos los árbitros no son designados, habrá que acudir, dependiendo de los casos, al juez, mientras que en el arbitraje internacional, corresponderá solicitar el apoyo correspondiente a cualquier institución arbitral ubicada en el lugar donde deba realizarse el arbitraje o de las ubicadas en Lima, a elección del interesado, sin necesidad de recurrir al Poder Judicial. El arbitraje nacional es el único en el que se encuentran regulados supuestos de incompatibilidad para desempeñar la función de árbitro, distintos a las causales de recusación. En el arbitraje internacional no se contemplan tales supuestos. En el arbitraje internacional entre partes que no sean de nacionalidad peruana o que no domicilien o no tengan su residencia habitual en el

---

<sup>24</sup> F. MANTILLA SERRANO, “La nouvelle législation collombienne sur l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1992, pp. 41 ss.

<sup>25</sup> F. CANTUARIAS S., “¿Ha sido correcta la decisión de que la Ley general de arbitraje regule dos tipos de arbitraje: nacional e internacional?”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, noviembre 2004.

Perú, la ley contempla de manera específica la renuncia expresa a la interposición del recurso de anulación o su limitación a algunas causales. Este recurso procede contra laudos, y tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Existencia de artículos propios en el arbitraje internacional sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Además, existe una disposición que establece la primacía de los tratados multilaterales o bilaterales vigentes en relación con las disposiciones que norman esta clase de arbitraje.

11. En Chile, donde se ha optado también por un sistema dualista la discusión no se produjo en estos términos, sino en lo arraigado del arbitraje en importantes sectores jurídicos y en la peculiar concepción que el Código de Procedimiento Civil mantiene acerca del juicio de árbitros. Para los operadores jurídicos chilenos las razones que existieron en otros países como España para adoptar una metodología unitaria no se justificaban en absoluto en Chile, como lo evidencian más de cien años de aplicación de legislación arbitral, que ha cumplido con extraordinaria eficiencia sus objetivos en el plano interno y no existe una razón convincente para modificarla. La técnica seguida por los redactores de la Ley n° 19971 de 2004 sobre Arbitraje Comercial Internacional, que fija procedimientos para la resolución en Chile de controversias comerciales a nivel internacional, permite la coexistencia separada entre esta disposición y el tradicional sistema de arbitraje interno del Código de Procedimiento Civil y del Código Orgánico de Tribunales, ha sido para los operadores jurídicos chilenos, la correcta<sup>26</sup>.

### 3. Arbitraje nacional y arbitraje extranjero

12. El arbitraje nacional presupone un acuerdo de las partes cuyos elementos presentan una conexión única con un determinado Estado: fondo del litigio, nacionalidad de las partes y del árbitro, Derecho aplicable y lugar donde se efectúa el arbitraje. La noción de arbitraje extranjero se opone, en principio, a la del arbitraje nacional, siendo definida por el núm. 1 del Protocolo de Ginebra de 1923 sobre cláusulas de arbitraje como la solución “entre partes sujetas, respectivamente, a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes” con el problema subsiguiente de si se trata de nacionales de Estados diferentes o de personas sometidas a la competencia de tribunales de Estados distintos. Por el contrario, el art. I.1° de la Convención de Nueva York de 1958 (CNY) califica como sentencia arbitral extranjera la dictada “en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias”. En definitiva existe un sentido “relativista” de esta cuestión: arbitraje extranjero sería aquel que es nacional a los ojos de un Estado e internacional a los ojos de otro Estado distinto.

Sin embargo, no han faltado autores que han juzgado insuficientes los criterios de la nacionalidad de las partes y del lugar donde se desarrolla el arbitraje, añadiendo el dato de la ley que rige el procedimiento y el fondo del litigio sometido a solución arbitral. Es más, la conexión del lugar donde se realiza puede ser equívoca, si la voluntad de las partes ha sido someter el arbitraje a una determinada ley, lo que implicaría tener en cuenta la voluntad

---

<sup>26</sup> G. BIGGS B., “Arbitraje comercial internacional. Una tarea pendiente”, *Revista del Abogado* (Colegio de Abogados de Chile), n° 30, abril de 2004; E. Picand Albónico, *Arbitraje comercial internacional*, t. I, Santiago, 2005, pp. 272 ss.

implícita o explícita de las partes. Dicha posibilidad hace quebrar en cierto modo la tesis de la “objetividad” del elemento extranjero característica del Derecho internacional privado. Sin embargo, es conveniente precisar que dicha posibilidad no es predicable en términos absolutos. Sólo presenta cierta operatividad en materias que, como el arbitraje, ofrecen un elevado nivel de internacionalización. Precisamente son los supuestos del comercio internacional los que permiten esta acción a la autonomía de la voluntad de las partes, y es lógico que la importancia del elemento de extranjería se difumine en aquellos casos en que la propia realidad de la situación aboga por una perspectiva menos rígida, abierta a las necesidades del comercio internacional a través de la proyección del principio de la autonomía de la voluntad.

Por otro lado, el calificativo de “internacional” del arbitraje pretende evitar cualquier relativismo presente en la noción de extranjería y subrayar la autonomía del arbitraje respecto a los distintos sistemas jurídicos nacionales, tal como viene propugnando la CCI desde 1955 y refleja la Convención de Ginebra de 1961 (CG)<sup>27</sup>. Cabe empero una interpretación más maximalista de la noción de arbitraje internacional, en la que lo “internacional” no se obtiene combinando lo interno, sino que resulta independiente de lo estatal y ello en base a dos vías distintas. En primer lugar, por la sumisión del arbitraje al “Derecho transnacional” o a los principios generales del Derecho, comunes a todos los Estados, tal como hicieron Lord Asquith of Bishopstone en el asunto “Abu Dhaby” o R.J. Dupuy en el asunto de la “Texaco/Calasiatic c. Gobierno Libio”. En segundo lugar, a partir de un reforzamiento de la denominada “sociedad internacional de comerciantes” y una relevancia absoluta a la autonomía de los particulares. No obstante, frente a tal posibilidad la mayor parte de la doctrina ha reaccionado negativamente; en efecto, la *lex mercatoria* en la sociedad internacional de comerciantes es aún incompleta, como para prescindir del todo de los sistemas jurídicos nacionales, siendo además dependiente del poder estatal el mecanismo básico de ejecución de las sentencias arbitrales.

13. La ausencia de la definición, en una determinada Ley nacional, de la internacionalidad del arbitraje, no significa ausencia de concepto. La CNY y la CG incluyen las nociones de no-nacionalidad y de internacionalidad en sus respectivos ámbitos de aplicación. Sin embargo, el rechazo de la calificación como extranjero de un elemento cualquiera del arbitraje es una cuestión metodológica. Por eso no parece procedente utilizar el habitual análisis de los criterios de relevancia del elemento extranjero para determinar su internacionalidad, porque volveríamos a introducir el factor de relatividad que rechazamos. Ninguno de estos criterios es, en sí mismo y por separado, determinante de la nacionalidad o no del arbitraje. Así, si un convenio arbitral prevé un procedimiento en un determinado Estado, no es, necesariamente nacional; pero tampoco un convenio que prevea arbitraje en Londres es, por ese mero hecho, internacional, aunque el laudo sí será extranjero. Los elementos aparecen entremezclados constantemente: en cada caso es necesario preguntarse si la internacionalidad del supuesto

---

<sup>27</sup> Concretamente el art. I.1° de este último instrumento extiende su campo de aplicación “a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubiesen sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes”. De esta suerte, el Convenio combina un elemento objetivo, “operaciones de comercio internacional”, con un elemento subjetivo “residencia habitual, domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes”.

justifica un régimen especial. Si todos los elementos de un convenio arbitral no pertenecen a un mismo sistema jurídico estamos ante un arbitraje internacional. Esta formulación general puede ser la base de la ampliación de criterios en dicho país.

El CNY 1958 no definió el arbitraje internacional, quedándose en la delimitación de qué es laudo extranjero; pero es cierto que dejó la puerta abierta a la inclusión en su ámbito de cualquier otra sentencia que no sea considerada nacional en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución (art. I.1, *in fine*). Sin embargo, no llegamos muy lejos en la determinación de la internacionalidad por esta vía: será convenio arbitral extranjero, desde un punto de vista estrictamente territorial, el que prevea un arbitraje fuera del territorio nacional; de la legislación de cada Estado depende que el convenio arbitral que prevea un procedimiento dentro de su territorio sea nacional o no. La cuestión de la internacionalidad, aunque supone una considerable dosis de dogmatismo, no es un entretenimiento teórico. El arbitraje que pretenda llevarse a cabo en determinado Estado se encontrará con varios obstáculos si no es considerado internacional: todos los que supone la aplicación de una normativa que no es la que corresponde, y que no responde a su finalidad. Las decisiones más abundantes en los países que no son sede habitual de arbitrajes internacionales, son las de reconocimiento de laudos “extranjeros”. En estos casos, aunque la no-nacionalidad del asunto aparece expresada, la confusión en la aplicación de regímenes de reconocimiento, entre sentencias judiciales y arbitrales es enorme, con contadas excepciones. Por ejemplo, como en otros muchos Estados, la jurisdicción argentina ha sido en una época tradicionalmente reacia al cumplimiento de los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero. Resulta significativa, a este respecto, la Resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, de 21 de abril de 1971 (“Schnabel Gaumer y Co. / Sepselon, E.”) que revocó una sentencia de primera instancia que había acordado el exequátur de un laudo arbitral pronunciado en Alemania, con el argumento de que el juez alemán no había otorgado la declaración de ejecutividad. Como pusiera de relieve A. Boggiano en una severa crítica del fallo: “no deja de implicar una extraña paradoja advertir que si se pidiese el reconocimiento de la sentencia arbitral extranjera, y no su ejecución... habría que reconocerla incuestionablemente. Pero ‘reconocida’ la sentencia arbitral extranjera en Argentina ha de equipararse a una sentencia arbitral argentina. Y entonces cabría ejecutarla según el Derecho procesal argentino”<sup>28</sup>.

#### **4. Arbitraje comercial transfronterizo y otras modalidades de arbitraje internacional**

##### **A) Arbitraje entre Estados**

14. Una involucración frecuente es la de estudiar al lado del arbitraje comercial internacional figuras que pese a tener un tronco común desde la perspectiva procesal y por el hecho de que interviene un tercero en la solución de la controversia, ofrecen notables diferencias de contenido y alcance. Hasta ahora hemos estudiado un procedimiento internacional de arreglo de controversias que se fundamenta en la voluntad de las partes, que se desarrolla a través de un procedimiento de carácter privado y que culmina con una decisión final que posee un carácter ejecutorio respecto de los derechos y obligaciones de las partes. No es extraño, sin

<sup>28</sup> Cf. A. BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., t. II, Buenos Aires, 1991, pp. 1085-1087.

embargo, observar el tratamiento conjunto de una figura totalmente ajena a la que estamos estudiando: el arbitraje de Derecho internacional público o, más propiamente, el “arbitraje internacional” sin ningún otro calificativo. Se trata de una institución totalmente diversa del arbitraje comercial internacional, señaladamente en lo que concierne a las partes implicadas, pues involucra únicamente a sujetos de Derecho internacional y a las normas aplicadas por los árbitros, que pertenecen a este último ordenamiento<sup>29</sup>. Si bien inicialmente las partes contendientes eran sólo los Estados, en la actualidad la evolución de la sociedad internacional ha obligado también a las organizaciones internacionales, en función de la capacidad de éstas para celebrar compromisos y ejercer acciones ante un tribunal internacional, lo que se hace extensivo al procedimiento arbitral. Asimismo, en estas modalidades de arbitraje, el Derecho aplicado por el árbitro es el Derecho internacional público pero aunque ésta sea la regla general, las partes pueden convenir expresamente que la controversia sea resuelta por aplicación de la equidad.

El arbitraje internacional para la solución de controversias entre Estados fue el primer mecanismo de resolución pacífica de controversias, después de la natural negociación diplomática y previo a la histórica lógica de las guerras. Su época de oro fue en el siglo XIX y la primera mitad de XX. Dentro de los modos de arreglo pacífico de controversias internacionales, el arbitraje en el Derecho internacional público es un procedimiento jurisdiccional que históricamente ha tenido un papel preeminente en la solución de conflictos; sus normas reguladoras fueron codificadas por primera vez en las Convenciones de La Haya sobre arreglo pacífico de conflictos internacionales de 1899 y 1907. Dichas convenciones establecieron que “el arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto al Derecho... El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral”. Nos hallamos, pues, ante un procedimiento que tiene por objeto resolver con carácter definitivo y obligatorio las controversias entre sujetos de Derecho internacional, mediante órganos por ellos elegidos, ya sea por aplicación del Derecho internacional público o, en su caso, por consideraciones de equidad. Esta modalidad descansa, pues, en el consentimiento de los Estados, como consecuencia del carácter voluntario de la jurisdicción internacional existiendo varias fórmulas para expresar ese consentimiento; la controversia es sometida a un tercero imparcial que puede ser un árbitro único o un órgano colegiado; la sentencia dictada es definitiva y obligatoria para las partes, poniendo fin al litigio.

En lo que concierne a los sujetos del arreglo arbitral, si bien inicialmente eran sólo los Estados, en la actualidad la evolución de la sociedad internacional exige incluir también a las organizaciones internacionales, dada la capacidad de éstas para concluir compromisos y ejercer acciones ante un tribunal internacional. En estas modalidades de arbitraje, el Derecho aplicado por el árbitro es el Derecho internacional público pero aunque ésta sea la regla general, las partes pueden convenir expresamente que la controversia sea resuelta por aplicación de la equidad<sup>30</sup>. Con independencia del proceso de “judicialización” que experimenta esta institución, las ventajas que ofrece frente al recurso a la CIJ son comúnmente conocidas y no eclipsan sus eventuales debilidades<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> L. OLAVO BAPTISTA, “Arbitraje internacional, público y privado”, *Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Operti Badán*, Montevideo, 2005, pp. 62-65.

<sup>30</sup> M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “Arbitraje: Derecho internacional público”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, 1995, pp. 538-540.

<sup>31</sup> A.G. LÓPEZ MARTÍN, “Judicialización y sectorialización del Derecho Internacional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XI, 2001/2002, pp. 145-175, esp. pp. 152-155.

15. Esta tendencia del Derecho internacional general encontró una importante acogida en América Latina<sup>32</sup>. Baste retener el Congreso Bolivariano de 1883 donde se suscribió un Protocolo en el cual se reconocía el arbitraje como el mejor medio para resolver las controversias internacionales, consagrando el principio del *uti possidetis iuris* y condenando el derecho de conquista. Posteriormente, a iniciativa e invitación formulada por el Gobierno de los EE UU, a los diferentes gobiernos de las Repúblicas Americanas, se celebró una Conferencia en Washington, del 2 de octubre de 1889 al 19 de abril de 1890, a la que se le dio el nombre de “Primera Conferencia Interamericana o Internacional Americana” dentro de cuyas finalidades estuvo la adopción de un plan de arbitraje para el arreglo de los desacuerdos y cuestiones que pudieran suscitarse en el tiempo entre ellos. En este contexto y a escala regional se suscribió el Tratado general de arbitraje interamericano de 1929 entre los Gobiernos de Venezuela, Chile, Bolivia, Uruguay, Costa Rica, Perú, Honduras, Guatemala, Haití, Ecuador, Colombia, Brasil, Panamá, Paraguay, Nicaragua, México, El Salvador, República Dominicana, Cuba y Estados Unidos de América, representados en la Conferencia de Conciliación y Arbitraje reunida en Washington conforme a la Resolución aprobada el 18 de febrero de 1928, por la Sexta Conferencia Internacional Americana celebrada en la Ciudad de La Habana. A través de este instrumento internacional los Estados parte se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias de carácter internacional que hayan surgido o surgieren entre ellas son motivo de la reclamación de un derecho formulada por una contra otra en virtud de un tratado o por otra causa, que no haya sido posible ajustar por la vía diplomática y que sea de naturaleza jurídica por ser susceptible de decisión mediante la aplicación de los principios del Derecho. Dentro de las cuestiones de orden jurídico que consideran incluidas están, con carácter general, aquellas que atañen a cualquier cuestión de Derecho internacional público y, con carácter específico, materias tales como la interpretación de un tratado; la existencia de todo hecho que si fuere comprobado constituiría violación de una obligación internacional; o, la naturaleza y extensión de la reparación que debe darse por el quebrantamiento de una obligación internacional. Quedan, sin embargo, exceptuadas de las estipulaciones de este tratado las controversias comprendidas dentro de la jurisdicción doméstica de cualquiera de las Partes en litigio y que no estén regidas por el Derecho internacional; y las que afecten el interés o se refieran a la acción de un Estado que no sea Parte en este tratado.

16. Ahora bien, la evolución de la sociedad internacional ha producido una nueva litigiosidad entre Estados y Organizaciones internacionales, de un lado, y particulares, de otro a partir de la inclusión de cláusulas de arbitraje en virtud de las cuales las partes sustraen a la jurisdicción nacional el contrato y las controversias relativas a su interpretación y ejecución. En aplicación de estas cláusulas arbitrales tuvieron lugar importantes contenciosos, hasta el punto de que en el referido asunto “Texaco Overseas Petroleum Company / Gobierno de la República Árabe de Libia” el árbitro único R.J Dupuy propugnó la internacionalización de los contratos celebrados entre personas internacionales y personas privadas en base a tres criterios: la referencia a los principios generales del Derecho, la inserción de una cláusula de arbitraje y el carácter de acuerdos de desarrollo económico<sup>33</sup>. Nos hallamos ante controver-

<sup>32</sup> F.J. URRUTIA, *La evolución del principio de arbitraje en América. La Sociedad de Naciones*, Madrid, 1920, 298 pp.

<sup>33</sup> *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 363 ss; y nota de J.F. Lalive, “Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privés étrangères”, *ibid.*, pp. 319-349; F. Rigaux, “Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978, pp. 435-459.

sias que, con independencia del carácter heterogéneo de los sujetos, están sometidas al Derecho internacional público, lo que las aleja, en rigor, de las privativas de las transacciones privadas internacionales. Una cosa es el reconocimiento a los entes privados de una capacidad funcional para ejercitar los derechos derivados de un contrato internacionalizado concluido por ellos, y otra muy distinta concederles personalidad jurídica internacional plena, razón por la cual los arbitrajes en que estos entes privados participen no pertenecen a la esfera del arbitraje comercial internacional ni tampoco al arbitraje privativo del Derecho internacional público, esto es, entre sujetos de Derecho internacional general<sup>34</sup>.

## B) Arbitraje de inversiones

17. Es bien sabido que existe otra modalidad arbitral que ha adquirido un desarrollo sin precedentes en América Latina: el arbitraje en materia de inversiones, cuya puesta en marcha tiene un carácter eminentemente unilateral. De ahí que un sector doctrinal le denomine “arbitraje transnacional unilateral”, con una referencia casi exclusiva a los arbitrajes sobre inversiones: frente al arbitraje comercial, que tiene un fundamento consensual plasmado en el compromiso arbitral, el arbitraje de inversiones reposa en un tratado internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista; las circunstancias aludidas dan otro calificativo a la institución que estamos estudiando: “arbitraje sin vínculo contractual”. Ello comporta un elemento diferencial importante: que en la mayor parte de los contenciosos sobre inversiones una de las cuestiones protagonistas en la labor de los árbitros es la verificación de si los demandantes pueden acogerse a esta modalidad arbitral lo que obliga, inexorablemente, a un pronunciamiento previo en torno a la noción de inversión y a la nacionalidad del inversor, cuestiones que son ajenas al arbitraje comercial convencional. Otro elemento diferencial concierne a la confidencialidad, consustancial en el arbitraje comercial, que cede en los arbitrajes en materia de inversiones a exigencias de publicidad y transparencia, admitiendo la participación de los denominados *amici curiae* en las deliberaciones ante los árbitros<sup>35</sup>. Por último, ambas modalidades arbitrales se diferencian en que los laudos en el arbitraje unilateral están contruidos a partir del Derecho internacional público, con independencia de que éste pueda hacer remisión al Derecho interno de un determinado Estado, en tanto que en el arbitraje comercial los laudos derivan directamente de las previsiones realizadas por las partes en orden al Derecho que debe ser aplicado<sup>36</sup>.

18. Aunque el objetivo primordial sobre los que se asientan los APPRI es servir de incentivo a nuevas inversiones la gran mayoría de ellos no sólo amparan las inversiones futuras sino que alcanzan a las ya realizadas antes de su entrada en vigor. Para ello establecen un marco legal que facilite una empresa y asegure una pronta compensación en caso de expropiación y en consecuencia para el país receptor de capital extranjero es una importante condición previa para los inversores de los países desarrollados a la hora de invertir. Y dentro de este marco figuran los procedimientos de solución de controversias, aspecto que posee

---

<sup>34</sup> M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *El arbitraje internacional en la práctica convencional española (1794-1878)*, Oviedo, 1982, pp. 47-59.

<sup>35</sup> F. ORREGO VICUÑA, “El arbitraje en un nuevo sistema internacional...”, *loc. cit.*, p. 452.

<sup>36</sup> Vid. A. PRUJINER, “L’arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel?”, *Rev. arb.*, 2005, pp. 63-99.

una relevancia especial ya que en el sistema incluido en gran parte de los tratados de inversiones si bien en una primera instancia se prevé que se pueda recurrir a tribunales competentes del país en el cual está asentada la inversión externa, se abra la vía de designar a un órgano arbitral si el tribunal local no se decidió sobre el fondo de la controversia durante un determinado período o si existe esa decisión del tribunal pero la controversia subsiste entre las partes. Se suele demandar al Estado receptor de la inversión ante un organismo arbitral, legitimando una instancia supranacional. Esto implica en la práctica que para la defensa de los intereses de los inversores externos en relación con actos de gobierno vinculados con las inversiones hechos, éstos tienen libertad para acudir a instancias arbitrales demandar directamente a un Estado por eventuales perjuicios. Esta es una novedad introducida por los tratados de inversiones, ya que anteriormente los inversores externos no tenían legitimidad para reclamar, y sólo lo podían hacer a través de vías diplomáticas y por las acciones que podían implementar sus Estados de origen. En consecuencia, la posibilidad de sometimiento a arbitraje si se deriva una controversia de la inversión abre una nueva realidad en las relaciones transfronterizas que empieza a ocupar una buena parte de la labor de las referidas instituciones arbitrales y que ofrece perspectivas ilimitadas junto al desarrollo del modelo tradicional del arbitraje comercial internacional.

Dejando a un lado los mecanismos previstos por los APPRI para la resolución de controversias entre los Estados parte surgidas en tomo a la interpretación o alcance de los mismos, por pertenecer al ámbito del Derecho internacional público su estudio, conviene, sin embargo, precisar que las controversias sobre inversiones entre un Estado contratante y el inversor nacional del otro Estado contratante de la totalidad de los modernos APPRIS insertan el arbitraje internacional como el mecanismo básico de solución de estas controversias, refiriéndose de manera primordial al arbitraje institucional (del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, con sede en Washington, de la Cámara de Comercio Internacional de París, de la Cámara de Comercio de Estocolmo y de otras instituciones arbitrales internacionales) o al arbitraje *ad hoc*, desarrollado con arreglo a determinadas reglas arbitrales preexistentes (fundamentalmente de la Uncitral). La remisión de las controversias a este tipo de mecanismos supone una cierta ventaja para el Estado en litigio al permitirle “juridizarlo” evitando la politización inherente a los procedimientos clásicos de la protección diplomática. Por ejemplo, el art. 27 del Convenio de Washington de 1965 establece con rotundidad que en caso de que el procedimiento se haya iniciado en el CIADI, los países involucrados deberán abstenerse de ejercer cualquier protección diplomática en favor de su inversionista.

19. Desde su creación el objetivo fundamental del Banco Mundial ha sido fomentar el crecimiento económico y el desarrollo social de los países en vías de desarrollo mediante la canalización de recursos financieros y la transferencia del conocimiento especializado. Requisito importante para cumplir con esta tarea, es contar con un clima propicio para la inversión privada. En este contexto, al comienzo de su historia se le requirió al Banco, con creciente frecuencia, que facilitara el arreglo pacífico de las controversias que se suscitaban entre los inversionistas y los Estados. La idea rectora fue la de fomentar una atmósfera de confianza mutua, mediante la creación de una institución neutral para la resolución de diferencias en materia de inversiones que contribuyera a crear el clima propicio para el incremento de la inversión privada. Surgió así la Convención de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados suscrita el 18 de marzo de 1965, y el Centro internacional creado bajo su amparo (CIADI) ha resultado crucial en el campo de la resolución de controversias sobre inversión extranjera, por la vía del arbitraje, que involu-

cran a un Estado latinoamericano y a un inversionista de otro país. La importancia de esta posibilidad de arreglo arbitral resulta todavía más evidente si se analiza el enorme crecimiento del número de casos arbitrales concluidos o actualmente promovidos ante el CIADI que involucran a lo menos una parte latinoamericana, lo cual revela la aplicación real y práctica de dicha convención a disputas que involucran a países del continente. En los últimos 40 años, el CIADI se ha convertido en el principal foro arbitral a escala mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados. Ello se debe en gran medida al gran número de Estados se han incorporado al sistema o al “mecanismo complementario” que abre las puertas al CIADI a aquellos países que no han incorporado al Convenio, como Canadá y México<sup>37</sup>.

La diferencia esencial del arbitraje del CIADI de la generalidad de los arbitrajes comerciales radica en la completa autonomía e independencia del procedimiento. Las reglas de arbitraje del CIADI derivan directamente de un tratado internacional y por tanto tienen total autonomía de cualquier Derecho nacional y esta “anacionalidad” se manifiesta en la ausencia de control por parte de los tribunales nacionales siendo irrelevante tanto el lugar donde se realice cada arbitraje en particular como el Estado en cuyo territorio debe ejecutarse el eventual laudo. No obstante esta modalidad está planteado una reticencia creciente en algunos Estados del área acerca de su constitucionalidad, contándose con pronunciamientos favorables de las Cortes Constitucionales<sup>38</sup>.

20. La hostilidad a la institución arbitral que se registra en América Latina se proyecta de manera casi exclusiva sobre las modalidades de arbitraje apuntada y no sólo es fruto de épocas pasadas, sino que ha conservado una cierta continuidad<sup>39</sup>. Ha sido menester, en efecto, la superación de una serie de reticencias de origen histórico que apuntan a otro tipo de arbitrajes distintos de los comerciales, pero que han sido asociados a éstos; son reproches que se remontan a la época del colonialismo europeo en los complejos albores de la independencia. Su origen fueron reclamaciones de muy distinta entidad por parte de EE UU y de algunos Estados europeos, basadas en reparaciones por daños sufridos en la propiedad de sus nacionales que se elevaron a tribunales arbitrales internacionales y se tradujeron en fallos desfavorables por los cuales los países del área debieron pagar importantes indemnizaciones que, incluso, repercutieron en la configuración de sus territorios. Por contra, si el fallo arbitral resultaba favorable a un país latinoamericano, los deudores lo incumplían impunemente<sup>40</sup>, con la ineficacia de la institución. Pese a la existencia de una tendencia a exigir siempre que la responsabilidad de los Gobiernos se persiguiese ante los tribunales nacionales, hasta el total agotamiento de los recursos internos, los países del

---

<sup>37</sup> Vid. F. GONZÁLEZ DE COSSIO, “México ante el Centro internacional para el arreglo de diferencias de inversión. Un comentario”, *Revista de Derecho Privado* (México), n° 1, enero-abril, 2002.

<sup>38</sup> J. A. GRAHAM, “¿Donde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 15, 2004, pp. 147-165; B. Pallarés, “Los Tratados de promoción y protección de inversiones en el Derecho argentino. Un esquema de trabajo”, *ibid.*, pp. 179-183.

<sup>39</sup> H.A. GRIGERA NAÓN, “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility”, *Arbitration International*, 1989, vol. 5, n° 2, pp. 146-148.

<sup>40</sup> E. LAGOS VALENZUELA, “El arbitraje internacional de América”, *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de Chile), vol. IV, enero-diciembre, 1938, núms. 13 a 16.

área no pudieron impedir la sumisión de reclamaciones a tribunales arbitrales internacionales, mediante convenios especialmente celebrados cuando la gravedad de las circunstancias o el volumen de las reclamaciones lo justificaba. Ello produjo no solo un importante volumen de jurisprudencia arbitral sobre la responsabilidad del Estado sino la consolidación de doctrina regional refractaria que condujo al sometimiento de las compañías extranjeras a la acción de la jurisdicción ordinaria, con la relativa renuncia a ulteriores reclamaciones diplomáticas. Indudablemente se trata de un trauma histórico vinculado con la difusión de la “cláusula Calvo”. Aunque debe tenerse en cuenta que Calvo no adoptó una posición adversa a la sujeción al arbitraje internacional de las controversias originadas en reclamaciones por parte de extranjeros, concentrándose su doctrina en el rechazo de la fuerza armada como mecanismo de atender reclamos privados, lo que no excluía la posibilidad de resolverlos a través del arbitraje<sup>41</sup>. Una huella de este pensamiento se registró en el primitivo rechazo de los Estados de América Latina hacia la Convención de Washington de 1965<sup>42</sup>.

No es el momento de entrar en la polémica acerca de las bondades o maldades del “sistema CIADI”, pero sí el de aprovechar la ocasión para denunciar que muchas de las críticas que se han realizado contra el mismo han repercutido en la propia consideración de la denominada “cultura arbitral” centrada en el arbitraje comercial internacional. No es que esta última institución esté exenta de críticas, pero no resulta procedente involucrarla en otra muy distinta que tiene su propia vida jurídica.

### 5. Arbitraje comercial y arbitraje en las Organizaciones internacionales de integración económica

21. Al margen de que los Estados mercosureños hayan optado por el arbitraje para resolver sus controversias interestatales, también en la conformación del Mercosur, la cuestión de los métodos alternativos de solución de controversias comerciales entre particulares ha sido una de las que ha recibido una aprobación casi unánime y sobre la que se han vertido mayores esfuerzos para desarrollar y fortalecer a los organismos institucionales de ámbito regional y subregional<sup>43</sup>. Cabe preguntarse si los procesos de integración económica regional favorecen o no el desarrollo del arbitraje comercial en el ámbito de los Estados parte. Es decir,

---

<sup>41</sup> Cf. H. GRIGERA NAÓN, “Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks”, *Arbitration International*, vol. 21, n° 2, 2005, pp. 134-135. Vid. en la práctica de los EE UU el asunto “North Am. Dredging Co. of Texas v. United Mexican States, United States-Mexican”, Claims Commission, 1926, 4 UNRIAA, 26 (1926) en H.J. Steiner y D.F. Vagts, *Transnational Legal Problems: Material and Texts*, 3ª ed., Mineola, N.Y., 1986, pp. 553 y 557-561.

<sup>42</sup> Los Estados de América Latina rechazaron en un primer momento suscribir la Convención del CIADI a través de una posición común conocida como el “no de Tokio”. Vid. M.M. Moore, “International Arbitration between States and Foreign Investors: The World Bank Convention”, *Stanford Law Review*, vol. 18, 1965-1966, p. 1376, pp. 1359-1380; P.C. Szasz, “The Investment Disputes Convention and Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, 1971, pp. 256-265; A.F. Abbott, “Latin American and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification”, *Harvard International Law Journal*, vol. 17, 1976, p. 131.

<sup>43</sup> R.J. CAIVANO, “El Arbitraje y los Procesos de Integración (Su futuro en el Mercosur)”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1996-II, p. 791.

si la reglamentación de arbitraje comercial internacional es un instrumento que beneficia a la integración económica, o si por el contrario, el arbitraje queda al margen de los procesos de integración y se vincula al proceso general de codificación regional o universal de Derecho internacional privado. Puede que no sea una “mera coincidencia” que los procesos de integración económica operados en Latinoamérica en la década de los noventa, hayan venido aparejados de una reforma generalizada de las leyes de arbitraje entre los países que la integran. El desarrollo del arbitraje comercial internacional es una necesidad inexcusable para apuntalar el proceso de desarrollo económico y social en los países integrantes del marco de integración. Esto quiere decir que la modernización de los sistemas de justicia en Latinoamérica responde a un largo proceso, en el que el fortalecimiento del arbitraje y métodos alternativos de solución de controversias, en general, representan una parte fundamental de dicho proceso de modernización.

El estudio de la utilización del arbitraje en el contorno de los procesos de integración, señaladamente en lo relativo a la solución de las controversias comerciales privadas es especialmente complejo. Mas esta dimensión no debe llevar a confusión con otra modalidad de arbitraje que es frecuentemente utilizada dentro de los mecanismos de solución de los conflictos entre los Estados que lo conforman (por ejemplo el establecido en el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias, de 17 de diciembre de 1991) pues es frecuente la creación de un sistema o foro especial que tenga competencia para conocer esos asuntos y las decisiones pronunciadas en dicho foro suelen tener carácter vinculante para los Estados que formen parte de ella. No está la cuestión que vamos a abordar en estos momentos y tampoco haremos alusión a la dimensión arbitral como método en la solución de los conflictos entre los particulares y los sistemas de integración, constituidos como consecuencia de reclamaciones contra las decisiones adoptadas por los mecanismos de integración o contra las decisiones adoptadas por los Estados mismos que afecten a sus intereses<sup>44</sup>. Es obvio que dentro de la estructura propia de cada movimiento de integración se ha dado preferencia a las controversias entre los Estados miembros o entre éstos y los particulares, mientras que en lo referente a la solución de las controversias entre particulares se ha otorgado una solución residual (caso del TLCAN) cuando no se ha observado un significativo silencio. La existencia del denominador común basado en el concreto modelo de integración ante el que nos situamos no repercute en la modalidad arbitral contemplada. Las tres cumplen funciones distintas y sobre la dimensión privativa del arbitraje comercial sólo operan, por el momento, esfuerzos unificadores de limitado alcance.

Las nuevas legislaciones arbitrales de América Latina están orientadas a la adopción de principios y reglas sobre arbitraje comercial aceptadas internacionalmente; no obstante, siguen existiendo ciertas excepciones localistas que impiden una clara armonización, y, en muchos casos, con la existencia de importantes vacíos. Esta es la razón que justifica la adopción de convenios internacionales que permitan corregir el referido particularismo. Ese es el camino que ha seguido la Comunidad Andina de Naciones y, con un éxito mucho mayor, el Mercosur. La opción adoptada por Mercosur se inició a partir de la elaboración de un texto común que respondiese a los problemas en el sector que condujese a un lenguaje arbitral único en los Estados mercosureños, Bolivia y Chile; un texto común tendría un efecto residual: contribuiría por sí mismo a promover el arbitral, lamentable-

---

<sup>44</sup> Vid., por todos, R. ALONSO GARCÍA, *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, 1997, pp. 57 ss.

mente, no demasiado difundido en la práctica de los diferentes países de la región<sup>45</sup>. Dentro del fenómeno de integración económica regional, el Mercosur articula un sistema común para la solución de controversias en el que otorga un papel fundamental el arbitraje a través del Tratado de arbitraje comercial Mercosur de 1998<sup>46</sup>.

22. Del mismo modo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte establece en su art. 2022 la promoción y el uso del arbitraje y de otras técnicas alternativas de solución de controversias como los medios más convenientes para resolver los conflictos privados que surjan en el marco del Tratado. El TLCAN contiene tres tipos de mecanismos para la solución de controversias que se distinguen por el tipo de disputas que cada uno pretende resolver, los sujetos que intervienen en ellos; las reglas de procedimiento que les aplican y, por último, las consecuencias de sus decisiones. En primer lugar cuenta con un completo y complejo mecanismo general, para resolver controversias Estado contra Estado sobre la interpretación y aplicación del tratado, contenido en el capítulo XX; en segundo lugar incorpora un mecanismo sobre cuotas antidumping y compensatorias, para resolver controversias entre los particulares contra el Estado sobre dicha materia, contenido en el capítulo XIX; y, en tercer lugar incorpora un mecanismo específico para los litigios sobre inversión que involucran a los inversionistas privados y al Estado, contenido en el capítulo XI del Tratado. Como puede observarse, todos estos mecanismos son ajenos al arbitraje comercial propiamente dicho; no obstante, es conveniente señalar que el TLCAN también contiene disposiciones sobre la solución de controversias exclusivamente entre particulares, estas son las contenidas en el art. 2022 y el art. 707 del Tratado, con lo cual esta materia sí tendría cabida.

## 6. Conclusiones: hacia una necesaria búsqueda de los factores de internacionalidad.

23. Una vez efectuado el ejercicio delimitador que acaba de esbozarse no puede negarse que por muchos ejercicios de sistemática que se realicen, modalidades antagónicas de arbitraje experimentan relaciones mutuas cada vez más intensas. El supuesto del arbitraje en materia de inversiones es significativo pues, al margen de los supuestos sometidos a los sistemas general CIADI, en el caso de que opere el “mecanismo complementario” o que la controversia se someta a otro Centro de arbitraje, los laudos arbitrales emitidos en su entorno quedan cubiertos por la CNY y, por tanto, por las reglas propias del arbitraje comercial. Esta no es más que una muestra de un fenómeno expansivo de cómo las cuestiones de Derecho internacional público suscitadas por los arbitrajes en materia de inversiones ejercerán en el futuro un fuerte impacto en la línea de flotación del arbitraje comercial internacional. Esta situación aconseja preservar la regulación de esta institución de las críti-

---

<sup>45</sup> A.M. PERUGINI ZANETTI, “Arbitraje comercial internacional en el Mercosur”, *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber amicorum Jürgen Samtleben, J. Kleinheisterkamp y G. Lorenzo* (coords.), Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 636-637.

<sup>46</sup> J. ALBORNOZ, “El arbitraje en el Derecho internacional privado y el Mercosur (con especial referencia a los acuerdos de arbitraje de 23 de julio de 1998)”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. IX, 1999, pp. 51-92 y *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XV, 1999, pp. 15-45.

cas dispensadas a otras modalidades de arbitraje más conflictivas, evitando que tales críticas impidan el nacimiento o dificulten el desarrollo de Leyes de arbitraje adaptadas a las necesidades del comercio internacional.

24. Retornando a las consecuencias de las dos primeras dualidades descritas: la relativa a la dimensión interna o internacional del arbitraje comercial y la referente a la dimensión nacional o extranjera del mismo, cabe afirmar que la internacionalidad no es sinónimo de desregulación; por el contrario, pone en marcha una normativa especial para el supuesto de hecho así calificado, que le permita la mayor funcionalidad. Es cierto que la desvinculación de todo sistema jurídico, es una interpretación, dentro de otras muchas que pudieran esgrimirse, que tiene un carácter y sirve a unos determinados fines, más económicos que jurídicos. Pero también es cierto que el criterio territorial de extranjería no es suficiente para fijar la validez y eficacia de un convenio arbitral, como no lo es respecto de un laudo, pues su configuración como anacional o transnacional no es necesaria para aislar la normativa aplicable a estas cuestiones. Entre ambas concepciones queda un espacio de maniobra suficiente que debe ocuparse con cautela y que puede justificarse desde los postulados tradicionales del Derecho internacional privado: donde exista un elemento objetivo de discontinuidad, tenemos un supuesto de hecho. Por descontado, la búsqueda se centra en los factores de internacionalidad, no de extranjería, porque hablamos de un objeto internacional en sí, y que, por serlo, entra en contacto con diversos ordenamientos; pretender que todos ellos lo consideren extranjero y se pongan a la búsqueda del Derecho extranjero aplicable, no aporta nada en este campo, como no sea un elemento de confusión e inseguridad.

Si el arbitraje presenta suficientes contactos con más de un ordenamiento, no es nacional por completo, pero tampoco extranjero. Lo contrario es un peligroso trasunto de la tesis jurisdiccional del arbitraje: si el procedimiento y el laudo se dan en México, el arbitraje es mexicano, y también lo será el convenio arbitral que lo fundamenta; al revés, si prevé un arbitraje en el extranjero, se le otorga tal calificación y el régimen a aplicar resulta más abierto.

25. La consideración de la internacionalidad del arbitraje no es un mero ejercicio retórico<sup>47</sup>. Su consecuencia inmediata, en las legislaciones que adoptan una estructura dual, es la confección de normas específicas para este arbitraje, conectado con más de un Estado y cuyos participantes son operadores del comercio internacional. Se crea con ello un marco legislativo altamente dispositivo, en el que las partes pueden pactar qué procedimiento arbitral se llevará a cabo, institucional o *ad hoc*, de acuerdo a qué normas y en relación con qué Derecho. En definitiva, se establece un espacio de actuación que acomoda las necesidades de protección de las partes con las del tráfico comercial internacional. Los límites establecidos a esta posibilidad están en función de la concepción mantenida en cada Estado hacia las relaciones con el arbitraje. Lo que sí puede afirmarse es que, aun con matices, la internacionalidad del supuesto supone una indudable remoción de obstáculos al desarrollo del arbitraje, de manera que el Derecho nacional no pueda suponer un inconveniente en su eficacia<sup>48</sup>. La inexistencia o defectuoso

<sup>47</sup> J.C. Fernández Rozas, "La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 15, 2004, pp. 25-26.

<sup>48</sup> Aunque técnicamente, pueda ponerse en entredicho la desvinculación del arbitraje respecto del Derecho estatal, la jurisprudencia francesa ha declarado este principio en varias ocasiones que culminaron, por su contundencia, en *Cour d'Appel* de Paris (*I<sup>e</sup> Ch. Suppl.*) 26 de marzo de 1991 y *Cour de Cassation* 20 de diciembre de 1993, "Comité populaire de la Municipalité de

entendimiento de este criterio, suele llevar aparejada la aplicación de criterios que no responden ni de la naturaleza de la institución, ni a su pertenencia al área del comercio internacional<sup>49</sup>. Si son discutibles los pronunciamientos que hablan de la absoluta desvinculación del arbitraje respecto a cualquier ordenamiento nacional, lo cierto es que resultan claramente inadaptados todos aquellos que imponen la aplicación de las normas internas sea cual sea la controversia y su método de resolución.

u u

---

Khoms c. Dalico Constructions”, *Rev. arb.* 1994.1, pp. 116 ss, nota de H. Gaudemet-Tallon; *Journ. dr. int* 1994, pp. 494 ss, nota de E. Gaillard y *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, p. 663, nota de P. Mayer.

<sup>49</sup> La STS español de 28 de marzo de 1994 (“Centralsung Española, S.A. / A B Centralsung”) es un ejemplo de la aplicación a todos los efectos de la legislación interna sobre arbitraje en el entorno internacional. En efecto, el TS declaró la ineficacia de un laudo arbitral por no constar en la forma notarial exigida para el arbitraje interno; *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. X, 1994, pp. 199 ss, nota F. Mantilla Serrano, pp. 179-186.

## **DOS ASPECTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A LA AMENAZA TERRORISTA**

(TWO ASPECTS OF THE LEGITIMATE DEFENSE AS  
OPPOSED TO THE TERRORIST THREAT)

*José A. Consigli y Federico Lavopa\**

RESUMEN: El terrorismo internacional plantea interrogantes relativos a la anticipación con la que puede utilizarse la fuerza armada ante sus amenazas. Los Estados Unidos han invocado el derecho a una defensa preventiva contra el terrorismo. Otros Estados también lo han hecho. El artículo aporta elementos de doctrina y de práctica internacional, para distinguir entre la legítima defensa en su acepción clásica, la legítima defensa anticipada y la defensa preventiva: a esta última los autores no la consideran basada en derecho. En la segunda parte, se intenta una clasificación según la vinculación entre el Estado y los grupos terroristas, lo que puede dar lugar a diferentes consecuencias en cuanto al uso de la fuerza de otros Estados en legítima defensa.

PALABRAS-CLAVE: Terrorismo – Legítima defensa – Defensa preventiva – Defensa anticipada.

ABSTRACT: International terrorism poses questions regarding the early use of armed force against its threats. The United States have invoked

---

*\*José Alejandro Consigli:* Abogado. Doctor en Derecho. Rector de la Universidad Austral (Buenos Aires). Ex profesor adjunto de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Consejero Titular del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

*Federico Lavopa:* Abogado y Licenciado en Ciencias Políticas. Becario de la Fundación Carolina. Becario del British Council. Ayudante Docente de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UBA. Ex-consultor del Ministerio de Justicia de la Nación. Asistente Ejecutivo del Foro Empresarial del MERCOSUR y del Consejo Empresario Argentino-Ruso.

the right to preventive defense against terrorism. Other States have done likewise. The article contributes elements of doctrine and international practice to distinguish between legitimate defense in its classical meaning, legitimate pre-emptive defense and preventive defense: the latter is not considered as based on law. In the second part, a classification is attempted, based on the links between State and terrorist groups, which can give rise to different consequences regarding the use of forces of other States for legitimate defense.

KEY WORDS: Terrorism – Legitimate defense – Preventive defense – Pre-emptive defense.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El debate doctrinal sobre el art. 51 de la Carta de la ONU. II.1. Interpretación restrictiva. II.2. Interpretación amplia. II.3. Tercera posición: distinción entre legítima defensa “anticipada” y legítima defensa “preventiva”. III. Otra dimensión a tener en cuenta: la relación entre el Estado anfitrión y el grupo terrorista. III.1. Los Estados débiles. III.2. Los Estados cómplices. III.3. Los Estados terroristas.

## I. Introducción

La “Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos”<sup>1</sup>, lanzada por la Casa Blanca en Septiembre de 2002, prevé la posibilidad de que los Estados Unidos actúe “preventivamente” contra las nuevas amenazas terroristas.

Reza uno de sus párrafos: “*While the United States will constantly strive to enlist the support of the international community, we will not hesitate to act alone, if necessary, to exercise our right of self-defense by acting preemptively against such terrorists, to prevent them from doing harm against our people and our country*”<sup>2</sup>.

El citado documento estadounidense pretende también fundarse en derecho. Así, en su apartado V, afirma que “*For centuries, international law recognized that nations need not suffer an attack before they can lawfully take action to defend themselves against forces that present an imminent danger of attack*”<sup>3</sup>.

Si bien es cierto que desde el famoso caso “Caroline” de 1847, los Estados se han reservado el derecho de legítima defensa “anticipada” ante una amenaza instantánea, abrumadora, que no deja opción de medios ni tiempo para deliberar<sup>4</sup>, la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 significó un cambio sustancial en las normas que rigen el derecho a la guerra, lo que también afectó el instituto de la legítima defensa.

<sup>1</sup> The National Security Strategy of the United States of America, September 2002, disponible en: <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pág. 6.

<sup>3</sup> The National Security..., op cit., pág. 15.

<sup>4</sup> Caso Caroline, MOORE, JOHN BASSET, *A Digest of International Law*, 1906, p. 409; citado en OCCELLI MARÍA BENVENUTA, “Sinking the Caroline: why the Caroline doctrines restrictions on self-defense should not be regarded as customary International Law”, *San Diego International Law Journal*, p. 469 (2003).

Desde la Conferencia de San Francisco, un intenso debate se ha suscitado en torno a si el art. 51 –que exige la existencia de un “ataque armado” para el ejercicio del derecho de legítima defensa– incluye o no el derecho de legítima defensa “anticipada”, tal como estaba previsto en la costumbre internacional anterior a la Carta.<sup>5</sup> Esta discusión se ha visto renovada en los últimos años con la aparición en el escenario internacional de las llamadas “nuevas amenazas”, en particular, del terrorismo internacional.

Pese a los magros resultados obtenidos con la invasión por parte de Estados Unidos y sus aliados a Iraq, la doctrina de la guerra preventiva está lejos de ser desterrada de las relaciones internacionales. Por el contrario, otros Estados<sup>6</sup> como la Federación de Rusia e Irán han comenzado a reservarse el derecho a ejercerla<sup>7</sup>, y ha sido firmemente reivindicada por la nueva administración del Presidente Bush. Uno de los párrafos de la nueva edición de la Estrategia de Seguridad Nacional –lanzada en marzo de 2006–, aclara que “*under long-standing principles of self defense, we do not rule out the use of force before attacks occur, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy’s attack (...)*The place of preemption in our national security strategy remains the same”.

El presente artículo pretende aportar a este debate algunos elementos de análisis en torno a dos dimensiones. La primera –que trataremos en el primer título– ha sido abordada<sup>8</sup> por la doctrina, y se refiere a la distinción entre defensa anticipada y defensa preventiva, cuyos requisitos se encuentran regulados en gran parte por la costumbre internacional anterior a la Carta de la ONU, en particular en lo que se refiere a las condiciones que debe cumplir un Estado para ejercer cada una de esas formas de defensa sin incurrir en un uso ilícito de la fuerza.

La segunda dimensión, que no hemos visto estudiada en otras fuentes, se refiere al grado de vinculación entre el Estado “anfitrión” y el grupo terrorista que aloja. En efecto, al igual que los redactores de la “Doctrina de Seguridad Nacional”, muchos autores que participan de

---

<sup>5</sup> Waldock, por ejemplo, sostiene que “*The inherent right of self-defense, as it existed in international law before the Charter, was a general right of self-protection against a forcible threat to a State’s legal rights. Article 51, however, speaks only of an inherent right of self-defense, if an armed attack occurs*”. (Énfasis en el original), WALDOCK, C. H. M., “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law”, *Recueil des Cours*, 1952, vol. II, p. 496. Para sustentar la existencia de este derecho antes de la Carta de la ONU, suelen citarse los casos del Tribunal de Nuremberg en los que los acusados alemanes argumentaron la necesidad de Alemania de invadir Noruega para impedir una invasión aliada. En dicha oportunidad el Tribunal, citando el caso Caroline, rechazó dicha defensa en razón de no haberse cumplido con el requisito de “inminencia” del ataque, y requirió que “*any nation seeking to utilize the legal justification of self-defense must wait until its proposed aggressor takes some affirmative hostile act in furtherance of the aggression*”. Citado por LACEY, MICHAEL, “Self-Defense or Self-Denial: the proliferation of weapons of mass destruction”, *Indiana International & Comparative Law Review*, p. 297 (2000).

<sup>6</sup> Vid. “Rusia anuncia que es inminente su primer ataque preventivo”, Diario Clarín (Buenos Aires), 18-IX-2004; “Teherán amenaza con ataques preventivos”, Diario Clarín (Buenos Aires), 20-VIII-2004.

The National Security Strategy of the United States of America, March 2006, disponible en: <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/2006/>.

<sup>8</sup> KEARLEY, TIMOTHY, “Regulation of preventive and preemptive force in the UN Charter: a search for original intent”, 3, *Wyoming Law Review*, p. 665 (Winter, 2003).

este debate parecen descontar que “terrorista” y “Estado terrorista” se identifican en todos los casos. En este trabajo, plantearémos, por el contrario, que existe una gama de posibles escenarios que transitan desde un Estado “anfitrión” mínimamente involucrado, hasta la total confusión entre el grupo terrorista y el aparato estatal. Cada uno de estos escenarios puede dar lugar a diferentes consecuencias con relación al uso de la fuerza en legítima defensa. A este tema destinaremos el segundo título.

## II. El Debate Doctrinal sobre el art. 51 de la Carta de la ONU

La discusión acerca de la legalidad del derecho de legítima defensa preventiva ha tomado en la doctrina la forma de un debate entre partidarios de una visión “restrictiva” y una “no restrictiva” del art. 51 de la Carta de la ONU.

### II.1. La interpretación restrictiva del art. 51

Fundados en el texto mismo del Art. 51, quienes lo interpretan restrictivamente sostienen que no es lícito el uso de la fuerza como acción defensiva, si antes no ha tenido lugar un ataque armado contra el Estado que pretende ejercer dicho derecho.<sup>9</sup>

La prohibición general contenida en el art. 2(4)<sup>10</sup>, sumada al espíritu de la Carta –especialmente reflejado en la referencia de su Preámbulo a que “no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común”–, resultarían en que toda excepción a la regla del 2(4) debería ser interpretada restrictivamente. Por otro lado, llaman la atención sobre los riesgos que traería aparejada una interpretación del art. 51 que dejara abierta la posibilidad para cualquier Estado de utilizar unilateralmente la fuerza de manera “preventiva”<sup>11</sup>.

Las declaraciones realizadas por algunos negociadores durante la Conferencia de San Francisco parecen apoyar esta tesis. El representante estadounidense Harold Stassen, por ejemplo, sostuvo en aquella oportunidad que el lenguaje del art. 51 era intencional y

<sup>9</sup> Cfr. P.ej. AGO, ROBERTO, *Adendum to the 8<sup>th</sup> Report on State Responsibility*, 2 YBILC 52, 1980, pp. 66-67 para. 114 y 65-66, para. 113; SCOTT KING, MATTHEW, “The legality of the United States war on terror: is art. 51 a legitimate vehicle for the war in Afghanistan or just a blanket to cover up international war crimes?”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, p. 461 (Spring, 2003); CONFORTI, BENEDETTO, *Derecho Internacional*, Buenos Aires, Zavalía, 1995, p. 446; SORENSEN, MAX, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 704-705 y 714-715; KELSEN, HANS, “Collective Security and Collective Self-Defence under the Charter of the United Nations”, 42 *American Journal of International Law*, pp. 783 - 784 (1948), citado por SORENSEN, *op. cit.*, p. 705; RIDRUEJO, PASTOR, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1998, pág. 656; GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D. T., *Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*, Buenos Aires, Zavalía, 1995, p. 319.

<sup>10</sup> El artículo 2(4) de la Carta dispone que “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

<sup>11</sup> KELLY, MICHAEL J., “Time warp to 1945 – Resurrection of the reprisal and anticipatory self defense doctrines in International Law”, *Journal of Transnational Law and Policy*, p. 3 (Fall 2003); DONNELLY, MATT, “Hitting Back? The US’ Policy of Pre-Emptive Self-Defense Could Rewrite the Rules of Military Engagement”, ABC News (Aug.28,2002), disponible en <http://abcnews.GO.com/sections/world/dailynews/preempt020828.html>.

adecuado y agregó “*We did not want exercise the right of self-defense before an armed attack had occurred*”<sup>12</sup>. Además, si la referencia del art. 51 a que “si un ataque armado ocurre” no hubiese estado destinada a eliminar el derecho preexistente a actuar en anticipación, habría sido natural que se hiciera algún esfuerzo para que los *travaux* capturaran dicha lectura. El hecho de que no se haya hecho, por lo tanto, es en cierta medida sugestivo<sup>13</sup>.

## II.2. La interpretación amplia del art. 51

Los partidarios de una visión amplia del art. 51, por su parte, esbozan una serie de argumentos para sostener su postura. Un primer grupo de autores, quizás el más numeroso, sostiene que la inclusión del art. 51 en la Carta no ha derogado el derecho consuetudinario preexistente en materia de legítima defensa. Recuerdan que el art. 51 no fue incluido con el propósito de definir el derecho individual de legítima defensa, sino con el de clarificar la posición en relación con la concepción de legítima defensa colectiva (particularmente el Tratado Panamericano conocido como Acta de Chalteppec)<sup>14</sup>.

Por otro lado, sostienen, es incorrecta toda interpretación que considere la frase “en caso de un ataque armado” como “solo en el caso de un ataque armado”. Subrayan que el art. 51, no dice expresamente que la legítima defensa puede ser ejercida *solo si* un ataque armado ocurre<sup>15</sup>. Además, destacan el hecho de que el mismo artículo reconoce la calidad de “inherente” (“natural” en la versión en francés) del derecho de legítima defensa y que, en la Conferencia de San Francisco, el comité encargado de redactar el art. 2(4) sostuvo expresamente que “*the use of arms in legitimate self-defense remains admitted and unimpaired*”<sup>16</sup>.

Otros autores hacen hincapié en las consecuencias nefastas que una interpretación restrictiva del art. 51 podría acarrear en la era nuclear. Argumentan que, debido a que un primer ataque puede provocar una destrucción inmensa y quizás decisiva, no puede pretenderse que un Estado que está por ser víctima de tal ataque se abstenga de actuar anticipadamente. Si no fuese así, se estaría haciendo inoperante el derecho de todo Estado a su auto-preserva-

<sup>12</sup> Citado por FRANCK, THOMAS M., “When, if Ever, May States Deploy Military Force Without Prior Security Council Authorization?”, 5 *Washington University Journal of Law & Policy* 51, p. 58 (2001)

<sup>13</sup> ZEDALIS, REX, “On the lawfulness of forceful remedies for violations of arms control agreements: ‘Star Wars’ and other glimpses at the future”, *New York University Journal of International Law and Politics*, p. 101 (Fall, 1985)

<sup>14</sup> WALDOCK, C. H. M., *op. cit.*, p. 497; SCHWEBEL, S. M., “Aggression, intervention and self-defense in Modern International Law”, 136 *Recueil des Cours*, 1972, Vol. II, p. 481; VAN DEN HOLE, LEO, “Anticipatory self-defence under International Law”, *American University International Law Review*, p. 76 (2003); WEILER AND SIMONS, *The US and the UN: The Search for International Peace and Security*, 1967, p. 80, citado por BAKER, MARCK, “Terrorism and the inherent right of self-defense (a call to amend article 51 of the United Nations Charter)”, *Houston Journal of International Law*, p. 30 (Autumm, 1987)

<sup>15</sup> McDUGAL, MYERS Y FELICIANO, FLORENTINO, *Law and Minimum World Public Order: the Legal Regulations of International Coercion*, 1962, p. 237, citado por VAN DEN HOLE, LEO, *op. cit.*, nota 72; SCHACHTER, OSCAR, “International Law: The Right of States to Use Armed Force”, 82 *Michigan Law Review*, pp. 1633-34 (1984); WALDOCK, *op. cit.*, pp. 497-98; SCHWEBEL, *op. cit.*, p. 480.

<sup>16</sup> United Nations Conference on International Organizations, Documents, Vol VI, p. 459, citado en SCHWEBEL, *op. cit.*, p. 480.

ción<sup>17</sup>. Para fortalecer su posición, estos autores suelen citar un informe de la Comisión de Energía Nuclear de 1946, en el que observó que los preparativos para una guerra atómica en violación de un tratado o convención multilateral podrían, en vista del poder avasallador de estas armas, ser tratado como un “ataque armado” en términos del art. 51 de la Carta de la ONU<sup>18</sup>.

Una tercera línea argumental busca excluir las acciones defensivas frente al terrorismo de la prohibición general del art. 2(4). Sostiene que, debido a que en estos casos el uso de la fuerza está limitado a eliminar la amenaza terrorista, no caería en ninguno de los supuestos de uso ilegal de la fuerza previstos por dicho artículo. Así, el uso de la fuerza armada en tales casos, no estaría dirigido contra personas o propiedad del Estado anfitrión, ni sería diseñado para ganar o retener parte de su territorio y no buscaría destronar o influenciar de otra manera la naturaleza de su gobierno (excepto, quizás, de disuadirlo de continuar apoyando a los terroristas). Por lo tanto, este tipo de intervención no amenazaría la integridad territorial del Estado ni su independencia política. Y, debido a que los terroristas internacionales han sido formalmente condenados en una serie de ocasiones por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU,<sup>19</sup> tal uso de la fuerza, si se encuentra debidamente limitado, tampoco sería contrario a los propósitos de las Naciones Unidas<sup>20</sup>. Si aceptáramos este argumento, no sería necesario que el uso de la fuerza fuese justificado por el art. 51, ya que dicha norma prevé la excepción de legítima defensa solo en relación a un uso de la fuerza que (de otra manera) esté prohibido por la Carta<sup>21</sup>.

Por último, hay autores que buscan justificar el derecho de legítima defensa preventiva mediante una interpretación amplia del concepto de “ataque armado”. Waldock, por ejemplo, sostiene que “*where there is convincing evidence not merely of threats and potential danger but of an attack being actually mounted, then an armed attack may be said to have begun to occur, though it has not passed the frontier*”<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> SCHWEBEL, *op. cit.*, p. 481; HIGGINS, ROSALYN, *Problems and Process: International Law and How We use It*, 1994, p. 242, citado en GREENWOOD, CHRISTOPHER, “International Law and the preemptive use of force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq”, *San Diego International Law Journal*, p. 15 (2003); WEDGWOOD, RUTH, “Strike at Saddam Now”, *Natl L. J.* A16 (Oct. 28, 2002), citado por GRAHAM, THOMAS, “National self-defense, International Law, and weapons of mass destruction”, *Chicago Journal of International Law*, p. 6 (Spring, 2003).

<sup>18</sup> The International Control of Atomic Energy: The First Report of the United Nations Atomic Energy Commission to the Security Council 19, US & UN Report Series No. 8, 1946; citado en VAN DEN HOLE, *op. cit.* p. 91.

<sup>19</sup> Entre otras: Res A/49/60 (1994); S/RES/748 (1992); S/RES/1189 (1998); S/RES/1269 (1999); S/RES/1368 (2001); S/RES/1373 (2001).

<sup>20</sup> PAUST, JORDAN J., “Responding Lawfully to International Terrorism”, 8 *Whittier Law Review*, pp. 716-717 (1986); SOFAER, ABRAHAM, “On the necessity of pre-emption”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 22, p. 223 (2003); FAWCETT, J. E. S., “Intervention in International Law. A Study of most recent cases”, *Recueil des Cours*, 1961, Vol. II, p. 362; ver también en general REMIRO, BROTONS, *Derecho Internacional Público, Principios Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 189, quien sostiene que “el uso de la fuerza para replicar a los usos de la fuerza que no se concretan en un ataque armado y que la sociedad internacional organizada es incapaz de detener y reprimir no puede ser prohibido por el Derecho”; citado por RIDRUEJO, PASTOR, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 654.

<sup>21</sup> PAUST, JORDAN J., *op. cit.*, pp. 716-177.

<sup>22</sup> WALDOCK, *op. cit.*, p. 498.

### ***II.3. Una tercera posición: distinción entre legítima defensa “anticipada” y legítima defensa “preventiva”***

Consideramos que la tradicional discusión entre la interpretación “restrictiva” y la “no restrictiva” del art. 51 de la Carta de la ONU no debe decidirse enfáticamente a favor de una u otra de ellas. En este sentido, creemos que las razones extra-jurídicas expuestas por cada una de estas posiciones son fundamentales, y deben ser consideradas por cualquier respuesta en derecho que pretenda zanjar la discusión.

De un lado, resulta claramente atendible la advertencia de los partidarios de una lectura restrictiva del art. 51 en el sentido de que librar al criterio unilateral de los Estados la valoración de las situaciones en las que es legítimo defenderse con anterioridad a un ataque puede traer aparejado un uso abusivo de tal facultad, del que seguramente se favorecerán aquellos países más poderosos.

Por el otro lado reconocemos que, en la era de las armas de destrucción masiva, no puede exigirse a un Estado que absorba un primer ataque –que podría llegar incluso a poner en peligro su existencia misma–, antes de utilizar la fuerza contra otro Estado que está próximo a atacarlo.

La interpretación jurídica que pretenda saldar esta diferencia, por lo tanto, debe tener en cuenta esas dos realidades irrefutables. Para ello, debe permitir el uso de la fuerza antes de un ataque en ciertos casos extremos y, al mismo tiempo, debe señalar requisitos objetivos estrictos que limiten su ejercicio.

Creemos que tal criterio objetivo puede fijarse trazando una distinción entre lo que denominaremos legítima defensa “anticipada” (como traducción del término anglosajón “*pre-emptive*”) y legítima defensa “preventiva” (*preventive*).

Tomaremos para ello las definiciones propuestas por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, para el que “*preemptive attack*” (anticipado, para nosotros) es “*An attack initiated on the basis of incontrovertible evidence that an enemy attack is imminent*”<sup>23</sup>. Una guerra preventiva, a su turno, es definida como “*A war initiated in the belief that military conflict, while not imminent, is inevitable, and that to delay would involve greater risk*”<sup>24</sup>.

Vale la pena recordar aquí que en español “inmediato” tiene dos acepciones: a) contiguo o muy cercano a otra cosa; 2) que sucede enseguida, sin tardanza. Por su parte, “inminente”, significa algo que amenaza o está por suceder prontamente.

Partiendo de las distinciones anteriores, entendemos que el instituto de la legítima defensa es el que está relacionado con un ataque que ya sucedió y al cual se responde inmediatamente (legítima defensa simple); y también puede extenderse a la respuesta a un ataque que aún no sucedió pero es inminente (legítima defensa anticipada). En cambio pensamos que no existe la así llamada legítima defensa “preventiva” frente a sospechas de algo que se considera inevitable, aunque no inminente, pese a que esa dilación implique tomar mayores riesgos: en todo caso será defensa preventiva, pero no legítima. Tal posi-

<sup>23</sup> “Un ataque iniciado en base a una evidencia incontrovertible de que un ataque enemigo es inminente” (Traducción propia), Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms, 2001, p. 413, disponible en: <http://www.dtic.mil/doctrine/jel/doddict/>.

<sup>24</sup> “Una guerra iniciada en la creencia de que un conflicto militar, aunque no inminente, es inevitable, y que una demora involucraría un riesgo más grande” (Traducción propia), Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms, 2001, p. 413, disponible en: <http://www.dtic.mil/doctrine/jel/doddict/>.

ción sería coherente con la costumbre internacional que rige la materia, cuyo primer antecedente puede rastrearse en el incidente del “Caroline”, y en la famosa doctrina del entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos Daniel Webster, para quien era legítimo el uso anticipado de la fuerza solo en una situación “instantánea, abrumadora, que no deja opción de medios ni tiempo para deliberar”<sup>25</sup>.

Esta postura también parece encontrar asidero en las reacciones de la comunidad internacional ante algunos de los casos más conocidos de supuesto uso de la fuerza anticipado que se han dado desde la sanción de la Carta de las Naciones Unidas: la Crisis de los Misiles en Cuba (1962); la Guerra de los Seis Días en el Cercano Oriente (1967) y el bombardeo por parte de Israel de la Planta Nuclear iraquí de Osirak (1981).

### **a. La Crisis de los Misiles en Cuba (1962)**

La Crisis de los Misiles de Cuba, en la que el Presidente Kennedy impuso un bloqueo naval en respuesta a la instalación por parte de la U.R.S.S. de un sistema de misiles nucleares de alcance medio en Cuba, es citada a menudo como un precedente de la nueva estrategia preventiva de EE.UU. Sin embargo, en 1962, los EE.UU. específicamente decidieron no basar su justificación legal en el derecho de legítima defensa anticipada. Como Abram Chaves, Consejero Legal del Departamento de Estado de aquel momento, sostuvo: “*No doubt the phrase ‘armed attack’ must be construed broadly enough to permit some anticipatory response. But it is a very different matter to expand it to include threatening deployments or demonstrations that do not have imminent attack as their purpose or probable outcome. To accept that reading is to make the occasion for forceful response essentially a question for unilateral national decision (...)*”<sup>26</sup>.

En la misma línea, Arend y Beck, señalan que la justificación oficial para la acción de los EE.UU. estuvo centrada en la autorización por la O.E.A. pero que, sin embargo, la cuestión del derecho de legítima defensa anticipada fue debatida en círculos legales. En este sentido, estos autores consideran que cuando el Consejo de Seguridad consideró la crisis, “*there was no specific rejection of the concept of anticipatory self-defense. Instead, there seemed to be an underlying acceptance by most members that in certain circumstances the preemptive use of force could be justified. While the Security Council certainly did not sanction anticipatory self-defense, neither did the discussion reject the concept*”<sup>27</sup>.

### **b. La Guerra de los Seis Días (1967)**

Luego de que la entonces República Árabe Unida (RAU) fuese informada –aparentemente en forma errónea o falsa– que Israel estaba planeando un ataque de grandes proporciones contra dicho país, el Presidente Gamal Abdel Nasser tomó una cantidad de medidas provo-

<sup>25</sup> Caso Caroline, MOORE, JOHN BASSET, *op. cit.*

<sup>26</sup> ABRAM CHAVES, *The Cuban Missile Crisis*, 1974, pp. 65-66, citado en SCHMITT, MICHAEL, “Preemptive strategies in International Law”, *Michigan Journal of International Law*, pp. 545-546 (Winter 2003). Ver también McDUGAL, MYERS S., “The Soviet-Cuban Quarantine and Self Defense”, 57 *American Journal of International Law*, p. 594 (1963)

<sup>27</sup> AREND, ANTHONY, Y BECK, ROBERT J., *International Law and the Use of Force: Beyond the UN Charter Paradigm*, 1993, p. 17, citado por KELLY, *op. cit.*, p. 29

cativas: la RAU movió una fuerza suficientemente grande como para llevar adelante operaciones ofensivas dentro del Sinaí; Nasser hizo declaraciones públicas de que intentaría eliminar a Israel; la RAU expulsó una fuerza de emergencia de la ONU del Sinaí y cerró el paso de Tirán hacia Israel. Simultáneamente, fuerzas palestinas se infiltraron por la frontera entre Israel y Siria.

En junio de 1967, Israel lanzó un ataque aéreo masivo contra la RAU y capturó el Sinaí, la Ribera Occidental y las Alturas del Golán. Israel argumentó que el ataque estaba justificado porque la decisión de RAU de cortar el paso de Tirán era un acto de guerra y porque la masiva movilización de tropas del RAU en la frontera con Israel implicaba una amenaza seria e inminente contra la seguridad de Israel<sup>28</sup>.

Pese a que algunos autores consideran el uso de la fuerza israelí en este caso como el ejercicio de beligerancia en una guerra nunca formalmente finalizada, “*words and actions clearly asserted a right of anticipatory self-defense against an imminent armed attack*”<sup>29</sup>. En palabras de O’ Brian, “*it was a model case for anticipatory self-defense*”<sup>30</sup>. Un borrador de resolución soviética, que habría condenado a Israel por uso ilegal de la fuerza, solo logró cuatro votos en el Consejo de Seguridad y fue por lo tanto fuertemente rechazado<sup>31</sup>. En la Asamblea General, una resolución similar también fue votada negativamente<sup>32</sup>. La reacción de otros Estados llevó a Franck a sostener que: “*Israel’s attack on Egypt was in anticipation of an armed attack, not a reaction to it. Most States, on the basis of the evidence available to them, did however apparently conclude that such an armed attack was imminent, that Israel had reasonably surmised that it stood a better chance of survival if the attack were preempted, and that, therefore, in the circumstances, it has not acted unreasonably*”<sup>33</sup>.

### ***c. El bombardeo de la planta nuclear iraquí “Osirak”***

El 7 de junio de 1981, ocho caza bombarderos israelíes destruyeron un reactor nuclear casi operacional ubicado en las afueras de Bagdad. Actuando en base a información de “fuentes incuestionables” Israel lanzó el ataque en respuesta a una necesidad percibida de legítima defensa<sup>34</sup>. De acuerdo a las declaraciones oficiales, el reactor estaba dirigido a la producción de bombas y el objetivo de dichas bombas era Israel, puesto que luego de una anterior incursión iraní que había dañado levemente el reactor, Saddam Hussein habría resalado que no tenía sentido que los iraníes atacaran el reactor porque estaba siendo construido solo contra Israel<sup>35</sup>.

<sup>28</sup> LEO VAN DEN HOLE, *op. cit.*, pág. 100.

<sup>29</sup> FRANCK, THOMAS, *Recourse to Force*, 2002, p. 103.

<sup>30</sup> O’ BRIEN, WILLIAM, *The Conduct of Just and Limited War*, 1981, p. 133; citado en GREENWOOD, CHRISTOPHER, “International Law and the Pre-emptive use of force: Afghanistan, Al-Qaida and Iraq”, 4 *San Diego International Law Journal*, p. 14 (2003).

<sup>31</sup> 1967 UNBY 190, citado en citado en GREENWOOD, *op. cit.*, pp. 15.

<sup>32</sup> Rechazada por 71 votos en contra a 22 a favor, con 27 abstenciones. 1967 UNYB, p. 209; citado en GREENWOOD, *op. cit.*, pp. 15.

<sup>33</sup> FRANCK, THOMAS, *Recourse to Force*, *op. cit.*, pp. 105.

<sup>34</sup> SMITH, ROGER, “The legality of coercive arms control”, *Yale Journal of International Law*, p. 485 (Summer, 1994).

<sup>35</sup> Israeli and Iraqi Statements on Raid on Nuclear Plant, NY Times, 9-VI-1981, p. A8; citado por SMITH, ROGER, *op. cit.*, p. 485.

En dicha oportunidad, Israel argumentó que Iraq estaba en estado de guerra con Israel (basándose en tres conflictos armados recientes: 1948, 1967 y 1973); que Iraq negaba el derecho de Israel a existir como un Estado y que el propósito del programa nuclear iraquí era atacar Israel. Por lo tanto “al destruir esta terrible amenaza nuclear a su existencia”, Israel solo estaba “ejercitando su derecho legítimo de defensa propia, con el alcance que dicho derecho tiene en el Derecho Internacional y que ha sido preservado también por la Carta de la ONU”<sup>36</sup>. En respuesta a su justificación de legítima defensa, el Consejo de Seguridad unánimemente “condenó el ataque militar por parte de Israel en violación flagrante de la Carta de la ONU y de las normas de conducta internacionales”<sup>37</sup>.

Para muchos de los miembros del Consejo de Seguridad, el hecho crítico fue que, al tiempo del ataque, Iraq no poseía armas nucleares. Bajo las reglas del caso *Caroline*, no existía necesidad militar de atacar porque Israel no enfrentaba un peligro nuclear inminente. Como explicó el delegado británico: “*It has been argued that the Israeli attack was an act of self-defense. But it was not a response to an armed attack on Israel by Iraq. There was no instant or overwhelming necessity for self-defense. Nor can it be justified as a forcible measure of self-protection. The Israeli intervention amounted to a use of force which cannot find a place in international law or in the Charter and which violated the sovereignty of Iraq*”<sup>38</sup>.

Más aún, como señalara el representante de Sierra Leona, el ataque israelí también falló en satisfacer otro requisito de la regla de necesidad: la ausencia de premeditación. Un ataque de precisión, como el lanzado por Israel, obviamente no podía haber sido montado en una noche, sino que habría requerido semanas, sino meses, de entrenamiento<sup>39</sup>. Bajo el caso *Caroline*, el derecho de legítima defensa requiere una necesidad de acción que “no deja momento para deliberación”, condición que no habría sido cumplida por Israel en circunstancias tales como las descriptas.

Como ya señalamos más arriba, pese a que la reacción internacional provocada por el ataque israelí de 1981 al reactor nuclear iraquí fue generalmente condenatoria, en la mayoría de los casos la reacción se basó en la conclusión de que Israel no había demostrado que había una amenaza inminente desde Iraq y por lo tanto no satisfizo los requerimientos del caso *Caroline* para la legítima defensa anticipada, más que en un rechazo de la legítima defensa anticipada como tal<sup>40</sup>.

#### ***d. Evaluación de los antecedentes en función de la distinción entre legítima defensa “anticipada” y “preventiva”***

Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional coinciden en sostener que tres son los requisitos que, de acuerdo con la costumbre internacional, un Estado debe cumplir

<sup>36</sup> Extractos del SC Provisional Verbatim Records del 15 de Junio de 1981, en 20 ILM, p. 996, citado por SMITH, ROGER, *op. cit.*, p. 486.

<sup>37</sup> Res. CS 487 de 1981.

<sup>38</sup> UN SCOR, 36<sup>th</sup> Sess. 2282d mtg. at 145, UN Doc. S/PV 2283 (1981) (Declaración de Sir Anthony Parsons, Representante Permanente de Gran Bretaña ante la ONU); citado en SMITH, ROGER, *op. cit.*, p. 486.

<sup>39</sup> UN SCOR, 36<sup>th</sup> Sess. 2283d mtg. at 145, UN Doc S/PV 2283 (1981) (Declaración del Sr. Koroma, Representante Permanente de Sierra Leone ante la ONU); citado en SMITH, ROGER, *op. cit.*, p. 486

<sup>40</sup> FRANCK, THOMAS, *Recourse to Force*, *op. cit.*, p. 107.

para poder ejercer el derecho de legítima defensa: necesidad, proporcionalidad e inmediatez<sup>41</sup>. Para satisfacer este último requisito, la reacción a un ataque fundada en el derecho de legítima defensa debe tener lugar mientras la amenaza persiste y no una vez que ha terminado<sup>42</sup>. Este requisito está relacionado con las prohibición de tomar represalias armadas dispuesto por el derecho internacional general, y por la consecuente proscripción de todo uso de la fuerza con carácter punitivo. Puede rastrearse en la fórmula del Secretario Webster en el incidente Caroline referidas a una situación “instantánea”, “que no deja tiempo para deliberación”.

Como puede observarse, este requisito está íntimamente relacionado con la discusión acerca de la licitud del uso de la fuerza en legítima defensa anticipada en función de la “inminencia” del ataque contra el que se responde. De hecho, aquellos autores que escriben acerca de dicha versión del instituto, sostienen que los requisitos establecidos por la costumbre internacional para el ejercicio del mismo son necesidad, proporcionalidad e “inminencia”, en vez de “inmediatez”.

Por nuestra parte, entendemos que la “inminencia” o no de un ataque constituye el carácter diferenciador entre la legítima defensa anticipada y la legítima defensa “simple”. En el primer caso, el componente cronológico es la inminencia: el ataque aun no sucedió, pero es inevitable, en poco tiempo más –segundos, minutos o pocas horas–, sucederá, y por eso es legítimo anticipar el uso de la fuerza en defensa del Estado. En cambio, en la legítima defensa “simple”, el componente cronológico es la inmediatez: hubo un ataque o agresión previa, y la respuesta defensiva se dio sin solución de continuidad, con rápida posterioridad al primer ataque, y mientras subsiste la posibilidad de que el ataque continúe.

#### *i. Defensa anticipada: requisito de “inminencia”*

Siendo así las cosas, cualquier análisis acerca de la legalidad o no de la pretensión de un Estado de haber utilizado la fuerza amparado por la legítima defensa, deberá comenzar por indagar si el mismo ha cumplido con los requisitos fijados por la costumbre internacional: necesidad, proporcionalidad e inmediatez. Si hubiese dudas sobre este último –puesto que quien alega la defensa usó la fuerza antes de que la otra parte lo atacara, o bien transcurrió un cierto tiempo del primer ataque pero con fundada convicción de que habrá otro– cabrá abocarse a estudiar la inminencia de aquel ataque. Si se reuniesen elementos como para establecer la convicción de que aquel ataque iba a ser realizado fuera de toda duda, se podrá afirmar que se hizo uso de la legítima defensa anticipada.

---

<sup>41</sup> Tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en que éstos son los requisitos prescriptos por la costumbre internacional para el ejercicio de la legítima defensa. Ver “Caso concerniente a actividades militares y paramilitares contra Nicaragua”, Méritos, ICJ Reports 1984, para. 237 (en adelante, “Caso Nicaragua”); Vid. también “Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares”, ICJ Reports 1996, para. 41; también “Caso concerniente a las Plataformas Petroleras”, ICJ Reports 2003, para. 51, 76 y 77; PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1998, 6ta. Edición, p. 657; SHAW, MALCOLM, *International Law*, UK, Cambridge University Press, 5ta. Ed., p. 1031

<sup>42</sup> cfr. VAN DEN HOLE, LEO, “Anticipatory Self-Defense Under International Law”, *American University International Law Review*, p. 104 (2003).

Pensamos que esta perspectiva de análisis permitirá establecer la licitud o ilicitud de una cantidad de casos de pretensiones de uso de la fuerza en legítima defensa sin entrar en el pantanoso terreno de la defensa preventiva.

Los tres casos antes mencionados, generalmente citados como los antecedentes más relevantes posteriores a 1945 de uso de la fuerza en legítima defensa antes de un “ataque armado”, parecen apoyar la línea divisoria que trazáramos entre la versión “anticipada” y la “preventiva” del instituto.

Como se ha señalado, los Estados Unidos se abstuvieron expresamente de alegar un derecho de legítima defensa anticipada para desplegar su bloqueo naval, en vista de la falta de uno sus elementos fundamentales: el de la inminencia de un ataque.

La ofensiva lanzada por Israel en la Guerra de los Seis Días, por su parte, parece haber cumplido dicho elemento y, por lo tanto, no generó condena alguna de la comunidad internacional. En cambio, el bombardeo que dicho país lanzó en 1981 contra el reactor nuclear iraquí de Osirak fue enérgicamente criticado en razón de su premeditación y la ausencia de “inminencia” en la reacción.

### *ii. Defensa posterior: requisito de “inmediatez”*

Cabe destacar también, dentro del requisito de la “inmediatez”, la tesis de muchos autores que proponen distinguir las represalias de un uso de la fuerza armada en un contexto de una “campaña terrorista en ejecución”<sup>43</sup>. En la medida en que los ataques terroristas no aparezcan como actos aislados, sino como parte de una “campaña terrorista” que se extiende en el tiempo, el uso de la fuerza por parte de un Estado que ha sido víctima o que considera que será víctima de un ataque inminente, que se realiza después de que uno de los “eslabones” de esta cadena de atentados ha culminado, no atentaría contra el requisito de la inmediatez. Esto es así porque el uso la fuerza por parte del Estado víctima no tendría un carácter punitivo, sino que buscaría evitar nuevos ataques terroristas.

En este sentido, Schachter sostiene que no parece irrazonable permitir a un Estado víctima de un ataque responder con la fuerza más allá del área inmediata del ataque, cuando dicho Estado tiene buenas razones para esperar una continuación de los ataques desde la misma fuente. Tal acción no sería meramente anticipada porque existieron ataques previos; tampoco sería una represalia ya que su motivo primario es protectivo, no punitivo<sup>44</sup>.

Schmitt menciona como ejemplo los atentados del 11 de Septiembre: para él, estos ataques fueron solo los últimos ataques de una campaña terrorista de largo término contra los EE.UU. por parte del Al-Qaida. Según este autor, habría evidencias de vínculos entre esta organización y las bombas del World Trade Center en 1993, los ataques de 1998 contra las Embajadas norteamericanas en África del Este y los ataques del año 2000 contra el USS Cole<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> SCHMITT, MICHAEL, *op. cit.*, pp. 535-536; PAUST, JORDAN, “Use of armed force against terrorist in Afghanistan, Iraq and beyond”, *Cornell International Law Journal*, p. 534 (Winter 2002); SCHACHTER, OSCAR, “The Lawful Resort to Unilateral Use of Force”, 10 *Yale Journal of International Law*, p. 293 (1985); citado por BAKER, *op. cit.*, p. 40; HIGGINS, ROSALYN, *op. cit.*, citada por BAKER, *op. cit.*, p. 45; BLUM, “The Beirut Raid and the International Double Standard: A Reply to Professor Richard A. Falk”, 64 *American Journal of International Law*, p. 80 (1970); citado por BAKER, *op. cit.*, p. 43.

<sup>44</sup> SCHACHTER, OSCAR, “The Lawful Resort to Unilateral Use of Force”, 10 *Yale J. Int. L.*, p. 293 (1985); citado por BAKER, *op. cit.*, p. 40.

<sup>45</sup> SCHMITT, MICHAEL, *op. cit.*, pp. 535-536.

Por último, y también referido al requisito de la “inmediatez”, es dable señalar la opinión de algunos para quienes esta condición debe ser flexibilizada en casos de respuestas ante ataques terroristas. La razón es que, en estos casos, un Estado debe tomarse tiempo para identificar el grupo terrorista autor del atentado, precisar su ubicación geográfica y determinar si algún Estado le ha proporcionado ayuda, antes de poder responder razonablemente<sup>46</sup>.

### III-Otra dimensión a tener en cuenta: la relación entre el estado anfitrión y el grupo terrorista

Si bien la postguerra fría se caracteriza por el surgimiento de una cantidad de actores no estatales –entre las que se destacan las redes terroristas transnacionales–, el sistema internacional sigue configurado esencialmente como una comunidad de Estados-nación soberanos, formalmente iguales entre sí y que, en principio, ejercen un imperio exclusivo y excluyente sobre sus respectivos territorios. En este contexto, las organizaciones terroristas necesariamente deben establecerse en el territorio de algún Estado “anfitrión”, desde el cual lanzar sus operaciones.

Resulta conveniente por tanto dilucidar si es posible que el instituto de la legítima defensa, tal como está previsto en el Derecho Internacional, puede ejercerse contra sujetos o actores diferentes de los Estados y, en particular, contra una organización terrorista que ha lanzado o se halla próxima a lanzar un ataque contra un Estado.

La posibilidad de que el derecho de legítima defensa previsto en el art. 51 de la Carta pueda ejercerse contra actores no estatales –mantenida hasta el momento por muchos autores<sup>47</sup>–, parece haber sido definitivamente descartada por la reciente opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, referida a las “Consecuencias legales de la construcción de un muro en territorios palestinos ocupados”. En dicha decisión, la Corte ha sostenido textualmente que: “*Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defense in the case of armed attack by one State against another State. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State (...) Consequently, the Court concludes that Article 51 of the Charter has no relevance in this case*”<sup>48</sup>.

Tal decisión, sin embargo, no deja a los Estados totalmente indefensos ante ataques perpetrados por entidades para-estatales. Parece claro que si el Derecho Internacional no regulara estos casos, bastaría que un Estado canalizara un ataque armado a través de fuerzas irregulares para quedar inmunizado contra cualquier respuesta legítima de la víctima de su agresión.

Esta fue justamente la situación con la que se enfrentó la Corte Internacional de Justicia en el caso “Nicaragua”, en cuya oportunidad dispuso que, el hecho de que un ataque sea realizado por un grupo que no forme parte de las fuerzas armadas regulares del Estado, no es óbice para que el mismo pueda ser calificado como un “ataque armado”, en términos del art.

<sup>46</sup> TRAVALIO, GREGORY, *op. cit.*, p. 165; OCCELLI, MARÍA BENVENUTA, *op. cit.*, p. 483.

<sup>47</sup> MURPHY, SEAN, “Terrorism and the concept of ‘Armed Attack’ in Article 51 of the U.N. Charter”, *Harvard International Law Journal*, p. 49 (Winter, 2002); GREENWOOD, CHRISTOPHER, *op. cit.*, p. 17; PAUST, JORDAN, *op. cit.*, pp. 534-535; SCHMITT, MICHAEL, *op. cit.*, pp. 538-539; MURPHY, SEAN, *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>48</sup> Opinión Consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en territorios palestinos ocupados, ICJ Reports 2004, p. 56, para. 139.

51 de la Carta. En palabras del Tribunal: “(...) *an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also ‘the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to’ (inter alia) an actual armed attack conducted by regular forces, ‘or its substantial involvement therein’.* This description, contained in Article 3, paragraph (g) of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314 (XXIX), may be taken to reflect customary international law”<sup>49</sup>.

De este párrafo resulta claro que el uso de la fuerza en defensa propia puede ser legítimamente alegado contra un ataque armado (actual o inminente) lanzado por un Estado a través de fuerzas irregulares como pueden ser, por ejemplo, las organizaciones terroristas. Si dicho ataque realizado a través de fuerzas irregulares, tiene una “gravedad” suficiente como para ser calificado (*inter alia*) como un ataque armado conducido por fuerzas regulares, puede oponerse el instituto de la legítima defensa.

En suma, la reacción armada frente a un ataque terrorista solo será amparada por el Derecho Internacional en la medida en que se logre establecer que: (a) dicho ataque es “imputable” a un Estado que, por lo tanto, es responsable del mismo y (b) que el ataque tuvo una entidad suficiente como para ser considerado un “ataque armado”.

En lo que resta de este trabajo, nos concentraremos en el primero de estos requisitos. Debemos encontrar, por lo tanto, parámetros en el Derecho Internacional que nos permitan determinar en qué casos un ataque perpetrado por “bandas armadas” irregulares es imputable a un Estado, o dicho de otra manera, en qué ocasiones podemos igualar los actos de estos grupos para-estatales a actos del Estado mismo. La costumbre que regula esta materia tiene un extenso desarrollo en materia de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, largamente estudiada por la Comisión de Derecho Internacional y recientemente recogida en la Resolución 53/83 de la Asamblea de las Naciones Unidas<sup>50</sup>.

Dos son los supuestos de atribución de los actos de particulares al Estado previstos por este capítulo del Derecho Internacional que nos interesan especialmente para nuestro objetivo: “comportamiento bajo la dirección o control del Estado”<sup>51</sup> y “comportamiento del Estado que reconoce y adopta como propio”<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Caso Nicaragua, *op. cit.* para. 195.

<sup>50</sup> La posibilidad sugerida en este trabajo de tomar estándares establecidos por la costumbre en materia de responsabilidad internacional del Estado para determinar a quien es atribuible un ataque armado a fin de habilitar el ejercicio de la legítima defensa, parece haber sido confirmada por la Corte Internacional de Justicia, que en un caso reciente en el que ha señalado que “*in order to establish that it was legally justified in attacking the Iranian platforms in exercise of the right of individual self-defense, the United States has to show that attacks had been made upon it for which Iran was responsible (...)*” “Caso concerniente a las Plataformas Petroleras”, *op. cit.*, para. 51.

<sup>51</sup> Art. 8, Resolución A/56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”; Caso Nicaragua, Méritos, ICJ Reports 169 (1984), para. 115.

<sup>52</sup> Art. 11, Resolución A/56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”; Caso concerniente al personal estadounidense consular y diplomático en Teherán (en adelante, “Caso Teherán”), Méritos, ICJ Reports 1980, para. 74, en el que la Corte dispuso que “*The approval given to these facts by the*

Teniendo en cuenta estos dos criterios de atribución de actos de particulares al Estado, creemos que es posible distinguir tres posibles escenarios de relación entre Estados y organizaciones terroristas: a) El Estado “anfitrión” que no puede impedir que su territorio sea utilizado por organizaciones terroristas (“estado débil”); b) el Estado “anfitrión” que puede pero no quiere impedir que su territorio sea utilizado por organizaciones terroristas (“estado cómplice”); y c) el Estado “anfitrión”, que fomenta las actividades de organizaciones terroristas en su territorio (“estado terrorista”). Como veremos, cada uno de estos escenarios también traerá aparejadas distintas consecuencias jurídicas en el requisito de la proporcionalidad de la legítima defensa.

### III. 1. Los Estados Débiles

En principio, no parece que se pueda exigir a un Estado que cumpla obligaciones que van más allá de sus posibilidades. Más aun, tomando el estándar de “control efectivo” propuesto por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua<sup>53</sup> y adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/56/83<sup>54</sup>, difícilmente pueda afirmarse que los actos de grupos terroristas puedan ser imputables a un Estado que no tiene la capacidad para controlar dichas actividades.

Al mismo tiempo, a tenor de lo dispuesto por la CIJ en la Opinión Consultiva sobre la construcción del Muro antes citada, frente a un Estado débil no podría haber legítima defensa del tipo de la contemplada en el Art. 51 de la Carta, puesto que, de darse un uso de la fuerza, este sería contra el grupo terrorista y no contra el Estado anfitrión, dado que ambos deben distinguirse y, por las razones recién expuestas, los actos del primero no podrían atribuirse al segundo.

Por lo tanto, ante un Estado anfitrión que “quiere pero no puede” impedir la acción de los grupos terroristas que operan dentro de su territorio, la legítima defensa debería ejercerse en “cooperación” con ese Estado y no “contra” el mismo. Así, lo máximo que podría hacer un Estado interesado en que no se realicen actividades terroristas dentro de un Estado “débil”, es prestar colaboración para que éste pueda hacer cumplir el derecho internacional dentro de su territorio.

Dentro de esta categoría de Estados “anfitriones” debe hacerse entonces una nueva distinción entre aquellos Estados que consienten la cooperación de otro Estado o grupo de Estados para erradicar a las organizaciones terroristas de su territorio, de aquellos que no la consienten.

---

*Ayatollah Khomeini and other organs of the Iranian State, and the decision to perpetuate them, translated continuing occupation of the Embassy and detention of the hostages into acts of that State*<sup>53</sup>.

Dijo la Corte en dicha ocasión: “Such acts could well be committed by members of the contras without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed”. Caso Nicaragua, *op. cit.*, para. 115.

<sup>54</sup> El Art. 8 de la Resolución A/56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” establece en el “art. 8 que “se considerará hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”.

El primer caso podría ejemplificarse con el programa de apoyo militar estadounidense en Colombia para erradicar el narcotráfico y sus conexiones y consecuencias terroristas, denominado “Plan Colombia”. Bajo estas circunstancias no se podría hablar estrictamente de un uso de la fuerza “en las relaciones internacionales” de dos Estados<sup>55</sup>, ya que el Estado anfitrión ha hecho uso de su soberanía para aceptar la colaboración de otro dentro de su territorio.

El segundo caso se configuraría cuando el Estado anfitrión “débil” no consiente la cooperación, ya sea que incluya o no el uso de la fuerza, de otros países. Para aquellos que apoyan una interpretación restrictiva del artículo 2(4) de la Carta, si así fuera, solo podría considerarse legítima, en principio, una acción con uso de la fuerza contra el Estado anfitrión autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Tal sería el caso de la intervención en Afganistán de Estados Unidos y sus aliados, luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001<sup>56</sup>.

### III. 2. Los Estados Cómplices

Un segundo escenario a estudiar se configura en aquellos casos en los que el Estado anfitrión puede pero no quiere impedir que su territorio sea utilizado como base de operaciones de organizaciones terroristas.

A fin de encuadrar jurídicamente este tipo de situaciones, cabe recordar en primer término que la conducta de un Estado generadora de responsabilidad puede consistir tanto en una “acción” como en una “omisión”<sup>57</sup>. Este caso, según entendemos, se encuentra regulado por la obligación general que pesa sobre cualquier Estado de impedir que en su territorio se realicen actividades nocivas para terceros Estados y, en particular, por el deber de evitar que su territorio sea utilizado como base de operaciones para lanzar ataques terroristas. Tal obligación encuentra sustento en numerosos instrumentos internacionales que, si bien no tienen naturaleza vinculante, son generalmente reconocidos como reflejo de la *opinio iuris* de los Estados en esta materia.

Así, la Resolución 2625 de la Asamblea General de la ONU establece que “Todo Estado tiene la obligación de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Es decir, no estaríamos dentro de la prohibición general prevista por el Art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>56</sup> Al respecto, se considera que la resolución 1368 (2001) adoptada por el Consejo de Seguridad inmediatamente después de los atentados del 11 de Septiembre, autorizó el uso del instituto de la legítima defensa por parte de Estados Unidos y sus aliados, en tanto “reconoció” el derecho inherente de legítima defensa individual o colectiva de acuerdo con la Carta de la ONU.

<sup>57</sup> Resolución A/56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, art. 2; Caso Canal de Corfú, Méritos, ICJ Reports 1949, pp. 22-23; Caso Teherán, *op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>58</sup> Resolución A 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas: “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Una condena similar aparece en la Resolución 2131 de la Asamblea General “Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, terroristas o subversivas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en una guerra civil de otro Estado”.<sup>59</sup>

El Borrador de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Raza Humana, a su turno, incluyó en su definición de tales crímenes: “la realización o instigación por autoridades de un Estado de actividades terroristas en otro Estado, o la tolerancia por las autoridades de un Estado de actividades organizadas calculadas para llevar adelante actos terroristas en otro Estado”.<sup>60</sup> Parece claro que la violación por parte de un Estado de estas obligaciones genera la responsabilidad del Estado infractor por “omisión”.

Ahora bien, cabría preguntarse si tales incumplimientos pueden considerarse como un “ataque armado”, pasible de poner en funcionamiento el art. 51 de la Carta. En este sentido, es generalmente aceptado que la mera violación de una obligación debida por un Estado a otro en Derecho Internacional no justifica el uso de la fuerza por parte del Estado víctima del ilícito. La CIJ adoptó esta posición en el caso del Canal de Corfú.<sup>61</sup> No debe perderse de vista, además, la decisión de la Corte en el caso Nicaragua, en especial el párrafo en el que expresó que “*the mere supply of funds to the contras, while undoubtedly an act of intervention in the internal affairs of Nicaragua (...) does not amount to a use of force*”.<sup>62</sup> Cabe destacar en este punto que, si bien la Corte descartó que dichos actos constituyeran un ataque armado, consideró que sí eran violatorios de normas internacionales tales como el principio de no intervención y que, por lo tanto, llevaban aparejadas la responsabilidad internacional de Estados Unidos.<sup>63</sup>

Una respuesta afirmativa, por otra parte, podría ser derivada de la Resolución 3314 (XXIX), que caracteriza a la “agresión”, entre otros supuestos, como “la acción de un Estado que permite en su territorio, que ha sido puesto a disposición de otro Estado, sea usado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado”.<sup>64</sup>

Esta última postura, parece estar también apoyada por la práctica reciente del Consejo de Seguridad. En 1992 el Consejo de Seguridad vinculó explícitamente el involucramiento en actividad terrorista a la obligación del Estado de abstenerse del uso de la fuerza en términos del art. 2(4) de la Carta. En la Resolución 748, estableció que “asistir” en actos terroristas o

<sup>59</sup> Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía”, Art. 2. Como se entiende, esta resolución se aplica sólo parcialmente, puesto que limita la obligación al caso de que la organización terrorista busque destituir por medios violentos a un gobierno.

<sup>60</sup> International Law Commission, Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, 1954, arts. 2 (6); disponible en <http://www.un.org/law/ilc/texts/offra.htm>.

<sup>61</sup> Ver en general Caso Corfú, *op. cit.*; TRAVALIO, GREGORY M. Y ALTENBURG, JOHN, “Terrorism, International Law and the use of military force”, *Wisconsin International Law Journal*, pp. 148 - 151 (Winter, 2000).

<sup>62</sup> Caso Nicaragua, Méritos, *op. cit.*, para. 228.

<sup>63</sup> Ver también Caso Nicaragua, Méritos, *op. cit.*, para. 242.

<sup>64</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Definición de la Agresión”, Art. 3° inc. (f). Sin embargo, aun si esta definición fuera extendida a la tolerancia de actividades de organizaciones terroristas en territorio de un Estado anfitrión, podría objetarse que un “acto de agresión” no constituye necesariamente un “ataque armado”. Este último, aparece a nuestro entender como una forma calificada de acto de agresión, e implica un grado mínimo de uso de la fuerza que debería ser valorada en cada caso en concreto.

“prestar aquiescencia” a actos terroristas era suficiente para implicar la violación de la obligación del Estado de abstenerse del uso de la fuerza en términos del art. 2(4)<sup>65</sup>. En 1994 y de nuevo en 1998, condenó la aquiescencia a los terroristas en términos incondicionales. Esta tendencia culminó en la Resolución 1373, luego de los ataques del 11 de septiembre. En dicha oportunidad, el Consejo vinculó por primera vez el derecho inherente de legítima defensa de un Estado a la respuesta contra el apoyo de otro Estado al terrorismo, ya sea que se tratase de un apoyo “activo o pasivo”<sup>66</sup>.

Cabe preguntarse en este caso si es necesario, antes de defenderse, requerir al Estado anfitrión que cese en la omisión de su obligación de no permitir la utilización de su territorio para la organización o realización de acciones que vayan en desmedro de otro Estado.

En este escenario, la proporcionalidad será de difícil apreciación, puesto que la distinción entre Estado y terroristas es difusa. Cabría afirmar que el uso de la fuerza en legítima defensa, podrá ejercerse primero para eliminar la amenaza terrorista inminente o enfrentar el ataque terrorista desencadenado, y después para debilitar y cortar los vínculos de apoyo del aparato estatal al terrorismo y para disuadir al Estado cómplice de seguir ayudando a dichos grupos.

### III. 3. Los Estados Terroristas

Por último, en el caso de los gobiernos que fomentan las actividades de grupos terroristas en su territorio, es posible imputar los actos de estas organizaciones al mismo Estado. Para ello, sería necesario demostrar que se ha cumplido con el requisito dispuesto por la Corte Internacional de Justicia antes citado: que el Estado anfitrión ejerza un “control efectivo” sobre cada una de las acciones de los grupos terroristas.

Al mismo tiempo, es posible afirmar que la asimilación de los actos de los grupos terroristas a los Estados que los albergan podría fundarse también en los estándares propuestos por la Corte Internacional de Justicia en el Caso Teherán y adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en sus “Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/56/83: reconocimiento o adopción de los actos de particulares por parte de un Estado<sup>67</sup>.

En dicho caso, la Corte debió decidir si la acción de los estudiantes iraníes que ocuparon la Embajada de EE.UU. y tomaron al personal de la embajada como rehenes podía ser atribuida al gobierno de Irán. La Corte dividió los eventos en dos fases: la toma inicial por parte de estudiantes y la subsecuente extensa ocupación de la Embajada. En base a dicha distinción, encontró que durante la fase inicial los estudiantes no actuaron en nombre del Estado y que, por lo tanto, el Estado no era responsable por sus acciones, pese a reconocer que las autoridades iraníes incumplieron su obligación de proteger la Embajada, aunque contaba con los medios para hacerlo. En cambio, de acuerdo con la Corte, el gobierno iraní

---

<sup>65</sup> SC Res No. 748, UN Doc No. S/RES/748 (1992); citado por TRAVALIO Y ALTENBURG, *op. cit.*, pág. 107.

<sup>66</sup> SC Res No. 1373, UN Doc No S/RES/1373 (2001); citado por TRAVALIO Y ALTENBURG, *op. cit.*, pág. 107.

<sup>67</sup> Art. 11, Resolución A/56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”.

tuvo responsabilidad por las acciones de los estudiantes después de que la concreción de la toma, porque solo en ese momento el Ayatollah Khoimeni expresó su aprobación de la ocupación e indicó que el personal diplomático y consular estaba “bajo arresto”<sup>68</sup>.

Siguiendo este antecedente de la Corte, la Asamblea General en el Art. 11 de sus “Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” ha dispuesto que “el comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el Derecho Internacional, en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio”<sup>69</sup>.

De la misma manera, podemos afirmar que en la medida en que un Estado reconozca y adopte como propios los actos de una organización terrorista, las acciones de ésta última (incluyendo la concreción de un ataque armado contra otro Estado), le serán atribuibles.

Así las cosas, la legítima defensa “simple” y la anticipada, podrían ejercerse en el marco de la costumbre internacional y del Art. 51 de la Carta, por tratarse de un ataque armado ya realizado o inminente, de Estado a Estado. En estas circunstancias, el uso de la fuerza proporcional se podría ejercer contra todo el Estado anfitrión, con los únicos límites del Derecho Internacional Humanitario.

u u

---

<sup>68</sup> Caso Teherán, Méritos, ICJ Reports 3 (1980), párrs. 73 y 74; TRAVALIO Y ALTENBURG, *op. cit.*, págs. 103-4.

<sup>69</sup> Resolución A/56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Art. 11.

PAGINA 44  
BLANCA

**BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL GENERAL Y SUS RELACIONES CON LOS SISTEMAS PENALES PARTICULARES**

**THE INTERNATIONAL GENERAL CRIMINAL LAW AND ITS RELATIONS WITH THE PARTICULAR SYSTEMS**

*José Dobovšek\**

**RESUMEN:** En la Comunidad Internacional debe diferenciarse el “Derecho Internacional Penal” del “Derecho Penal Internacional” (legislación estatal). En el Derecho Internacional Penal se observa una multiplicidad de fuentes normativas y el intérprete deberá seguir variados criterios de selección normativa. Se debe separar el Derecho Internacional Penal General del Derecho Internacional Penal Particular. Los “*delicta iuris gentium*” se pueden clasificar entre “delitos internacionales” y “crímenes internacionales” (violación de una norma del *ius cogens*). El ejercicio del poder jurisdiccional es una dificultad con que se enfrenta el Derecho Internacional Penal General, dado que no prevé la constitución de un Tribunal Internacional permanente. El Derecho Internacional Penal General delega la persecución y juzgamiento de los crímenes internacionales en la jurisdicción estatal.

**PALABRAS-CLAVE:** Derecho internacional penal – Sistemas penales particulares – *Delicta iuris gentium*.

**ABSTRACT:** In the international community must be differentiated the “International Criminal Law” from the “Criminal International Law” (as domestic legislation). A multiplicity of regulatory sources is observed in

---

\* Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad del Salvador y en el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina. Abogado. Escribano. Master en Economía y Administración de Empresas (ESEADE). Doctor en Derecho. Miembro Titular de la AADI.

the international criminal system, and the interpreter will have to follow several selection criteria. The international criminal system should be separated the “Universal Criminal Law” and “Special Criminal Law”. The “*delicta iuris gentium*” are clasified in “international delicts” (simple internationally wrongful acts) and “international crimes” (breach of a norm of *ius cogens*). The exercise of the jurisdictional power is a difficulty with which is faced the Universal International Criminal Law, given that does not foresee the constitution of a permanent International Court. The Universal International Criminal Law delegates the pursuit of the international crimes in the state jurisdiction.

KEY WORDS: International Criminal Law – Criminal International Law-*Delicta iuris gentium*.

**SUMARIO:** Palabras introductorias. Preliminar *Ubi societas ibi jus*. I. Derecho internacional penal y Derecho penal internacional. 2. El DIPEN como una rama específica del Derecho internacional público. 2.a. El sistema descentralizado de la comunidad internacional y el DIPEN. 2.b. Inexistencia de un órgano legislativo internacional que genere normas internacionales penales. 2. c. Multiplicidad de fuentes normativas internacionales penales. 2.d. La vigencia simultanea de normas internacionales penales de distinta fuente normativa. Un ejemplo: la esclavitud. 2. e. Caso de la CIJ: *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Fallo del 27 de junio de 1986). 3. El pluriverso normativo internacional penal. 4. El DIPEN general o universal y los DIPEN particulares. 5. El Derecho internacional penal particular. 6. El problema en el Derecho internacional penal general: El ejercicio de la jurisdicción penal internacional.

### Palabras Introductorias

Numerosas y sustanciales investigaciones se desarrollan respecto de los variados “*delicta iuris gentium*”, así como de los fallos que van dictando los distintos Tribunales Internacionales. Medulosos trabajos que destacan las particularidades de los crímenes internacionales, del derecho internacional procesal penal o la solución a los conflictos de competencia estatal en cuanto a su represión, etc., todos ellos referidos a un tema parcializado y concreto que manifestamente contribuyen al desarrollo del Derecho Internacional Penal.

Sin embargo, es necesario develar una realidad que es omitida en estas visiones limitadas por el tema de investigación. La consabida metáfora de separar “el árbol del bosque” es plenamente aplicable en esta reflexión. ¿Es factible una síntesis de los casos particulares del Derecho Internacional Penal que permita llegar a una visión global de este sistema represivo internacional? ¿Es viable una teoría del Derecho Penal vigente en la Comunidad Internacional que analice e investigue al Derecho Internacional Penal como una rama específica del Derecho Internacional Público?

Desde esta visión global, y como primera constatación, es dable observar que el Derecho Internacional Penal no se nos presenta como algo uniforme y organizado, tal como un sistema penal estatal, sino a través de manifestaciones puntuales, en las que existe cierta

dosis de anarquía normativa e incomunicación entre ellas. ¿Qué vínculo existe entre los Tribunales Internacionales Penales para la Ex Yugoslavia, de Ruanda, de Sierra Leona y el Tribunal Internacional Penal Permanente?, ¿cuál es la incidencia recíproca de sus fallos? ¿la normativa sustancial penal de uno es aplicable en otros? etc. Todos éstos son los interrogantes que tanto la doctrina del Dipen como la jurisprudencia deberán dar respuesta.

### Preliminar “*Ubi societas ibi ius*”

Toda comunidad humana tiene, dentro de su estructura jurídica, primitiva o desarrollada, normas que castigan mediante una sanción penal, determinados actos que se considera atentatorios contra su existencia y/o desarrollo. Se trata de conductas, que en un contexto histórico determinado, la opinión generalizada considera que deberán ser castigadas para el supuesto de su comisión.

Este sistema penal se adecua a la estructura de cada comunidad. Así, en el caso de las comunidades estatales que pertenecen al denominado sistema continental, las normas penales se crean en base a los consabidos principios del “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*” como una manera de proteger a los derechos básicos de la persona privada frente al poder omnímodo del Estado. El objetivo de este principio es publicitar a los particulares que sólo determinadas conductas, y no otras, merecerán el castigo con la aplicación de una pena<sup>2</sup>. Se agrega que esta “*lege*” deberá además ser “*prævia*”, “*scripta*”, “*stricta*” y finalmente “*certa*”, entre otros requisitos<sup>3</sup>. Otra particularidad del sistema penal estatal es que la creación de esa normativa penal se encuentra monopolizada y concentrada en determinados órganos del Estado, como un modo de otorgar certeza respecto de la existencia y extensión de la norma penal.

La Comunidad Internacional también tiene su propio sistema penal que, en definitiva, será el reflejo de su particular estructura descentralizada. Se lo conoce como el Derecho Internacional Penal (que en lo sucesivo lo denominaremos con la abreviatura “Dipen”), una rama del Derecho Internacional Público<sup>4</sup>, y como tal, participa de sus características que imprimen al sistema represivo internacional, una dinámica que resulta difícil de asimilar para un jurista habituado al derecho penal estatal.

## 1.-Derecho Internacional Penal y Derecho Penal Internacional

Desearnos puntualizar un tema que no es meramente semántico dado que tiene una fundamental importancia metodológica. No corresponde emplear como sinónimos **Derecho Internacional Penal** y **Derecho Penal Internacional**, ya que responden a distintos sistemas normativos.

La antelación en el título de la palabra “Internacional”, hace referencia a una información que no es de poca valía, ésta indica *que la normativa en cuestión es de fuente y origen internacional*.

<sup>1</sup> GRISPIGNI, FILIPPO. *Derecho Penal Italiano*. Vol.I. Introduccion. pag. 72 y ss. Ed. Depalma. Bs. As., 1948.

<sup>2</sup> OBARRIO, EDUARDO AGUIRRE. “Sobre *nullum crimen sine injuria* y algún otro principio”. pag. 33 y ss. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*. Tomo 56. Dic.1996.

<sup>3</sup> FIERRO, GUILLERMO J. *La ley penal y el Derecho Internacional*, pag.157. Ed. Tea. 1997.

<sup>4</sup> KAI, AMBOS. *La parte general del Derecho Penal Internacional*. Bases para una elaboración dogmática. Ed. Konrad Adenauer. 2005, pag. 35.

Así, cuando nos referimos al **Derecho Internacional Penal** (Dipen), lo hacemos en relación a un sistema normativo de origen internacional. Sus normas surgen de las fuentes internacionales (entre otras, las enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), y como tales, tienen una vigencia supraestatal (se aplica el monismo con supremacía internacional). Su característica esencial es la tutela de bienes e intereses jurídicos de la Comunidad. De allí que su violación implica una agresión contra la Comunidad en su conjunto. El delincuente será considerado como “*hostis humani generis*”<sup>5</sup> y, como tal, pasible de la persecución y castigo por cualquiera de los miembros de esta Comunidad. Esta es la fundamentación, en última instancia, de la denominada “competencia universal” que se atribuyen los Estados para la persecución y castigo de los criminales internacionales.

Por su parte, el **Derecho Penal Internacional**, es un sistema normativo de origen y fuente estatal. Son aquellas normas estatales penales que exceden el marco de su aplicación territorial local. Es la parte del derecho nacional que establece el ámbito espacial o personal, del derecho punitivo local y del derecho penal extranjero<sup>6</sup>. No debe olvidarse que en materia internacional, los sujetos primarios tienen una cualidad que les es muy propia: son Estados soberanos y como tales gozan de autonomía e independencia para la toma de sus decisiones. Y forma parte de la soberanía de cada Estado establecer la vigencia territorial y personal de sus normas penales, así como de la aplicación en su territorio del derecho extranjero o inclusive internacional.

De modo tal, que integra al Derecho Penal Internacional, toda aquella normativa estatal que regula la asistencia y el auxilio con otros Estados y los Tribunales Internacionales; también los tipos penales estatales relativos a las relaciones internacionales (arts.198, 219, 220, 221 del Código Penal Argentino que reprimen a la piratería, peligro en la declaración de guerra o represalias, violación de inmunidades, etc.); o las normas que regulan el derecho de asilo, entre muchos otros ejemplos.

Algunos autores como Quintano Ripollés<sup>7</sup> consideran que el Derecho Penal Internacional no es técnicamente “penal” dado que son normas procesales tendientes a la solución de los conflictos jurisdiccionales y normativos de distintos Derechos Penales. Otros, como Alcides Calandrelli, consideran que esta rama en realidad pertenece a la especialidad del Derecho Internacional Privado como un ámbito para la solución de los conflictos procesales y sustantivos entre los derechos de distintos Estados<sup>8</sup>.

De allí que no corresponde la utilización ambigua de ambos términos “Derecho Internacional Penal” y “Derecho Penal Internacional” por cuanto se refieren a sistemas normativos distintos e incluso de otro nivel jerárquico, ya que el Dipen siempre tendrá supremacía

<sup>5</sup> Caso “Furundzija, Anton” TIPEY ( Furundzija IT-95-17/1) ver §147.

ver en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-f.htm>.

<sup>6</sup> GUILLERMO J FIERRO, *La ley penal y el Derecho Internacional*. pag. 56 .2º edición .Editorial Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1997.

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid. 1955. Fierro, Guillermo J. *La ley penal y el Derecho Internaciona*. Ed. Tipográfica Editora Argentina. 2º Edición. 1997 en pag.56 punto 4.

<sup>8</sup> CALANDRELLI, ALCIDES. *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*. Tomo II. Madrid. 1913.- pag.107 “A nuestro juicio, el Derecho internacional privado comprende también las reglas o normas destinadas a regir las relaciones de orden penal, dirimiendo las cuestiones de esta naturaleza que surjan en el ambiente internacional...”.

respecto de las normas estatales penales: no podrán invocarse normas estatales para sustraerse a las responsabilidades internacionales penales (supremacía absoluta del Derecho Internacional).

## **2.- El DIPEN como una rama específica del Derecho Internacional Público**

El Dipen es una rama del Derecho Internacional Público y como tal, participa de todas sus cualidades, que imprimen características muy particulares al sistema penal de la Comunidad Internacional. Podemos destacar algunas de ellas:

### **2.a. El sistema descentralizado de la Comunidad Internacional y del Dipen**

La descentralización es una característica predominante del Derecho Internacional, por la cual, sus miembros asumen roles y funciones que en el derecho interno se concentran en el Estado. En virtud de esta descentralización no existe en el ámbito internacional un órgano legislativo, un órgano judicial o un órgano con facultades policiales que monopolicen y concentren: la creación de las normas internacionales penales, la aplicación de las sanciones y finalmente las funciones de prevención y represión de los “*delicta iuris gentium*”.

La Comunidad Internacional no institucionalizada se estructura en base a un modelo “paritario”, de coordinación entre sus sujetos estatales. Los Estados, como sujetos originarios de esta Comunidad, son entes soberanos, y como tales, no admiten la posibilidad de una relación de subordinación (de contenido compulsivo) a un órgano legislativo, judicial o policial internacional. Ello sólo resulta admisible previa conformidad o aceptación, expresa o tácita, a una situación subordinada.

Esta descentralización conlleva las consecuencias que se señalan a continuación.

### **2.b. Inexistencia de un órgano legislativo internacional que genere normas internacionales penales.**

En los sistemas estatales se concentra la actividad de generación de normas en determinados órganos. Por lo general, son los parlamentos quienes tienen a su cargo la sanción de las leyes penales aplicables en esa Comunidad. Sin embargo, y en virtud de la natural descentralización de la Comunidad Internacional, las funciones de creación de las normas penales no se encuentran monopolizadas en ningún organismo o sujeto. La realidad nos evidencia que su creación está a cargo de todos los miembros de esa Comunidad. Son los Estados, y los demás sujetos del Derecho Internacional, quienes gestan las normas penales que se aplicarán en la Comunidad.

Debemos puntualizar que la Asamblea General de las Naciones Unidas no es un órgano legislativo, ya que ésta sólo se expide a través de resoluciones, declaraciones o recomendaciones, que no tienen un carácter obligatorio análogo a una ley. La Asamblea puede *proponer pero no obligar* a los Estados miembros de la Naciones Unidas<sup>9</sup>. Ello no obsta que la Asamblea General sea un foro deliberativo de una gran influencia en la formación indirecta de normas internacionales. Sus resoluciones desempeñan una importante función para la futura

---

<sup>9</sup> Así lo resolvió la CIJ *in re. Sud-Oeste Africano* en el que se confirmó la falta de obligatoriedad de las resoluciones de la Asamblea General, que no tienen otro alcance que el de “invitaciones a observar una determinada conducta”. <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/csaesasommaire660718.htm>.

creación de normas obligatorias, sean consuetudinarias o consensuales<sup>10</sup>. Resulta clara la fuerza persuasiva de sus resoluciones pero ello no es suficiente para convertirlas en jurídicamente obligatorias.

La falta de un órgano legislativo y la consecuente descentralización de las funciones normativas, hacen que Derecho Internacional Penal haya evolucionado en distintas áreas y en forma despareja y a veces contradictorias. La carencia de una sistemática de la criminología internacional y de un cuerpo codificado normativo, son una particularidad posible de calificar como dramática del Dipen.

### **2.b.1. Las extraordinarias facultades “normativas” del Consejo de Seguridad**

Debemos hacer una aclaración en este punto, en cuanto a las extraordinarias facultades “normativas” del Consejo de Seguridad, que representaron una novedosa situación en el Derecho Internacional. En función de las atribuciones que le otorga el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, este órgano ejecutivo procedió a crear dos tribunales internacionales penales *ad hoc*. Se trata de las resoluciones 827/93<sup>11</sup> y 955/94<sup>12</sup>, que no sólo constituyen Tribunales Internacionales para la Ex Yugoslavia y de Ruanda, sino que además, aprueban los Estatutos en base a los cuales estos organismos internacionales deberán actuar.

Los Estatutos del TIPEY (Tribunal Internacional Penal para la Ex-Yugoeslavia) y del TIPR (Tribunal Internacional Penal de Ruanda) contienen variadas y múltiples normas:

a.- **normas constitucionales** de los tribunales que regulan su organización, funcionamiento y su capacidad jurídica internacional, etc. (es un verdadero derecho constitucional del organismo internacional que se crea);

b.- **normas procesales** en cuanto al procedimiento y recursos contra las decisiones que se adopten (código procesal penal), y además

c.- **normas sustanciales penales**, ya que se especifican los crímenes que deberán ser juzgados y castigados por el tribunal creado (código penal particular)<sup>13</sup>.

Hacemos referencia al término de “facultades extraordinarias” del Consejo de Seguridad, ya que, por la comisión de graves crímenes humanitarios que pusieron en peligro la paz y la seguridad internacional, se “auto-atribuyó” facultades implícitas (no expresas) de la Carta de las Naciones Unidas para crear Tribunales Internacionales y dictar las normas penales que éstos aplicarán.

Esta facultad legislativa no se encuentra contemplada por la Carta de las Naciones Unidas. Sobre la legalidad de tal actuación debió decidir el Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, ante quien se cuestionó su propia constitución. En el caso Tadic<sup>14</sup> la Cámara de

<sup>10</sup> REY CARO, ERNESTO J. *La competencia legislativa de la Asamblea General de las Naciones Unidas*. Efectos jurídicos de las resoluciones. Pag.24. Universidad Nacional de Cordoba. Dirección General de Publicaciones. 1978.

<sup>11</sup> Texto disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/31/IMG/N9330631.pdf?OpenElement>.

<sup>12</sup> Texto Disponible <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/437/51/PDF/N9443751.pdf?OpenElement>.

<sup>13</sup> ETIEY: art.2° (infracciones graves a la CG.1949), art. 3° (crímenes de guerra), art.4° (crimen de genocidio), art.5° (crímenes contra la humanidad) y ETIPR: art.2° (crimen de genocidio) art.3° (crimen contra la humanidad) art.4° (violaciones del art.3 de la CG 1949 y Protocolo II adicional de 1977).

<sup>14</sup> Le Procureur c/ Dusko Tadic, alias “Dule” arrêt relatif a l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence. Ver en sitio internet del TIPEY. <http://www.un.org/icty>.

Apelaciones debió resolver una excepción preliminar de incompetencia, sobre las facultades del Consejo de Seguridad para constituir Tribunales Internacionales. En tal fallo, el Tribunal manifestó que ante una situación de extrema necesidad que pone en peligro la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad se encuentra facultado para elegir discrecionalmente las medidas que considere necesarias (art. 39 de la Carta). Y de conformidad con el art. 41 puede, a su criterio, crear tribunales internacionales con el fin de asegurar y restablecer la paz. (punto 35 y ss. del fallo), con lo que avaló esta facultad implícita del Consejo de Seguridad.

Como resultado de esta descentralización normativa, en virtud de la cual los sujetos de la Comunidad Internacional generan las normas penales internacionales, se constata que existe una multiplicidad de fuentes normativas penales.

### **2. c. Multiplicidad de fuentes normativas internacionales penales**

Una de las características del Dipen es la multiplicidad y la simultaneidad de las fuentes normativas penales, así como de las normas penales que surgen de éstas.

Esto marca una significativa diferencia con el derecho estatal, donde la facultad de generar normas penales se monopoliza en un órgano estatal predeterminado. Además, esta norma estatal será la emergente de una ley, como su fuente única y exclusiva. (art. 18 de la Constitución Argentina). No ocurre esto en el ámbito internacional.

Imaginemos que sobre un mismo ámbito territorial estatal, confluyan varios códigos penales (leyes escritas) y además otras fuentes de normas no escritas (derecho consuetudinario) y que todos tipifiquen delitos penales con distintos alcances. Estas múltiples normas penales coexisten unas con otras y en un mismo ámbito territorial y personal. Se plantea el problema de cuáles normas se aplicarán a los hechos delictivos ocurridos y, lo dramático de esta situación es que, según el régimen penal, el imputado podrá ser considerado criminal, o llegado el extremo, ser absuelto.

En la Comunidad Internacional se crean normas penales a través de diferentes fuentes y sin que exista un orden jerárquico que privilegie una fuente sobre otras.

Recordemos que el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, enumera como fuentes de normas internacionales

1.- las convenciones internacionales, sean generales o particulares;

2.- la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

3.- los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas (es el derecho interno de los Estados en la medida que participe en la formación de principios generales del derecho) y finalmente

4.- las fuentes auxiliares como son: las “decisiones judiciales” (jurisprudencia arbitral o judicial) y la doctrina internacionalista. Estas dos últimas son consideradas como fuentes verificadoras de las normas que surjan de las tres precedentes.

Esta enunciación no es limitativa, por cuanto existen otras fuentes normativas, aplicables al Dipen, como las “resoluciones de los organismos internacionales” (conforme se expuso precedentemente respecto del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) o los Principios Generales de Humanidad para los casos de graves violaciones a los principios humanitarios e inexistencia de norma internacional específica<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> DOBOVŠEK JOSÉ, “*El Derecho Internacional Penal. Delitos y crímenes internacionales. Sus fuentes normativas*” Tesis doctoral USAL. Marzo 2005. Cap. XII: “Los Principios Generales de

Esta multiplicidad de fuentes de normas penales hace que frecuentemente ocurran conflictos entre las distintas normas que de ellas pueden surgir y que, además, son susceptibles de ser aplicadas a una misma situación fáctica criminal. Puede ocurrir que coexistan distintas normas de carácter convencional (de un tratado con las emergentes de otra convención) o combinadas con normas de origen consuetudinario o Principios Generales de Humanidad o resoluciones de Organismos Internacionales (entre una convención que sanciona un *delictum iuris gentium* con una norma consuetudinaria o con un principio general de humanidad relativos al mismo *delictum*). La delicada situación obliga a utilizar distintos procedimientos para la determinación de la norma internacional penal.

En estos casos es necesario seleccionar qué norma penal será la aplicable a la conducta que se considera lesiva para la Comunidad Internacional. Existe un orden jerárquico por el cual una norma internacional penal tendrá prelación respecto de otra. Se pueden seguir varios criterios jurídicos de selección y depuración normativa: a.- por la naturaleza de las normas penales (si es norma del *ius cogens* o no); b.- por su especialidad, (“*lex specialis derogat lege generali*”); y c.- por su aparición cronológica (“*lex posterior derogat lege priori*”).

De allí que es normal, que en el ámbito de la Comunidad Internacional, concurren varias normas penales respecto de un mismo *delictum* y que surgen de distintas fuentes formales.

## **2.d.La vigencia simultanea de normas internacionales penales de distinta fuente normativa. Un ejemplo: la esclavitud.**

Para aclarar el concepto precedente y al sólo título de un ejemplo, entre muchos otros *delicta iuris gentium*, podemos citar a la esclavitud<sup>16</sup>.

La esclavitud tuvo una particular evolución en la *opinio iuris* de la comunidad internacional. De una práctica y actividad lícita, incluso protegida por representar una importante incidencia en el comercio internacional, pasó a ser considerado un verdadero crimen internacional como norma prohibida por el *ius cogens*.

La esclavitud es un *delicta iuris gentium*, que en la Comunidad Internacional tiene varias fuentes normativas. Pero además, dentro de cada tipo de fuente, pueden existir normas penales diferentes. Corresponde analizar el ejemplo.

### **2.d.a. El derecho convencional: Normas convencionales que prohíben la esclavitud**

La fuente más afín al criterio penalista estatal es la convencional, ya que las normas emergentes tienen, por lo menos, la característica de ser escritas. El tratado internacional se presenta como la fuente normativa más idónea y acorde con la concepción generalizada por la que una norma penal, deberá tener forma escrita. Pero también tiene sus limitaciones:

La primer desventaja se refiere a la limitada extensión de los sujetos obligados, por el **principio *res inter alios acta***. Es concepto básico de todo sistema jurídico que los acuerdos

---

Humanidad como fuente de normas internacionales penales”, pag. 314 y ss. Cap. XIII: Las resoluciones de los Organismos Internacionales como fuente formal de las normas penales, pag. 357 y ss.

<sup>16</sup> Dada la limitación del tema, nos referiremos a la “esclavitud” en su modalidad clásica o primitiva si se quiere. Modernamente se la considera asimilable al *delictum* de la trata de Personas, Mujeres, Niños e Inmigrantes con lo que se amplía considerablemente el espectro normativo. Ver. Oyarzábal, Mario J.A “Trata de Personas”, pag. 95. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. XIV. 2005. Córdoba.

solo obligarán a las partes intervinientes. La consecuencia es que cuanto se constituyan "*delicta iuris gentium*" por la vía convencional, éstos sólo obligarán a los Estados firmantes.

Otra limitación de las convenciones es su **vigencia condicionada a la voluntad** de los Estados firmantes. Esto surge del derecho de hacer reservas, de la denuncia del tratado o acordar su terminación o suspensión, con lo que bien podrá limitarse la efectividad de esa norma penal convencional. De modo tal que un sistema penal establecido en base a un tratado internacional puede ser tener diferentes alcances que dependen de todas las partes y también de cada una de ellas individualmente consideradas.

Además, y dentro del sistema convencional penal, es constatable **una total falta de sistemática**. Los tratados internacionales vinculados al Derecho Internacional Penal fueron celebrados y firmados sin una sistemática y una coordinación de las normas penales que establecen.

No obstante y pese a las limitaciones, el derecho convencional tiene apreciables ventajas: son normas escritas y por ello claras, explícitas, obligatorias para las partes y con una elevada carga de legitimidad. Por demás, aun cuando no gocen de una ratificación o adhesión a nivel universal, contribuyen a la clarificación del derecho penal existente y pueden ser el paso inicial para la generación de un derecho consuetudinario a nivel general.

Las fuentes normativas del derecho internacional tienen recíprocas influencias entre sí, pero en particular el derecho convencional se destaca por sus múltiples **posibles efectos**:

**El efecto declarativo de un tratado.** Este efecto contempla el supuesto que una norma consuetudinaria ya existente se plasma en un tratado. En este caso surge lo que denominamos la "*costumbre escrita*". La convención refleja por escrito lo que era una norma consuetudinaria ya vigente.

El Tratado de Roma de 1998 representa un verdadero *corpus iuris* penal de la Comunidad ya que reúne y desarrolla, en un texto unificado, normas penales y procesales teniendo en cuenta los diferentes sistemas de derecho penal estatal, con sus propias tradiciones. Plasma, por así decir, el derecho internacional penal consuetudinario actualmente vigente.

**Que el tratado "cristalice" una norma consuetudinaria.** Es el supuesto de un tratado que contemple en sus disposiciones, una norma consuetudinaria que aún no se encuentra definitivamente formada. Se trata de una norma en "*status nascendi*" pero su inclusión en un tratado internacional facilita su consolidación como norma internacional

**Que un tratado provoque un proceso generador de una norma consuetudinaria.** Es el efecto por el cual la norma consuetudinaria es generada (para el futuro) por causa de un tratado precedente. A esta convención la identificamos como "*tratado consuetudinario*".

La esclavitud se encuentra contemplada como "*delictum iuris gentium*" en diversas convenciones internacionales. Y según cada convención, será considerada (la esclavitud) ya sea como un "delito internacional", o como un "crimen internacional".

Consideramos que una importante clasificación de los "*delicta iuris gentium*" es aquella que los diferencia entre "*delitos internacionales*" y "*crímenes internacionales*". La distinción radica en que unos tienen la característica que su persecución y punición dependen de la incorporación en los derechos penales de cada Estado, en tanto que los calificados como crímenes internacionales, son normas penales que forman parte del "*ius cogens*" y por ende su perseguibilidad no depende de la incorporación normativa estatal y por su propia naturaleza son imperativas y oponibles *erga omnes*.

La esclavitud como "delito internacional" se encuentra regulada en la Convención de Ginebra del 25.09.1926, en su Protocolo anexo de 7.12.1953, en la Convención suplementa-

ria relativa a la abolición de la esclavitud, de la trata de esclavos e instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, del 7.09.1956.

Estas normas de fuente convencional, por el principio del “*res inter alios acta*” (art.34 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), solo obligan a los Estados firmantes (“*pacta sunt servanda*”, art. 26 CV cit.) y no a los terceros Estados. He aquí una importante limitación personal y territorial de este delictum de origen convencional: sólo será exigible entre las partes firmantes. Según estas convenciones, los Estados firmantes asumen el compromiso de incorporar en sus derechos internos el delito de esclavitud:

Así, la convención suplementaria relativa a la abolición de la esclavitud, de la trata de esclavos e instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, del 7.09.1956. establece en su **Artículo 1:** *Cada uno de los Estados Partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra en 25 de septiembre de 1926.*

Ello significa que hasta tanto tenga lugar esta incorporación al derecho penal estatal, la esclavitud no será penada, pese a que el Estado haya firmado esta convención.

Pero también, dentro del derecho convencional, la esclavitud puede llegar a ser considerada como un “crimen internacional” cuando constituya un acto material del genocidio, o del crimen de lesa humanidad o como una práctica contraria al derecho humanitario (crimen de guerra).

Así, en el **Tratado de Roma de 1998** se contempla a la esclavitud dentro del crimen de genocidio, cuando constituya una practica de sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial (art.6° inc.c) . O la esclavitud como un crimen de lesa humanidad, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (art.7: parr.1 inc. c, par.2 c) . O finalmente la esclavitud como un crimen de guerra, y que la menciona expresamente en el supuesto de esclavitud sexual (art.8, 2.e.vi).

También, el **Tratado de Freetown**, que constituyó el Tribunal Internacional de Sierra Leona y aprobó su estatuto, establece a la esclavitud como crimen de lesa humanidad (art.2 c) .

La **Convención para la prevención y castigo del crimen de Genocidio de 1948**, incluye en forma no explícita a la esclavitud como acto material configurativo del genocidio, cuando reúna las siguientes condiciones: a) en cuanto al dolo específico del actor, deberá perseguir la eliminación total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso y b) el acto de esclavizar deberá causar serios daños en la salud física o mental de ese grupo (art.2. b), o someter al grupo a condiciones de vida que impliquen su desaparición total o parcial (art.2. c).

### **2.d.b. Resoluciones de Organismos internacionales**

Destacamos liminarmente las res.827/1993 y 955/1994 del Consejo de Seguridad que constituyeron a los TIPEY y TIPR y aprobaron sus estatutos. En el articulado estas resoluciones incluyen a la esclavitud como acto de genocidio (art.4 del TIPEY y 2 del TIPR, cuando reúna las condiciones antes explicadas que dispone la Convención contra el Genocidio), o como grave infracción a la Convención de Ginebra de 1949 (TIPEY art.2, art.4 TIPR) o como crimen de lesa humanidad (art.5.c del TIPEY y 3 c del TIPR).

### **2.d.c. El derecho consuetudinario: Normas consuetudinarias que prohíben la esclavitud.**

Sin lugar a dudas, una de las fuentes penales más importantes del Dipen es el derecho consuetudinario, que por propia naturaleza genera normas penales no escritas, pero efectivamente presentes en la práctica internacional y en la “*opinio iuris sive necessitatis*” de la Comunidad.

En la doctrina internacionalista tiene lugar un importante proceso de reelaboración de los elementos de la costumbre internacional. Existe una tendencia a dar primacía al elemento psicológico (*opinio iuris*) por sobre la práctica estatal: “*opinio iuris without concordant state practice*”. Este proceso se generó en base a la conocida obra de Bin Cheng, «United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law”, y actualmente uno de los defensores más destacados es el Juez del TIPEY, Theodor Meron<sup>17</sup>.

Por un largo proceso histórico, la Comunidad Internacional evolucionó en sus valoraciones de una actitud permisiva de la esclavitud al extremo opuesto de prohibirla y ser merecedora de una sanción penal.

Justificada por filósofos, tolerada por las religiones y reglamentada y protegida jurídicamente por el Derecho Internacional Clásico, hoy es calificada como una de las violaciones más deleznales contra la dignidad humana. Fue un lento proceso abolutivo desde su prohibición por Dinamarca en 1792, su condena en el Congreso de Viena de 1815 (Declaración relativa a la abolición universal de la Esclavitud de 1815) y la firma de más de 300 tratados internacionales destinados a combatir la esclavitud. Se destaca la Convención relativa a la esclavitud del 25 de septiembre de 1926. Esta convención incentiva a los Estados parte para que adopten en sus derechos internos penales las normas necesarias para la represión de la esclavitud. Lo sugestivo de este convenio es que no dispone la abolición inmediata, sino “progresiva” de la trata de esclavos considerando los intereses económicos involucrados<sup>18</sup>.

Existe la norma consuetudinaria penal vigente en la comunidad internacional, que considera a la esclavitud como un *delictum iuris gentium* del derecho internacional penal general<sup>19</sup>. Como tal, los Estados deben disponer la normativa suficiente para su represión local. Se trata de una norma general, vigente para todos los miembros de la Comunidad Internacional.

Esta norma consuetudinaria es la que generó a posteriori la firma de importantes Convenciones. La condena a la esclavitud se encuentra en una gran parte de las convenciones internacionales sobre los derechos humanos, sean universales o regionales: Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10.12.1948 (art.4); Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos del 19.12.1966, art. 8; Convención Europea de protección de los Derechos del Hombre y libertades fundamentales del 4.11.1950, art. 4; Convención Americana de los Derechos del Hombre ( Pacto de San José de Costa Rica) del 22.11.1969, art. 6; Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos del 28.6.1981, art. 5.

Fue el derecho consuetudinario quien alimentó el contenido del Tratado de Roma de 1998, pudiendo afirmarse que sus normas, en cuanto al derecho sustancial penal, obliga

<sup>17</sup> BIN CHENG, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?” 5 *Ind. J. Int’l L.* 23, 35, 36 (1965). Theodor Meron AJIL 1995, 554 y ss. y AJIL 1996, 238 y ss.

<sup>18</sup> JOS EMMANUEL. “La traite des etres humains et l’esclavage”. En *Droit International Pénal*. Pedone.2000, pag. 337.

<sup>19</sup> JOS EMMANUEL. ob. cit. pag. 238.

inclusive a los Estados no ratificantes del mismo, no como derecho convencional, sino consuetudinario de vigencia universal.

De allí que la resistencia de algunos Estados para la ratificación de esta importante Convención (Estados Unidos de Norteamérica, entre otros) no implica la impunidad para sus ciudadanos, militares o funcionarios, ya que si bien no les será aplicable la normativa convencional no ratificada, si lo será la consuetudinaria penal y los principios generales de humanidad como fuentes de normas penales<sup>20</sup>.

A su vez, el derecho consuetudinario nutre la importante jurisprudencia de los Tribunales internacionales. La CIJ, en sucesivos fallos y dictámenes consultivos, precisa cuatro derechos básicos humanitarios: el derecho de no ser sometido a esclavitud, el derecho de no ser discriminado racialmente, el derecho de no ser sometido a un trato inhumano en caso de privación de la libertad, y el derecho de no ser privado abusivamente de su libertad<sup>21</sup>.

También dentro de las normas consuetudinarias corresponde distinguir cuando éstas consideran a la esclavitud como un “delito internacional” sometida a un sistema de represión ordinaria, o como un “crimen internacional” que integra el derecho del *ius cogens* con un régimen mucho más riguroso y severo. Ello es importante en cuanto a los distintos efectos en su persecución y castigo.

Como delito internacional, su represión queda condicionada a la incorporación en los códigos penales estatales. Existe una significativa laguna en la normativa internacional en cuanto a que no existen sanciones para los Estados que son remisos en la adaptación de su sistema penal.

Las convenciones o el derecho consuetudinario imponen a los Estados Parte obligaciones de hacer: de adaptar sus ordenamientos internos a la normativa internacional. Pero no se establece un sistema de control del cumplimiento de tales prestaciones, por lo que bien puede ocurrir que firmada una convención no se implemente su aplicación en el régimen interno. Vinculado a este tema, pero con relación al crimen de genocidio, vale como ejemplo la conducta del Estado Argentino quien el año 1956 ratificó la “Convención para la prevención y penalización del crimen de genocidio” (del 9.12.1948 y vigente a partir del 12.1.1951). Pese a la norma la norma consuetudinaria y convencional:

El art.5 de la Convención contra el Genocidio obliga a “*dictar la legislación necesaria para efectivizar las provisiones de la Convención y en particular prever las efectivas penas a las personas acusadas por genocidio u otros actos enumerados en el artículo 3*”.

El Estado aún no ha dado cumplimiento a su obligación de incorporar en el Derecho Penal al crimen de genocidio con las todas las modalidades que dispone la Convención y el derecho consuetudinario penal.

La esclavitud según el derecho internacional penal consuetudinario, constituirá un crimen internacional y como tal de cumplimiento indefectible (norma imperativa) y exigible universalmente (oponibilidad *erga omnes*) aun cuando no sea objeto de su incorporación a los derechos penales estatales, cuando se configure como un crimen de genocidio, como un crimen de lesa humanidad o como un crimen de guerra.

---

<sup>20</sup> DOBOVŠEK, JOSÉ. *La Convención de Roma de 1998. Efectos de la falta de ratificación ó adhesión*. USAL. 2004.

<sup>21</sup> CIJ. Opiniones consultivas sobre: las reservas a la Convención contra el Genocidio, sobre el Estatuto Internacional de Namibia, fallos *in re: Barcelona Traction*, y sobre la toma de rehenes de la embajada americana en Teherán.

Así, cuando el acto material de la esclavitud forme parte de un ataque sistemático y organizado contra la población civil, será considerada como “crimen de lesa humanidad”. Cuando se ejecute persiguiendo la eliminación total o parcial de un grupo humano por razones étnicas, raciales, nacionales o religiosas, se constituye en un “*crimen de genocidio*”, y finalmente cuando la esclavitud implique, durante un conflicto armado, una violación grave a los usos y costumbres de la guerra, será considerada como un crimen de guerra.

En estos tres supuestos, la esclavitud como crimen de lesa humanidad o crimen de genocidio o crimen de guerra, excede el ámbito convencional (por propia naturaleza limitado a los Estados Parte) y también al de una norma penal consuetudinaria ordinaria (delito internacional) y se encuentra contemplada como una norma penal de categoría superior y que forma parte del orden público internacional.

Por lo que se ha expuesto, se observa que distintas fuentes normativas generan múltiples normas internacionales penales que reprimen la esclavitud, *delictum* que hemos tomado como ejemplo entre otros. Y lo significativo es que estas normas penales, de distintas fuentes normativas, todas ellas, tienen su vigencia temporal y a veces espacial simultánea y que muchas veces se superponen.

Ante esta multitud de normas, se plantea el interrogante de cuál será la norma a aplicar al acto delictivo. Y si se aplica una norma, por ejemplo de origen convencional, cuál es la situación de las otras (de la norma consuetudinaria o la emergente de un principio general de humanidad o la emergente de una resolución de un Organismo Internacional).

## **2. e. Caso de la CIJ: Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella (Fallo del 27 de junio de 1986)**

La respuesta a la concurrencia de normas de distintas fuentes, fue dada por la CIJ *in re* “*Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella*”<sup>22</sup>.

En este caso, Nicaragua demanda a los Estados Unidos de América por dar apoyo a grupos paramilitares que buscaban la desestabilización del gobierno Nicaragüense. Dado que la jurisdicción internacional es eminentemente voluntaria y requiere la previa aceptación del Estado, los Estados Unidos invocan la “*reserva Vandenberg*”<sup>23</sup> por la que el Tribunal no podrá aplicar las normas convencionales que surjan de tratados o convenciones vigentes entre las partes.

Esta reserva obligó al pronunciamiento de la CIJ sobre los efectos jurídicos de la incorporación de una norma consuetudinaria preexistente a un tratado. Es el “*efecto declarativo*” de un tratado o convención. Al resolver las cuestiones preliminares la CIJ dispuso que:

“*El hecho que los principios ...hayan sido codificados o incorporados en las convenciones multilaterales, no quiere decir que cesen de existir y aplicarse como principios de derecho consuetudinario en relación a los países que son partes de tales convenciones*”<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> [http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cnus/cnus\\_cjudgment/cnus\\_cjudgment\\_19841126.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cnus/cnus_cjudgment/cnus_cjudgment_19841126.pdf) .

<sup>23</sup> Es técnicamente una reserva a un tratado multilateral y que figura en el acápite e) de la declaración de aceptación de jurisdicción presentada en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte por el Gobierno de los Estados Unidos de América, depositada el 26 de agosto de 1946.

<sup>24</sup> CIJ. Párrafo 73. [http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cnus/cnus\\_cjudgment/cnus\\_cjudgment\\_19841126.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cnus/cnus_cjudgment/cnus_cjudgment_19841126.pdf).

“...(N)o hay razón para pensar que cuando el derecho consuetudinario esta compuesto por reglas idénticas a las de un tratado, este último suplanta al primero, al extremo de no tener una existencia propia”<sup>25</sup>.

En este aspecto la CIJ ratificó lo expuesto en el sentido que hay una independencia de las fuentes normativas internacionales, su recíproca inmunidad y su vigencia autónoma.

Siguiendo el razonamiento expuesto por la CIJ, la norma consuetudinaria no desaparece por el hecho de la firma de un tratado o convención. En tal caso, y para los Estados Parte de la Convención, la norma de fuente consuetudinaria queda relegada a un segundo plano por lo que tendrá prevalencia la norma escrita posterior (principio de temporalidad) y específica (principio de especialidad). Pero esta norma consuetudinaria no queda derogada. Ello significa que, desaparecida o suspendida la norma prevalente de fuente convencional, resurgirá al primer plano la norma consuetudinaria antes relegada. Concluye la CIJ que:

“...(S)i las normas en cuestión también existen como normas de derecho consuetudinario, el incumplimiento de un Estado en la ejecución de una norma “convencional” no justifica que el otro Estado se rehúse a aplicar la otra norma “consuetudinaria”<sup>26</sup>.

Toda esta generación de normas penales que surgen de distintas fuentes normativas tienden a aglutinarse o sistematizarse, en mayor o menor medida, en múltiples sistemas normativos penales. Esta sistematización normativa, cuando tiene lugar, sigue una modalidad aleatoria y limitada a la fuente que le dio origen.

Existen convenciones particulares para cada *delictum*, pero hay otras que procuran concentrar en ellas los diversos *delicta iuris gentium* que deberán ser pasibles de sanción.

Así, por ejemplo el Tratado de Roma de 1998 en un excelente ejemplo de una sistemática novedosa en la Comunidad Internacional y que representa una avanzada en la tipificación de los diversos crímenes internacionales. Otro tanto corresponde referirnos a las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977, dirigidas particularmente a los *delicta iuris gentium* cometidos durante conflictos armados sean nacionales o internacionales. Además los Estatutos para los Tribunales de la Ex Yugoslavia o de Ruanda, también procuran sistematizar los distintos delitos que serán objeto del juzgamiento de los respectivos Tribunales creados por las Res. del Consejo de Seguridad.

El sistema penal de la Comunidad se nos presenta, entonces, fraccionado, parcializado si se quiere. No existe un Código Internacional Penal, sino una multiplicidad de normas penales diseminadas, algunas de las cuales, por la misma fuente que les dio origen, fueron incluidas en un *corpus iuris* más o menos sistematizado. A este fenómeno perfectamente constatable, lo denominamos “pluriverso normativo”.

### 3. El pluriverso normativo internacional penal

Consecuencia de la vigencia simultánea de normas penales que surgen de distintas fuentes normativas internacionales, es que podemos constatar la existencia de un pluriverso normativo internacional penal.

Como primer análisis se pueden constatar varios sistemas penales internacionales:

a.- el **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, emergente del Tratado de Roma de julio de 1998;

<sup>25</sup> ICJ. sentencia de fondo del 27.6.1986. par.177. [http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cnus/cnus\\_cjudgment/cnus\\_cjudgment\\_19860627.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/ccases/cnus/cnus_cjudgment/cnus_cjudgment_19860627.pdf).

<sup>26</sup> El agregado de las comillas es nuestro para la aclaración del concepto.

b.- el **Estatuto del Tribunal Internacional para los crímenes cometidos en la Ex Yugoslavia**;

c.- el **Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda**;

d.- el **Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona**;

e.- el **régimen, ya no vigente, de los Tribunales de Nüremberg y de Tokio**.

f.- todo el **derecho convencional penal que surge de los tratados bilaterales y multilaterales** que se fueron firmando en el curso de la historia. Consideramos que cada convención constituye un régimen particular del Derecho Internacional Penal (Dipen particular) dado que solo obligará a las partes firmantes. Salvo que por la “*opinio iuris*” generalizada merezcan la elevación a la categoría de normas consuetudinarias y/o normas del “*ius cogens*”, supuesto que se ampliará su ámbito de vigencia al orden universal. En este caso la norma convencional y de vigencia restrictiva pasará a integrar el Derecho Internacional Penal Universal, como norma consuetudinaria o principio general de humanidad.

g.- finalmente se constata la existencia del régimen General, **Derecho Internacional Penal Universal**, (Dipen General o Universal) que rige en toda la Comunidad Internacional. Sus fuentes normativas inmediatas son la costumbre, los Principios Generales del Derecho de las naciones civilizadas, los Principios Generales de Humanidad, las decisiones de los Organismos Internacionales y además el derecho convencional cuando adquiere una vigencia universal.

No parece adecuado el empleo del término “*pluriverso normativo*”, por cuanto cada régimen penal constituye un mundo propio, un sistema característico que se autorregula. Estos sistemas penales son autosuficientes:

**a) desde el punto de vista normativo sustancial**, ya que cada sistema normativo tiene sus propios tipos o figuras penales,

**b) en el aspecto formal o procesal**, desde que cada sistema tiene su régimen procesal propio y característico; y

**c) en lo institucional**, por cuanto se contempla la constitución de un propio y exclusivo Tribunal Internacional Penal. Este tribunal sólo podrá abocarse para el juzgamiento de los crímenes sometidos a su competencia. En todos los casos citados de regímenes particulares, se prevén las formas de designación y reemplazo de sus jueces, su funcionamiento, cuestiones de administración, etc.

### 3.1. La situación de anarquía normativa penal

Este pluriverso de sistemas internacionales penales funciona sin ninguna coordinación y cada cual aplica e interpreta a su manera las normas penales. Las sentencias dictadas por estos Tribunales del Dipen Particular, enriquecen sin duda al Derecho Internacional Penal como una fuente verificadora de normas internacionales. Pero a medida que se van dictando los fallos e incrementa su número es más probable se surjan contradicciones entre uno u otro Tribunal.

Lo particular de la situación es que no existe un tribunal unificador de jurisprudencia como en el derecho interno (recurso de inaplicabilidad de ley o Tribunal de Casación), por lo que el riesgo de fallos contradictorios ya existe. No solo en el fuero penal, delicado por cierto, sino también en las demás órbitas del Derecho Internacional Público.

*“Sería lamentable si en problemas específicos distintos tribunales adoptaran posiciones divergentes. Así, por ejemplo, la CIJ y el TPIY se encuentran considerando casos en los cuales se discute sobre actos de genocidio cometidos en Bosnia-Herzegovina. Una doble valoración*

*podría tener lugar al respecto, y no sería una situación muy feliz*”(expresiones vertidas en 1995)<sup>27</sup>.

#### 4. EL DIPEN general o universal y los DIPEN particulares

A poco de analizar estos casos particulares del Derecho Internacional Penal, constatamos que existe otro Derecho Internacional Penal que subyace y nutre a estos ejemplos hoy día vigentes.

Apelamos a la explicación figurativa que siglos atrás empleo el iusprivatista Savigny<sup>28</sup> representante de *la Escuela Histórica* del siglo XIX. El Derecho es un producto específico de cada Comunidad en un momento histórico determinado. Traspolando este concepto, el Derecho Internacional Penal es una emanación “espontánea” de este “espíritu de la Comunidad Internacional”, que se manifiesta, entre otras formas, mediante el derecho consuetudinario fuente normativa por excelencia del Dipen General. Es función de la norma escrita (convención o resolución de un organismo internacional) precisar y completar este derecho consuetudinario. Ya en su época, este autor hace distinción entre el derecho como realidad y el derecho como norma; entre el derecho general y el derecho particular. El Derecho general vive en la conciencia común de los pueblos y es preexistente a su formulación escrita. Según Savigny, las fuentes son el modo en que se manifiesta ese derecho general que preexiste en lo que denomina el “espíritu del pueblo”.

##### 4.1. El Derecho Internacional Penal General

El Derecho Internacional Penal General es el derecho penal que rige en toda la Comunidad Internacional y se aplica a cada sujeto que habite este planeta con prescindencia de su nacionalidad, domicilio o del lugar de comisión del *delictum iuris gentium*.

Existe la particularidad del Dipen que no regula solamente las relaciones de los sujetos del Derecho Internacional Público (Estados, Organismos Internacionales, Santa Sede, grupos beligerantes, etc) sino que obliga a demás a las personas privadas (sean físicas o jurídicas). Las normas penales del Dipen General, por naturaleza prohibitivas y sancionadoras, rigen y castigan los actos ejecutados por cualquier sujeto sin importar su nacionalidad o residencia y aún cuando su propio Estado no contemple tales normas en su derecho interno estatal. De allí que, en el caso de los crímenes internacionales, no es argumento que exculpe la punibilidad de la acción, la circunstancia que el Estado del cual se es nacional o donde se cometió el crimen, no lo contemple como un delito penal. Tiene en este aspecto vigencia el monismo con supremacía del Derecho Internacional, en virtud del cual sus normas rigen con preeminencia de las normas estatales.

<sup>27</sup> Según dichos de GUILLAUME, GILBERT. En “The Future of International Judicial Institutions”, *International and Comparative Law Quarterly, British Institute of International and Comparative Law*, 44, 1995, pag. 862. También RAIMONDO, FABIAN. “Corte Internacional de Justicia, Derecho Humanitario y Crimen Internacional de Genocidio. El valor de la jurisprudencia de la CIJ como verificadora del Derecho Internacional Humanitario y el Crimen Internacional de Genocidio”. *Cruz Roja Internacional*, pag. 36. Disponible en sitio internet. De hecho, hoy día, es distinta la interpretación de la CIJ y del TIPEY en cuanto a la extensión de la responsabilidad internacional de un Estado por los actos realizados por grupos paramilitares que reciben su apoyo logístico militar y operativo.

Sus ideas fueron expuestas en su tratado “System des heutigen Römischen Rechts” (Sistema del Derecho Romano actual) publicado a mediados del siglo XIX.

El Derecho Internacional Penal General tiene la particularidad que sus fuentes normativas son aquellas que permiten otorgar a sus normas una vigencia universal, esto es en toda la Comunidad Internacional. A título de ejemplo podremos citar al Derecho Consuetudinario, los Principios Generales del Derecho y de Humanidad, al Derecho Convencional y las resoluciones de Organismos Internacionales con vigencia universales. Lo antes afirmado no impide que puedan participar otras fuentes en la generación de sus normas pero siempre y en toda circunstancia, la “*opinio iuris internacional*” deberá complementar estas normas para su integración en el Derecho Internacional Penal General.

La oponibilidad “*erga omnes*” de la norma penal es el requisito “*sine qua non*” para su inclusión en el Dipen General. Así encontramos en el Dipen General normas penales oponibles “*erga omnes*” de dos categorías: las que se limitan a esta oponibilidad y son calificables como “delitos internacionales” y las otras, que a más de ser oponibles “*erga omnes*” agregan la característica de la “imperatividad” y constituyen los verdaderos “crímenes internacionales” e integran las normas del *ius cogens* internacional. Este último grupo de crímenes son los que constituyen la verdadera “materia sustancial” del Dipen General. El Dipen General, por lo general, es generador del régimen particular, ya que se trata de normas con autoridad universal susceptibles de imponerse aún sin la voluntad del Estado que la acordó o no<sup>29</sup>.

#### **4.1.a. Los ‘delicta iuris gentium’ del DIPEN general**

Básicamente el Dipen General (también se puede denominar “Universal”) se encuentra integrado por normas penales escritas y no escritas. Pero en todas ellas el factor común necesario es su oponibilidad *erga omnes*, es decir su exigibilidad a todo integrante de la Comunidad Internacional.

Dentro del género de los “delicta iuris gentium” del Dipen General, podemos constatar la existencia de dos sub categorías, los “delitos internacionales” que constituyen aquellas acciones prohibidas y penadas y oponibles *erga omnes*, y los “crímenes internacionales”, que también tienen la característica de su oponibilidad “*erga omnes*”, pero suman un elemento propio y distintivo: su “imperatividad”.

Los “delitos internacionales” del Dipen General no son normas imperativas (no forman parte del *ius cogens*). Esto implica las siguientes consecuencias:

- Son normas penales que podrán ser derogadas o modificadas por otras fuentes formales del Dipen.

- Además podrán prescribir

- También les son opuestas las inmunidades diplomáticas o de Jefes de Estado

- Su persecución y castigo se condiciona a que hayan sido incorporadas en los derechos internos estatales. Existe una obligación de los Estados para adaptar su legislación penal a la norma penal internacional.

Todo ello es consecuencia de la falta de imperatividad de estas normas, de allí que algunos autores los consideran como delitos “no auténticos” o “impropios” de la Comunidad ya que su cumplimiento depende, de alguna manera, de la voluntad estatal<sup>30</sup>.

Ello no es óbice para que la misma Comunidad pueda adjudicarle ulteriormente esta última característica. Ello los transformaría de delitos internacionales a la categoría de “crímenes internacionales”.

<sup>29</sup> QUINTANO RIPOLLÉS. *Derecho Internacional Penal*. Tomo I, pag.29. Madrid 1955.

<sup>30</sup> FIERRO, GUILLERMO J. *La ley penal y el Derecho Internacional*, pag. 86. Ed.Tea 1997. Quintano Ripollés. “*Tratado...*”, ob. cit. pag. 378.

Pero en el supuesto que la conducta incriminada por la Comunidad Internacional se encuentre comprendida como una “norma del *ius cogens*”, se transforma en un verdadero crimen internacional, con las siguientes consecuencias:

- a.- es una norma penal imperativa para los Estados y las personas privadas,
- b.- es oponible *erga omnes* a toda la comunidad internacional y a toda persona privada sin importar su domicilio, nacionalidad, raza o religión. El criminal no puede ampararse en la legislación de su Estado para ser exculpado, ya sea por no estar contemplado el crimen en su Código Penal o por haber sido beneficiado por alguna amnistía o indulto.
- c.- es un crimen que no prescribe,
- d.- es siempre extraditable. Tiene plena vigencia la máxima de Grocio de 1624: “aut dedere, aut punire”.
- e.- no se pueden invocar inmunidades diplomáticas o como Jefe de Estado,
- f.- son perseguibles universalmente por cada miembro de la Comunidad Internacional, mediante la denominada “competencia universal”. Quien comete un crimen internacional se convierte en “hostis humani generis” ya que atenta contra toda la Comunidad, por lo que cada miembro de ésta (en particular los Estados) se encuentra facultado para su persecución detención y castigo<sup>31</sup>.

Pero así como las normas penales del Dipen General son en su mayor cantidad normas no escritas, ya que emergen de la conciencia universal (*opinio iuris*) en la forma de derecho consuetudinario o como un principio general de humanidad, tiene una particularidad, que debe estar presente en el investigador, que es su eminente carácter mutable. Vemos que su mayor defecto (ser norma penal no escrita) es también la razón de su flexibilidad a las circunstancias temporales (históricas). Es una característica del Dipen General su constante modificación.

Ya citamos el ejemplo de la esclavitud, como una actividad en su momento protegida e incentivada por el Derecho Internacional Clásico, para transformarse hoy día, y bajo ciertas condiciones, en un crimen internacional.

Otro ejemplo, que destaca esta variabilidad temporal, lo representa el denominado “*ius ad bellum*” o sea el derecho de hacer la guerra. Este derecho, en la época clásica del Derecho Internacional Público, fue una norma superior de la Comunidad Internacional. El derecho a hacer la guerra era una facultad ínsita a la soberanía del Estado. Existía una norma consuetudinaria de carácter imperativo y oponible *erga omnes* que garantizaba este “*ius ad bellum*”. Algunos internacionalistas consideran, que en aquella época este derecho tenía la categoría de norma del *ius cogens*:

“...*(E)n los siglos XVII y XVIII fue una regla de ius cogens admitir, en base al principio de la auto tutela, que era legítimo el recurso a la fuerza sin restricciones y con escasas obligaciones frente al enemigo puesto fuera de combate...*”<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA. “Algunas Consideraciones sobre Jurisdicción Nacional e Internacional en caso de violación de los derechos humanos”. XV Congreso Ordinario de la AADI. Mar del Plata. 1999.- DOBOVŠEK JOSÉ, “*El Derecho Internacional Penal. Delitos y crímenes internacionales. Sus fuentes normativas*”. Cap. VI: Delitos y crímenes internacionales. pag. 137 y ss. USAL. Marzo 2005.

<sup>32</sup> ARBUET VIGNALI, HEBER. “*El Derecho Internacional Humanitario (Jus in bello)*”. Tomo II, pag. 352, en Derecho Internacional Público. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay, 2° edición 1996.

Con el correr de los siglos la valoración de la guerra cambió radicalmente de posición para ser considerado como un mal que debía ser evitado para garantizar la armonía en la Comunidad Internacional. Así se inició un proceso restrictivo al “*ius ad bellum*” con la constitución de la Sociedad de las Naciones (28.4.1919), la firma del Pacto de Briand - Kellogg de 1929 y culmina con la firma del Pacto de San Francisco que dio nacimiento a las Naciones Unidas (26.6.1945). La Carta de las Naciones Unidas en el art.2 párrafo 4º prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza.

Estos dos casos, la esclavitud y el *ius ad bellum*, son un cabal ejemplo del modo como la Comunidad Internacional detecta la existencia de valores o bienes y cambia el interés jurídico de su protección normativa en una forma diametralmente opuesta, y generan las normas penales del *ius cogens*: “crimen internacional”.

## 5. El Derecho internacional penal particular

Junto a este régimen General Penal, coexisten los sistemas penales particulares y que en última instancia no son sino una manifestación del sistema universal subyacente al que procuran interpretar en un momento histórico determinado. El Derecho Internacional Penal Particular es el Derecho Penal que rige en una parte de la Comunidad Internacional por distintas y variadas causas. Podrá existir:

**5.1. Restricción de contenido territorial**, como los regímenes especiales para los delitos cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, Ruanda o Sierra Leona. En estos supuestos hay una competencia “*ratione loci*” que restringe la aplicación del sistema penal particular a los crímenes que se cometan en el territorio de la ex Yugoslavia, de Ruanda o de Sierra Leona. El Tratado de Roma también participa de esta limitación territorial (entre otras, que se exponen más adelante):

art. 12.2.a: “...(E)l Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate...”.

Ello significa que si algún acto criminal tuviera lugar en una zona lindante a la predeterminada por los Estatutos, quedará exento de la jurisdicción y competencia de estos Tribunales Internacionales.

**5.2. Restricción “*ratione personae*”** en función de la nacionalidad del imputado o del agente activo. Así el caso del Tratado de Roma también contempla esta restricción personal: Art.12.- “*Condiciones previas para el ejercicio de la competencia*”..la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios del los Estados siguientes son partes en el presente Estatuto...” Art.12.2.b: “*El Estado del que sea nacional el acusado de crimen*”.

La Corte Penal Internacional solo intervendrá cuando los crímenes sean cometidos en los territorios de los Estados Parte (restricción “*ratione loci*”) o por nacionales o ciudadanos de los Estados Parte (“*ratione personae*”). Fuera de estos supuestos el Tribunal carecerá de competencia para intervenir en el juzgamiento.

**5.3. Restricción en razón de la fuente normativa.** Pueden darse casos de regímenes penales particulares en razón de las fuentes normativas que los crearon. Ello tiene lugar cuando su fuente es una convención internacional, y así sólo regirá para los Estados firmantes (ejemplo del Tratado de Roma), o una costumbre internacional regional o bilateral y por ende sólo aplicable a la región respectiva o entre los Estados involucrados.

Pero en todos los supuestos reseñados se reitera el concepto que coexistirán ambos regímenes normativos, el general y el particular, sólo que uno tendrá prevalencia en su aplicación por los criterios expuestos en los párrafos precedentes.

Este sistema particular también se encuentra integrado por normas penales clasificables como delitos y crímenes internacionales, estos últimos en la medida que formen parte del *ius cogens* internacional. En este último supuesto, de los crímenes internacionales, el régimen particular del Dipen procura interpretar y plasmar en una norma escrita internacional aquella norma del *ius cogens* que le precede y le sirve de antecedente.

Es por ello que se podrá afirmar que el sistema particular tiene efectos de clarificar, precisar o cristalizar esa norma del *ius cogens* no escrita.

## **6. El problema en el Derecho internacional penal general: El ejercicio de la jurisdicción penal internacional**

Cuando se dispone la constitución de un régimen penal es imprescindible prever lo necesario para el juzgamiento y punición de los crímenes allí contemplados. Si la característica distintiva de la norma penal es su pretensión punitiva, necesariamente se debe dar respuesta al ejercicio de la jurisdicción internacional.

El ejercicio del poder jurisdiccional es la principal dificultad con que se enfrenta el Derecho Internacional Penal General, dado que este régimen no prevé la constitución de un Tribunal Internacional permanente.

Entendemos que por la cantidad de ratificaciones del Tratado de Roma de 1998, que no abarca la totalidad de los Estados integrantes de la Comunidad Internacional, la Corte Permanente y la normativa que aplicará, integra el Derecho Internacional Penal Particular y por ende, de una vigencia limitada.

El problema del ejercicio jurisdiccional, es solucionado en el Dipen Particular en cada instrumento constitutivo del régimen. Así el caso de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, de la Ex Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona o de lo que disponga cada convención que tipifique un *delictum iuris gentium*. El régimen particular se caracteriza por crear el tipo penal y arbitrar los medios de cómo se castigará a los infractores.

Ante la falta de normas especiales, el Derecho Internacional Penal General delega la persecución y el juzgamiento de esos crímenes a los tribunales locales, es decir, en la justicia interna estatal. Serán los jueces nacionales quienes aplicarán la norma internacional punitiva. Por delegación del Derecho Internacional Penal General estos tribunales actuarán como órganos jurisdiccionales de la Comunidad Internacional<sup>33</sup>. Se parte del concepto que el Estado que promueve acciones judiciales actúa en nombre de todos los restantes<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> GIL GIL, ALICIA, "Posibilidad de persecución en España de violaciones a los derechos humanos cometidos en Sudamerica". En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Año V- Numero 8C- 1999. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Pag.499 ver nota 10.

<sup>34</sup> ORIHUELA CALATAYUD, ESPERANZA, "Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales", pag. 237 y ss. en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*. Colección Escuela Diplomática nº 4, Madrid.

En el caso Demjanjuk de 1986, fue ordenada su extradición por EE.UU, previa pérdida de la ciudadanía dativa (naturalización), ante una demanda planteada por Israel. El tribunal consideró aplicable el principio de la persecución universal y que " *el Derecho Internacional dispone que*

El ejercicio de esta “*competencia universal*” se encuentra condicionado a lo que pudiera establecer la normativa interna estatal en cuanto a la persecución, detención y juzgamiento de los crímenes. La realidad jurídica demuestra que la recepción normativa en cada Estado es muy disímil y no sistemática, por lo que el resultado final para la aplicación de la norma del Derecho Internacional Penal General por los jueces nacionales es a veces muy aleatoria.

### 6.1. Ejemplos de la jurisdicción internacional

De la realidad internacional constamos una multiplicidad de Tribunales actualmente en funciones:

a.- La Corte Internacional Penal Permanente, (CIPP) que se creó por el Tratado de Roma de 1998,

b.- El Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia, (TIPEY) creado por Res.827/93 del CS.

c.- El Tribunal Internacional Penal de Ruanda (TIPR) creado por la Res.955/94 del CS.

d.- El Tribunal Internacional Penal de Sierra Leona, (TIPSL) creado por el tratado celebrado entre el Estado de Sierra Leona y las Naciones Unidas del 16.01.2002.

e.- A esta jurisdicción propiamente internacional, corresponde sumar la de los Estados de la Comunidad Internacional, en ejercicio de la denominada “*competencia universal*” para la persecución y castigo de los criminales internacionales. Técnicamente son tribunales nacionales que aplican las normas del derecho interno penal, que son derivación de normas internacionales penales que oportunamente incorporan en su sistema penal. Estos Tribunales nacionales, en virtud del principio del “*desdoblamiento funcional*”<sup>35</sup>, son considerados también como órganos jurisdiccionales virtuales de la Comunidad Internacional, ya que ejercitan la jurisdicción internacional que les delega.

Estados como Alemania, Francia, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos de Norteamérica, Holanda, Suiza<sup>36</sup>, entre otros, se atribuyen la jurisdicción para juzgar a aquellos criminales que cometieron crímenes internacionales aún cuando, el lugar de comisión no fue el territorio de ese Estado, que las víctimas no fueran sus nacionales o que el victimario no sea su ciudadano.

Lo particular de esta situación es que el ejercicio de la jurisdicción internacional es verdaderamente anárquica y muy limitada. Cada uno de los Tribunales Internacionales y

---

*ciertos delitos pueden ser sancionados por cualquier Estado porque los infractores son enemigos de toda la humanidad ( hostis humanis generis) y todas las naciones tienen el mismo interés en su captura y castigo».- Ver además DONNEDIEU DE VABRES, M.H “¿Puede instituirse una corte criminal internacional? En caso afirmativo ¿cómo organizarla?”, Jurisprudencia Argentina. Tomo XXV, año 1927. Sec. Doctrina, quien mencionó la intervención del “*judex deprehensionis*” (sistema de la universalidad del derecho de punir)” (ver pag. 87).*

SCELLE, GEORGES. *Manuel de Droit International Public*. Ed. Domat-Montchrestien. Paris. 1948. pag.678, 690: “*cette jurisdiction sur les particuliers est une application type de la loi du dédoublement fonctionnel, chaque ordre judiciaire étatique fonctionne comme une section de l'ordre judiciaire international non-institué*”. **Quintano Ripolles, Antonio**. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Tomo I. Ob.cit. pag. 438 y ss.

<sup>36</sup>Sobre Alemania KAI, Ambos: “La implementación del estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC -07-17 (2005). pag. 17:1. idem. DOBOVŠEK JOSÉ, “*El Derecho Internacional Penal. Delitos y crímenes internacionales. Sus fuentes normativas*”. Cap. IV: Derecho Internacional Penal General y el Derecho Internacional Penal Particular. pag. 80 y ss. USAL. Marzo 2005.

estatales antes enumerados tiene una competencia jurisdiccional muy limitada y que, a menudo, genera una sensación de impunidad. Corresponde analizar algunos ejemplos:

a.- **El Tribunal Internacional Permanente** solo intervendrá por crímenes cometidos por los ciudadanos y/o el territorio de los Estados Parte. Además por los actos criminales que tuvieron lugar luego de la ratificación del Tratado de Roma o luego del período de gracia de siete años posteriores al mismo. De modo tal que un crimen, por ejemplo de genocidio, que fuera cometido por un ciudadano de un Estado no parte y en un territorio de Estado no ratificante de la Convención no será juzgado por este Tribunal. Otro tanto corresponde si el genocidio fue cometido antes de entrar en vigencia o el plazo de gracia del mismo Tratado.

b.- **El Tribunal Internacional Penal de la Ex Yugoslavia** tiene una competencia jurisdiccional muy limitada: solo juzgará aquellos crímenes cometidos en el territorio de la Ex Yugoslavia y a partir del 1 de enero de 1991 (art. 1º ETIPEY). Un crimen de genocidio cometido, por ejemplo, en el límite fronterizo con lo que fue la republica Federativa de la ex Yugoslavia, o un día antes del 1.1.1991, no podrá ser juzgado por este Tribunal.

c.- Por su parte, **el Tribunal Internacional Penal de Ruanda** tiene una competencia más restringida aún, ya que solo podrá juzgar por los crímenes cometidos en el territorio de Ruanda (o en territorio de los Estados vecinos por ciudadanos ruandeses) y entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1991 (art. 1º ETIPR). Significa que un aberrante crimen de lesa humanidad cometido un día antes o después de tal fecha o justo en el límite fronterizo con Ruanda, no podrá ser juzgado y castigado por este Tribunal Internacional.

d.- **El Tribunal Internacional Penal de Sierra Leona** solo juzgará los crímenes cometidos en el territorio de Sierra Leona desde el 30 de noviembre de 1996. Por lo que un crimen internacional quedará exento de la jurisdicción de este tribunal si fue cometido en borde del límite territorial o antes de tal fecha.

e.- **Los tribunales estatales**, en ejercicio de la “competencia universal”, intervendrán en la medida que su legislación interna se haya adaptado a la normativa internacional y también en función de sus propios intereses políticos y oportunistas.

El ejercicio de la competencia universal por parte de los Estados se encuentra condicionada a los siguientes factores:

a.- Que el Estado haya ratificado los tratados y convenciones internacionales e implementó su incorporación en el derecho interno. No se debe obviar que existe una necesidad racional del jurista, que actúa en el foro nacional estatal penal, de exigir la previa incorporación normativa interna, como una condición inexcusable para ejercer la represión penal. No existe objeción que un juez recurra, si así lo permite su ordenamiento legal interno, a las normas el Dipen General. Pero lo habitual es que por el natural apego al principio de legalidad, se requiera la conversión de los crímenes internacionales (que surgen de normas escritas y no escritas) en delitos tipificados en los respectivos derechos internos<sup>37</sup>.

Pero según el principio del “*monismo con supremacía internacional*”, la implementación en el derecho interno no sería una condición necesaria si las convenciones, tratados (y demás fuentes) tuvieran el carácter de ser auto-ejecutivas (“*self executing*”), por lo que se aplicarían *ipso facto* en el derecho estatal.

<sup>37</sup> BROTONS, ANTONIO REMIRO, “La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal”. pag. 201 punto 26. en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*. Colección Escuela Diplomática nº 4, Madrid.

b.- La segunda circunstancia condicionante es que deberá existir una férrea voluntad política del Estado de hacer valer su “competencia universal”. Pero esto ya forma parte de factores extra-jurídicos que hacen a la política interna e internacional de cada Estado.

## Conclusión

1.- La Comunidad Internacional también tiene su propio sistema penal que, en definitiva, será el reflejo de su particular estructura descentralizada. Se lo conoce como el Derecho Internacional Penal, una rama del Derecho Internacional Público, y como tal, participa de sus características que imprimen al sistema represivo internacional una dinámica que resulta difícil de asimilar para un jurista habituado al derecho penal estatal.

2.- No corresponde la utilización ambigua de ambos términos “Derecho Internacional Penal” y “Derecho Penal Internacional” por cuanto se refieren a sistemas normativos distintos e incluso de otro nivel jerárquico, ya que el Dipen siempre tendrá supremacía respecto de las normas estatales penales: no podrán invocarse normas estatales para sustraerse a las responsabilidades internacionales penales.

3.- Una de las características del Dipen es la multiplicidad y la simultaneidad de las fuentes normativas penales, así como de las normas penales que surgen de éstas. Ante la variedad de normas penales, se plantea el interrogante de cuál será la aplicable al acto delictivo.

4.- Existe un pluriverso de sistemas internacionales penales que funciona sin ninguna coordinación, y cada cual aplica e interpreta a su manera las normas penales.

5.- El Derecho Internacional Penal General es el derecho penal que rige en toda la Comunidad Internacional y se aplica a cada sujeto que habite este planeta con prescindencia de su nacionalidad, domicilio o del lugar de comisión del *delictum iuris gentium*.

6.- El Derecho Internacional Penal Particular es el Derecho Penal que rige en una parte de la Comunidad Internacional por distintas y variadas razones. Su característica es la vigencia territorial o temporal limitada.

7.- Los “*delicta iuris gentium*” pueden diferenciarse entre “delitos internacionales” y “crímenes internacionales”. Los delitos internacionales no son normas imperativas para los Estados y no forman parte del *ius cogens*. Los crímenes internacionales son normas del *ius cogens* y por ende imperativas y oponibles *erga omnes*.

8.- El ejercicio del poder jurisdiccional es la principal dificultad con que se enfrenta el Derecho Internacional Penal General, dado que este régimen no prevé la constitución de un Tribunal Internacional permanente.

9.- Ante la falta de normas especiales, el Derecho Internacional Penal General delega la persecución y el juzgamiento de esos crímenes en la justicia interna estatal. Por delegación del Derecho Internacional Penal General estos tribunales actuarán como órganos jurisdiccionales de la Comunidad Internacional.

10.- El ejercicio de esta “*competencia universal*” se encuentra condicionado a lo que pudiera establecer la normativa interna estatal en cuanto a la persecución, detención y juzgamiento de los crímenes.

Los sistemas particulares del Dipen no agotan el contenido del Dipen de la Comunidad Internacional. Tal es así que, en los casos de limitarse su aplicación por cuestiones formales de competencia, no implicará que el autor de un crimen internacional se encuentre exento del reproche penal, si existe una norma general que lo califique como tal. Sin embargo, el problema

de la impunidad por la falta de ejercicio de la jurisdicción internacional debido al carácter descentralizado la Comunidad Internacional, es una realidad con la que aún se deberá convivir.

Pese a todo, es dable observar un significativo progreso en los sistemas de represión de los crímenes internacionales, si se compara la situación actual con la vigente antes de la segunda guerra mundial. La positiva evolución del Derecho Internacional hizo elevar su mirada por sobre la barrera de la soberanía para evaluar el trato que se dispensa a la persona humana dentro de las fronteras estatales. El ejercicio de la jurisdicción penal del vencedor sobre el vencido en una contienda bélica, ya no es el único medio para el castigo por las violaciones a las normas del Dipen.

U U

**LA PRÁCTICA CONVENCIONAL MULTILATERAL DE LOS ESTADOS  
EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL  
CONTRA EL TERRORISMO**

**THE PRACTICE CONCERNING CONVENTIONAL  
COOPERATION ON COUNTERTERRORISM**

*Ana Salinas de Frías\**

**RESUMEN:** El presente trabajo se ocupa de la disposición y la práctica de los Estados concerniente a la cooperación internacional en materia de contraterrorismo, en especial, la práctica española, a pesar de la falta de una definición formal convencional del fenómeno terrorista. La cooperación convencional, tanto en el ámbito universal como el regional, ha sido fuertemente reforzada a partir del 9 de septiembre, especialmente, en lo que hace al financiamiento del terrorismo, lo que en el caso de España puede implicar contradicciones con el derecho penal interno. Los compromisos concretos de los Estados con relación a la prevención y sanción de actividades terroristas pueden ser claramente deducidos de esas convenciones. La práctica estatal demuestra una cooperación más intensa en el ámbito regional que en el universal. La extradición, la aplicación del principio *aut dedere aut punire* y la asistencia judicial son las herramientas legales más usadas al efecto.

**PALABRAS-CLAVE:** Tratados internacionales – Terrorismo – Prevención – Represión – Práctica española – Extradición – Asistencia judicial.

**ABSTRACT:** This essay deals with States' will and practice concerning conventional cooperation on counterterrorism, and especially with Spanish practice, despite of the lack of a formal definition of the terrorist

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Málaga (España), Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga. Profesora visitante en las Universidades de UNAM (México), Stetson (USA), ULACIT (Costa Rica), Florianópolis (Brasil, Santa Catalina) y Católica de Valparaíso (Chile).

phenomenon through a comprehensive international convention. Conventional cooperation either at a universal or at a regional level has been strongly reinforced after 9/11 especially as regards financing of terrorism, which in the case of Spain might pose some contradictions as far as domestic criminal law is concerned. States concrete commitments with regard to prevention, far less attended, and sanctioning terrorist activities can be clearly deducted from those conventions. States' practice demonstrates a stronger cooperation at a regional than a universal level. Extradition, the application of the principle *aut dedere aut punire* and judicial assistance are the most used legal tools on this regard.

**KEY WORDS:** International conventions – Terrorism – Prevention – Sanction – Spanish practice – Extradition – Judicial assistance.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La Práctica convencional multilateral. 1. Contextualización de la práctica convencional multilateral de los Estados en la cooperación contra el terrorismo. 2. Conductas contempladas en la práctica convencional: la delimitación progresiva de los actos considerados como terroristas en el ordenamiento internacional. 2. i. La progresiva definición en los convenios internacionales. 2.ii. El contraste de la legislación penal española. 3. Objetivos establecidos y medios de cooperación y acciones específicas previstas. 3. i. Objetivos de la cooperación penal internacional contra el terrorismo. 3.ii. Medios de cooperación y acciones específicas. 4. Algunas conclusiones.

## I. Introducción

Si existe un ámbito del Derecho internacional donde se concitan con especial fuerza interferencias de tipo político y consideraciones de carácter moral ése es sin duda el terrorismo. Durante décadas los Estados se mostraron reticentes y revistieron de ropajes exculpatorios o en alguna medida legitimadores ataques perpetrados mediante el uso de técnicas especialmente crueles y difusoras de terror, bien directamente contra personas concretas con carácter aislado, y como consecuencia en la mayoría de los casos de su relevancia pública, misión o cargo<sup>1</sup>, bien contra intereses materiales estatales concretos, que a su vez afectaban a individuos.

Sin embargo, tras una serie de intentos frustrados o sólo parcialmente conseguidos, la década de los ochenta deparará algunos frutos en este terreno, especialmente a partir

<sup>1</sup> Esta es una de las tácticas terroristas más comunes y antiguas, comenzando por el asesinato de Sarajevo en 1914 y terminando momentáneamente por el atentado cometido por dos mujeres suicidas el 14 de mayo de 2003 que produjo 14 víctimas mortales y cuyo objetivo era acabar con la vida de un dirigente prorruso en aquella república, al margen de la política de asesinatos selectivos practicada en la segunda Intifada por el gobierno israelí de Sharon contra líderes palestinos, que responde a la dinámica de un conflicto complejo y diferente.

<sup>2</sup> Documentado en las numerosas resoluciones adoptadas en su seno, que hasta el momento son las siguientes: 3034(XXVII), de 18 de diciembre de 1972; 31/102, de 15 de diciembre de 1976; 32/147, de 16 de diciembre de 1977; 34/145, de 17 de diciembre de 1979; 36/109, de 10 de diciembre de 1981; 38/130, de 19 de diciembre de 1983; 39/159, de 17 de diciembre de 1984; 40/61, de 9 de

del consenso surgido en el seno de la Asamblea General<sup>2</sup> tras la creación del Comité de los 35<sup>3</sup> y sobre todo la adopción de ciertos instrumentos convencionales, lo que se traducirá en la aparición, por vez primera, de un cierto marco jurídico normativo para la configuración del concepto de terrorismo, así como en la adopción de una serie de medidas para combatirlo.

No se trata en el presente estudio de analizar dicho concepto, polémico sin duda y de difícil aproximación<sup>4</sup>. Muy por el contrario se trata tan sólo de exponer los instrumentos convencionales que han servido hasta el momento al establecimiento de mecanismos de cooperación entre los Estados en la lucha contra el terrorismo y que vinculan en la actualidad al Estado español. No obstante sí es relevante dejar constancia al inicio de la dificultad de aquilatar un concepto único y unánime de terrorismo, un fenómeno poliédrico y mutable, constatación que justifica además el interés de este estudio: sólo por vía convencional,

---

diciembre de 1985; 42/159, de 7 de diciembre de 1987; 44/29, de 4 de diciembre de 1989; 46/51, de 9 de diciembre de 1991; 48/122, de 7 de febrero de 1994; 49/60, de 17 de febrero de 1995; 49/185, de 6 de marzo de 1995; 50/53, de 29 de enero de 1996; 50/186, de 6 de marzo de 1996; 51/210, de 16 de enero de 1997; 52/133, de 27 de febrero de 1998; 52/165, de 19 de enero de 1998; 53/108, de 26 de enero de 1999; 54/109, de 25 de febrero de 2000; 54/110, de 2 de febrero de 2000; 54/164, de 24 de febrero de 2000; 55/158, de 30 de enero de 2001; 56/1, de 18 de septiembre de 2001; 56/88, de 24 de enero de 2002; 56/160, de 13 de febrero de 2002; 57/27, de 15 de enero de 2003; 57/83, de 9 de enero de 2003; 57/219 y 57/220, de 27 de febrero de 2003; 58/48, de 8 de febrero de 2004; 58/81, de 8 de enero de 2004; 58/174, de 10 de marzo de 2004; 58/187, de 22 de marzo de 2004; 59/46 y 59/80, de 16 de diciembre de 2004; 59/191, de 10 de marzo de 2005; 59/195, de 22 de marzo de 2005; 59/290, de 15 de abril de 2005; 60/43, de 6 de enero de 2006; y 60/73 y 60/78, de 11 de enero de 2006. A mayor abundamiento sobre la evolución de dicho consenso vid ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2000, en especial vid pp. 29 y ss.

Establecido por Resolución de la Asamblea General 3034 (XXVII), de 18 de diciembre de 1972, encargándole examinar las observaciones sometidas a éste por los Estados y que debería presentar a la Asamblea General en su XXVIII sesión. Estuvo compuesto inicialmente por Argelia, Austria, Canadá, Congo, Checoslovaquia, Estados Unidos, Francia, Grecia, Guinea, Haití, Hungría, India, Irán, Italia, Japón, Mauritania, Nicaragua, Nigeria, Panamá, Reino Unido, Siria, Suecia, Tanzania, Túnez, Turquía, Ucrania, Unión Soviética, Uruguay, Venezuela, Yemen, Yemen Democrático, Yugoslavia, Zaire y Zambia. El Comité se ayuda de tres subcomités plenarios, que se encargan respectivamente de las siguientes tareas: definición de terrorismo, causas subyacentes y estudio de medidas para su prevención. Tras los atentados terroristas de 2001 el propio Consejo de Seguridad constituyó en su seno un Comité contra el terrorismo, en virtud de su Resolución 1373/2001, de 28 de septiembre de 2001, parágrafo 6, cuya composición coincide con la del Consejo de Seguridad, actualmente: Estados Unidos, Rusia, Reino Unido, Francia, China, Argelia, Argentina, Benin, Brasil, Chile, Dinamarca, Filipinas, Japón, Rumanía y Tanzania. La presidencia la ostenta desde abril de 2005 Dinamarca, correspondiendo las tres vicepresidencias a Argelia, Brasil y Grecia. En cuanto al programa de trabajo del Comité éste, que se revisa cada noventa días, se aprueba por consenso y se presenta al Consejo de Seguridad. Inicialmente establecido en el anexo al documento S/2003/387, puede ser actualmente consultado en <http://www.un.org/spanish/docs/comites/1373/programa.html>.

La doctrina ha tratado con enorme profusión este tema, por lo que cualquier referencia bibliográfica al respecto sería meramente indicativa. En cualquier caso nos parece imprescindible el tratamiento de CARRILLO SALCEDO, J.A. y FROWEIN, J.A., *Les Aspects juridiques du terrorisme international/ The Legal Aspects of International Terrorism, Centre d'étude et de recherche du droit international et des relations internationales*. Academie de Droit International de La Haye, MNP, Dordrecht, 1989; DUGARD, J., "International terrorism: Problems of

primero sectorial –abordado aquí a través de un criterio cronológico– y luego general, ya sea desde una perspectiva universal, ya sea en las relaciones bilaterales, esto es, a través de la creación paulatina en dichos instrumentos de un marco jurídico internacional para luchar contra el terrorismo, la comunidad internacional ha sido capaz de definir, siquiera sea de modo indirecto y parcial individualizando conductas a combatir, el terrorismo como tal, y de modo más directo los modos de cooperación internacional. Un seguimiento de las discusiones habidas en el seno de las Naciones Unidas deja clara constancia de que esta aproximación sectorial era la única forma de sortear el escollo de la falta de consenso político a la hora de su definición, que sólo podía ser superado eficazmente en la práctica mediante la adopción de tratados internacionales sectoriales que abordasen aspectos del terrorismo de interés general para el conjunto de los Estados.

Es igualmente importante presentar un análisis contextualizado de cada uno de estos instrumentos, que no nacen en un vacío social ni jurídico. De su exégesis se pretende la concreción de los principios generales que rigen la cooperación entre los Estados en este terreno y las conductas concretas, medios y acciones que incluye. De otra parte se centrará en tratados multilaterales, de factura más amplia y generosa y apreciación multiforme del fenómeno terrorista. Igualmente debe recordarse que en muchos casos las alusiones no tanto a conductas terroristas o medios de cooperación, como sí al terrorismo en general, no se realizan en tratados específicos para la prevención o represión del terrorismo, sino en acuerdos más amplios de persecución de la delincuencia organizada, en especial en relación con los Estados antaño pertenecientes a la antigua Europa Central y Oriental<sup>5</sup>, en una visión más actualizada de dicho fenómeno que lo pone ocasionalmente en conexión con elementos como el tráfico de armas o de sustancias psicotrópicas (narcoterrorismo), o en tratados que regulan la puesta en práctica de la institución de la extradición.

## II. LA PRÁCTICA CONVENCIONAL MULTILATERAL

### 1. Contextualización de la práctica convencional multilateral de los Estados en la cooperación contra el terrorismo

Es innegable la influencia en la asunción de obligaciones por parte de los Estados, de los ataques terroristas perpetrados en Washington y Nueva York en Septiembre de 2001. Si se

---

Definition”, 50 *International Affairs* (1974), pp. 67-81; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *Las actividades terroristas ante el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 2000 ; RAMÓN CHORNET, C., “Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho internacional, Valencia, 1992. Incidiendo especialmente en los problemas de definición del terrorismo como fenómeno y su posible legitimación vid FRANCK, T. y SENECAL, S.C., “Porfiry’s Proposition: Legitimacy and Terrorism”, 20 *V.J.T.L* (1987-2), pp. 195-257. En especial los nuevos planteamientos en torno al terrorismo internacional tras los atentados contra Estados Unidos de 2001 vid el monográfico de la R.E.D.I. “El orden internacional tras lo satentados del 11 de septiembre de 2001”, LIII R.E.D.I. (2001-1 y 2), pp. 125-302, con contribuciones de REMIRO BROTONS, CALDUCH CERVERA, FERNÁNDEZ TOMÁS, CARDONA LLORENS, GONZÁLEZ VEGA, RAMÓN CHORNET y ALCAIDE FERNÁNDEZ.

<sup>5</sup> En aquellos Estados no se ha acuñado tradicionalmente el término terrorismo, un fenómeno que ha estado ausente en los regímenes comunistas y que ha anulado el uso de dicho término en países como la URSS o China (Vid LAQUEUR, W., *Terrorismo*; Espasa Calpe, Madrid, 1980,

atiende al ritmo de ratificación de ciertos instrumentos convencionales multilaterales antes y después de los mismos es fácil comprobar una clara aceleración<sup>6</sup>, como también es fácil constatar el aumento de la actividad terrorista y su mayor difusión geográfica<sup>7</sup>. No obstante, ello no desvirtúa el hecho de que los citados tratados son de factura anterior a la perpetración de los atentados, lo que constata una vez más la voluntad manifiesta de los Estados de promover la cooperación en esta esfera material.

En el caso de los convenios multilaterales no todos ellos regulan directamente la cooperación en materia terrorista, existen algunos de importancia capital que, quizá por lo temprano de su adopción, cuando el consenso sobre un concepto normativo de terrorismo y un marco jurídico se estaba aún fraguando, sólo hacen referencia a ciertos actos de carácter terrorista considerados como hechos aislados aún no específicamente calificados como tales. En este sentido han de ser considerados pioneros de este proceso de configuración normativa y cooperación internacional posterior los tratados sobre seguridad de la navegación aérea y marítima de la década de los setenta y de los ochenta. Partiendo de la idea de la insuficiencia de las normas jurídicas tradicionales a fin de individualizar la responsabilidad penal de aquellos que cometan actos terroristas, acogida ya en los Convenios de Sociedad de Naciones

---

p.122), y que sólo después de la desaparición de dichos regímenes han generalizado prácticas perfectamente encuadrables en el marco del terrorismo y combatibles por los mismos medios, pero que, sin embargo, a falta de "tradicción" se han dado en llamar en su lugar "criminalidad organizada". Y ello pese a que el terrorismo sistemático naciese a mitad del siglo XIX de la mano, entre otros, de los revolucionarios rusos que lucharon contra un gobierno autocrático, en especial el movimiento Narodnáia Volia.

No obstante es importante recordar la diferencia básica que existe entre terrorismo y delincuencia organizada, cierto que, a falta de sustantividad propia, por inexistencia formal de una definición expresa de terrorismo como tal, esa diferencia se centra en el objetivo: si en el caso del terrorismo el objetivo de la conducta es básicamente obligar a una persona o conjunto de personas con relevancia pública, un Estado o una organización internacional a realizar una determinada conducta o acto mediante coacción, en el caso de la delincuencia organizada, y conforme a los arts. 2.1. y 5.1.a) i del Convenio de Roma sobre delincuencia organizada, no en vigor para España, el elemento definitivo es el lucro o beneficio económico o material.

Por su parte el presidente de la American Society of International Law señalaba en la 67 sesión de esta institución el récord de 46 personas internacionalmente protegidas atacadas o asesinadas en los cinco años precedentes, 311 secuestros de aviones entre 1968 y 1972 y un total de 358 puestos en peligro, 200 personas heridas o muertas en estos intentos fracasados o consumados. Vid "Terrorism and Political Crimes in International Law", 67 *Proceedings of the A.S.I.L.* (1973), pp. 87-111.

Tal y como lo pone de manifiesto el ritmo de firmas y ratificaciones de las últimas convenciones de Naciones Unidas. Así, en el caso de la Convención para la represión de la financiación del terrorismo y a fecha de 1 de enero de 2006 se había procedido a la firma de la misma por parte de 132 Estados, habiéndolo hecho sólo 42 de ellos con anterioridad al 11 de septiembre de 2001, y aún más claro en el caso de la ratificación, siendo así que de 149 ratificaciones hasta la fecha sólo 4 lo fueron antes de dichos atentados. En el caso de la convención para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y a la misma fecha el total de 58 Estados firmantes lo hizo con anterioridad al 11 de septiembre de 2001, mientras que de los actuales 145 ratificantes, tan sólo 27 lo hicieron con anterioridad.

<sup>7</sup> Dejando a un lado episodios de terrorismo sistemático en países concretos y de carácter puramente nacional, como son, entre otros, el caso de ETA en España o de Chechenia en Rusia, de ámbito básicamente interno, se han sucedido una serie creciente de ataques terroristas,

de 1937<sup>8</sup>, las nuevas convenciones van a erigirse sobre dos pilares básicos: la tipificación de actos terroristas y la exclusión de la aplicación de las normas relativas a los delitos políticos, contribuyendo así a precisar los derechos y obligaciones asumidos por los Estados en esta materia. En este sentido se impone recordar la referencia al terrorismo y su prohibición en el curso de los conflictos armados tanto internos como internacionales recogida tanto en los Convenios de Ginebra de 1949 como en los Protocolos adicionales de 1977<sup>9</sup>.

La oleada de atentados terroristas acaecidos en la década de los sesenta pero con especial virulencia y alcance en la década de los setenta<sup>10</sup>, que en su mayoría tuvieron que ver con el secuestro de personas así como con la seguridad de la navegación aérea y marítima, propiciaron una creciente preocupación y acción tanto a nivel doctrinal<sup>11</sup> como a nivel institucional<sup>12</sup>, dando pie a la delimitación de ciertas prácticas terroristas proscritas y perseguidas por dichos instrumentos convencionales, de la mano de los cuales apareció la denominada piratería aérea. Es, pues, en el seno de la OACI donde nos encontramos con los primeros tratados internacionales de la era de Naciones Unidas que tratan de delimitar conductas

---

agravado por la acción armada unilateral de Estados Unidos, Reino Unido y España contra Irak, que arroja una estadística preocupante tanto en frecuencia como en intensidad y difusión geográfica de los ataques: atentado de la guerrilla musulmana en Bali en 2003 con 140 víctimas mortales; atentado en Arabia Saudí en mayo de 2003 con un balance de 35 víctimas mortales y en noviembre de 2003, con 17 víctimas mortales; ataque contra intereses españoles en Marruecos por parte de un grupo integrista islámico, con un balance de 44 víctimas mortales; ataques terroristas de Madrid del llamado 11-M, con un total de 192 víctimas mortales; ataques terroristas de Londres, de 7 de julio de 2005, con un total de 56 víctimas mortales, el ataque terrorista en Sharm el Sheik, Egipto, el 23 de julio de 2005, con un total de 90 víctimas mortales o el ataque terrorista en India en noviembre de 2005, con un total de 65 víctimas mortales.

Dos convenciones concebidas en el seno de la Sociedad de Naciones y surgidas en respuesta al asesinato del rey Alejandro de Yugoslavia y del Ministro de Asuntos Exteriores francés Barthou el 9 de octubre de 1934 y, sobre todo, a la negativa del gobierno italiano a la extradición de los culpables; la Convención para la prevención y la represión del terrorismo, de 16 de noviembre de 1937 y la Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, de la misma fecha. Ambas convenciones, que nunca llegaron a entrar en vigor, fueron no obstante determinantes, en la medida en que los elementos fundamentales que se utilizan en convenios sectoriales adoptados con posterioridad ya en tiempos de Naciones Unidas son traducción de muchos de los contenidos en éstos. Sobre los convenios vid DONNEDIEU de VABRES, H., "La répression internationale du terrorisme. Les Conventions de Genève (16 novembre 1937) », *Revue de Droit International et de Législation Comparée* (1938), pp. 37-74.

Vid al respecto del art. 3 común a los cuatro Convenios, art. 12 de los Convenios I y II; art. 13 del Convenio III; arts 27 y 33 y 34 del Convenio IV; arts 51.2 y 75.2 del Protocolo I y arts 4.2<sup>10</sup> y 13.2 del Protocolo II

Que tienen su *culmen* en el secuestro el 5 de septiembre de 1972 por parte del grupo extremista palestino "Septiembre Negro" de once deportistas componentes de la delegación olímpica israelí que participaba en los Juegos Olímpicos de Munich. Vid *Chronicle des faits internationaux*, AFDI (1972).

Como lo ponen de manifiesto muy significativamente los debates habidos en el seno del IDI. Vid *Annuaire de l'IDI*, vol. 54-I, pp. 520-769 y vol. 54-II, pp. 455-458 y Anexo 5, que contiene el Dossier.

Tanto en el ámbito universal, que dará pie a las convenciones adoptadas en el seno de Naciones Unidas que se verán *infra*, como a una serie de convenios internacionales negociados en los ámbitos regionales europeo, americano, asiático y árabe respectivamente, de las que se da cuenta igualmente *infra*.

terroristas, aunque, a falta de la apertura de un debate general en el seno de esta organización y del necesario consenso<sup>13</sup>, no directamente alusivos al terrorismo internacional<sup>14</sup>: la Convención sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, de 14 de septiembre de 1963 (en adelante Convenio de Tokio)<sup>15</sup>; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 16 de diciembre de 1970 (en adelante Convenio de La Haya)<sup>16</sup>; y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 23 de septiembre de 1971 (en adelante Convenio de Montreal)<sup>17</sup>.

Pero pese a que el Convenio de Montreal presentaba un ámbito de aplicación material más amplio que el de La Haya, que sólo incluía los actos terroristas cometidos a bordo de una aeronave en vuelo, incorporando ahora también las aeronaves que no estén en vuelo, los atentados de los aeropuertos de Roma y Viena en diciembre de 1986<sup>18</sup> provocaron una nueva reacción internacional, que llevó a Canadá a proponer la adopción de un acuerdo complementario al Convenio de Montreal. El 24 de febrero de 1988 se adoptó el Protocolo sobre la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional<sup>19</sup>. Finalmente y por lo que hace a la labor convencional de la OACI, pionera en este ámbito material, la Conferencia diplomática convocada en Montreal acabaría

---

<sup>13</sup> De hecho el debate jurídico en el seno de la Asamblea General se producirá precisamente a partir de este momento, con la propuesta del Secretario General Waldheim de incluir el tema de las “medidas para prevenir el terrorismo y otras formas de violencia que ponen en peligro vidas humanas inocentes o causan su pérdida o comprometen las libertades fundamentales” en el programa de sesiones del XXVII período de sesiones de la Asamblea General, asignando el pleno de ésta el tema a la VI Comisión de asuntos jurídicos. Esta última acabaría por adoptar, tras varios intentos frustrados la Resolución 3034 (XXVII), de 18 de diciembre de 1972 “Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humana incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales”, suficientemente elocuente respecto de las posiciones encontradas de los Estados a la hora de afrontar el tratamiento preventivo y/o represivo del fenómeno terrorista y el largo y duro camino normativo por recorrer. Vid al respecto ABELLÁN HONRUBIA, V., “El terrorismo internacional”, XXVIII *REDI* (1975), pp. 33-56. Desde 1976 el problema del terrorismo ha sido sistemáticamente incluido por la Asamblea General en sus períodos de sesiones.

<sup>14</sup> Vid respecto de esta sabia solución técnica MOORE, J.N. “Towards Legal Restraints on International Terrorism”, 67 *Proceedings ...* (1973), pp. 88-94.

<sup>15</sup> BOE núm. 308, de 25.12.1969. En vigor de forma general el 4.12.1969, y para España desde el 30.12.1969. A fecha 1 de enero de 2006 son partes en el mismo 180 Estados..

<sup>16</sup> BOE núm. 13, de 15.1.1973. En vigor de forma general el 14.10.1971, y para España desde el 29.11.1972. A fecha de 1 de enero de 2006 son partes en el mismo 181 Estados. Acerca de los avatares de su adopción vid MANKIEWICZ, R.H., “Capture et détournement d’aéronefs”, XIV *AFDI* (1968), pp. 518-527; LEVITT, G., “International Counterterrorism Cooperation: The Summit Seven on Air Terrorism”, 20 *V.J.T.L* (1987-2), pp. 259-288.

<sup>17</sup> BOE núm. 9, de 10.1.1974. En vigor de forma general y para España desde el 26.1.1973. A fecha 1 de enero de 2006 son partes en el mismo 183 Estados.

<sup>18</sup> Vid *Chronicle des faits internationaux*, *AFDI* (1985).

<sup>19</sup> BOE núm. 56, de 5.3.1992; corrección de errores en BOE núm. 134, de 4.6.1992. En vigor de forma general desde el 6.8.1989 y para España desde esa misma fecha. A 1 de enero de 2006 son partes en el mismo 154 Estados.

adoptando el 1 de marzo de 1991 el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección<sup>20</sup>.

Por su parte la Asamblea General de Naciones Unidas se haría igualmente eco de los sucesivos ataques, promoviendo también en su seno una serie de iniciativas normativas que conducirían a la adopción, el 14 de diciembre de 1973 y sobre la base de los trabajos desarrollados por la CDI, de la Convención sobre la prevención y castigo de crímenes contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos<sup>21</sup>. Tras la violenta incursión israelí para liberar a los rehenes retenidos en Entebbe y cuando el Consejo de Seguridad se encontraba discutiendo la legalidad de dicha incursión, la RFA promovería la creación de un Comité especial que culminaría sus trabajos con la adopción de la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979<sup>22</sup>. La preocupación de la Asamblea General llevó a encarar nuevos desarrollos sectoriales destinados a la lucha antiterrorista, en tanto que maduraba la idea de la elaboración de un convenio multilateral general en esta materia<sup>23</sup>. En este sentido el Secretario general aconsejó trabajar sobre los atentados terroristas perpetrados con bombas, la financiación de las actividades terroristas y la posible utilización por dichos grupos de armas de destrucción masiva, entre las que se incluía el terrorismo nuclear. Fruto de ello fue la adopción de la Convención Internacional para la supresión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 15 de diciembre de 1997<sup>24</sup>, que recoge los casos de ataque terrorista con empleo de armas o artefactos que emitan, propaguen o hagan impactar productos químicos tóxicos, agentes o toxinas de carácter biológico o sustancias similares o radiaciones o material radioactivo; y el Convenio Internacional para la supresión de actos de terrorismo nuclear<sup>25</sup>. No obstante éste ha sido objeto de

<sup>20</sup> BOE núm. 288, de 2.12.1998. En vigor de forma general y para España desde el 21.6.1998. A fecha 1 de enero de 2006 son partes en el mismo 124 Estados.

<sup>21</sup> Tarea encomendada por la Asamblea General a la CDI en su Resolución 2780 (XXVI), de 3 de diciembre de 1971, y que culminaría con la adopción del texto de la convención, aprobado por la Resolución 3166 (XXVIII). BOE núm. 33, de 7.2.1986. En vigor de forma general desde el 20.2.1977 y para España desde el 7.9.1985. A fecha 1 de enero de 2006 son partes en la misma 159 Estados. Acerca de los debates doctrinales sobre su necesidad y conveniencia vid JUL-LARD, P., "Les enlèvements des diplomates", XVII *AFDI* (1971), pp. 205-232; ROZAKIS, Ch.L., "Terrorism and the Internationally Protected Persons in the Light of the ILC's Draft Articles", 22 *ICLQ* (1973), pp. 32-72.

<sup>22</sup> Aprobada por Resolución de la Asamblea General 34/146. BOE núm. 162, de 7.7.1984. Entró en vigor de forma general el 3.6.1983, y para España el 25.4.1984. A fecha 1 de enero de 2006 son partes en la misma 153 Estados. Vid al respecto ABAD CASTELO, M., *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho Internacional*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997.

<sup>23</sup> Estados Unidos presentó a la VI Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas un documento de trabajo en su 2038 sesión de trabajo que contenía el borrador de un proyecto de convención multilateral contra el terrorismo. Vid doc. A/C.6./L. 850. Sobre el contenido del citado proyecto vid PREVOST, J.F. "Les aspects nouveaux du terrorisme international", *AFDI* (1973), pp. 519-600; DUGARD, J., "Towards the Definition of International Terrorism, 67 *Proceedings ...* (1973), pp. 94-100.

<sup>24</sup> Aprobada por la Resolución de la Asamblea General 52/164, de 15 de diciembre de 1979. BOE núm. 140, de 12.6.2001. En vigor de forma general desde el 1.6.1999 y para España desde el 23.5.2001. A fecha 1 de enero de 2006 son partes en la misma 145 Estados.

<sup>25</sup> Aprobada por Resolución de la Asamblea General 59/290, de 13 de abril de 2005. Su artículo 24 establece la entrada en vigor de la misma treinta días después del depósito del instrumento de

tratamiento parcial en el seno de la AIEA, con la adopción de la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares<sup>26</sup>. A la vista de la creciente conexión entre las actividades de los grupos terroristas y la delincuencia organizada en sentido amplio y sus complejas redes de financiación internacional, la Asamblea General aprobó la Convención Internacional para la supresión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999<sup>27</sup>. Finalmente, la preocupación antes aludida respecto de posibles actos terroristas nucleares se ha visto parcialmente cubierta con la adopción, mediante la resolución de la Asamblea General 59/290, del Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, en abril de 2005<sup>28</sup>.

No pueden olvidarse, por último, los esfuerzos realizados por la OMI tras el secuestro del buque de pabellón italiano Achille Lauro en octubre de 1985, que condujeron a la adopción, el 10 de marzo de 1988, de la Convención internacional para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, que ha sido posteriormente completada por el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental<sup>29</sup>.

En el ámbito regional europeo los esfuerzos han sido también notables, revistiendo a este respecto una significación especial para el Estado español el Convenio europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977<sup>30</sup>, adoptado en el seno del Consejo de Europa

---

ratificación número 22. A fecha 1 de enero de 2006 la Convención ha sido firmada por 97 Estados, pero aún no cuenta con ninguna ratificación.

<sup>26</sup> BOE núm. 256, de 25.10.1991. En vigor de forma general desde el 8.2.1987, y para España desde el 6.10.1991. A fecha 29 de noviembre de 2005 son partes en la misma 145 Estados.

<sup>27</sup> Aprobada por Resolución de la Asamblea General 54/109, de 9 de diciembre de 1999. BOE núm. 123, de 23.5.2002 En vigor de forma general desde el 10.4.2002, y para España desde el 10.5.2002 A fecha 1 de enero de 2006 son partes en la misma 149 Estados.

<sup>28</sup> Vid AG/RES/59/290, de 15 de abril de 2005. A fecha 1 de enero de 2006 han firmado dicha convención 82 Estados.

<sup>29</sup> Ambos en BOE núm. 99, de 24.4.1992. En vigor de forma general y para España desde el 1.3.1992. A fecha 1 de enero de 2006 son partes en la misma 134 Estados y 123 Estados lo son en el Protocolo. Acerca de su negociación vid HALBERSTAM, M., "Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety", 82 *AJIL* (1988), pp. 269-310; PAUST, S.J., "Extradition and United States Prosecution of the Achille Lauro Hostage-Takers: Navigating the Hazards", 20 *V.J.T.L.* (1987-2), pp. 235-257. El Convenio ha sido recientemente modificado tras la adopción, en la conferencia diplomática celebrada el 14 y 15 de octubre de 2005, de un nuevo protocolo adicional que añade los artículos 3bis, 8bis, 11bis y 12bis, así como la reforma al protocolo adicional existente mediante la adición del artículo 2bis. Se trata de la identificación y desglose de nuevas conductas en relación con la subida a bordo de buque o plataforma de artefactos, componentes o sustancias nucleares, por usarlos, transportarlos, subirlos a bordo de buque o plataforma, sí como una serie de medidas en relación con el mecanismo de extradición en tales casos.

<sup>30</sup> BOE núm. 242, de 8.10.1980; corrección de errores BOE núm. 208, de 31.8.1982. En vigor de forma general desde el 4.8.1978 y para España desde el 21.8.1980. A fecha 31 de mayo de 2003 son partes en el mismo 40 Estados. Los comentarios son numerosos: VALLÉE, Ch., "La Convention Européenne pour la répression du terrorisme", XXII *AFDI* (1976), pp. 756 y ss; FRAYSSE-DRUESNE, G., "La Convention Européenne pour la répression du Terrorisme", LXXXII *RGDIP* (1978), pp. 970 y ss; MOSCONI, F., «La Convenzione Europea per la Repressione del Terrorismo», *Rivista di Diritto Europeo* (1979), pp. 318 y ss; PLANTEY, A., «Réponses européennes au terrorisme international», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1983), pp. 379-394.

al albur de las preocupaciones antes descritas por la oleada de atentados terroristas en la década de los setenta. En cualquier caso una comprensión de la cooperación europea en materia de terrorismo no puede dejar de lado las disposiciones del Convenio europeo de extradición, de 13 de diciembre de 1957<sup>31</sup> y del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959<sup>32</sup>. Finalmente el 16 de mayo de 2005 se ha adoptado en Varsovia la Convención para la prevención del terrorismo, que permite la puesta al día y el avance sustancial en las bases sentadas en el convenio pionero de 1977<sup>33</sup>, así como la Convención sobre el blanqueo, búsqueda, aprensión y confiscación de los productos del crimen a efectos de financiación de actos terroristas<sup>34</sup>.

Con carácter previo y en el seno de la OEA había tenido lugar, el 2 de febrero de 1971 y especialmente impulsada por los Estados Unidos de América, víctima en varios atentados de la década de los sesenta, la adopción en Washington de la Convención de la Organización de Estados Americanos para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional<sup>35</sup>, de ambicioso título pero limitados objetivos, al abordar tan sólo los delitos contra personas respecto de las cuales el Estado tiene, conforme al Derecho internacional, un deber de protección especial. La honda preocupación arraigada en los Estados tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 se ha dejado sentir también en este ámbito regional, en el que se ha procedido a la adopción en el seno de la OEA de la Convención Interamericana

---

La Convención ha sido recientemente modificada mediante la adopción de un Protocolo adicional de fecha 15 de mayo de 2003, aún no en vigor, y que a fecha 1 de enero de 2006 alcanza ya 21 firmas. Su texto se puede consultar en <http://www.coe.fr>.

<sup>31</sup> BOE núm. 136, de 8.6.1982. Entrada en vigor de forma general el 18.4.1960 y para España desde el 5.8.1982. El Protocolo adicional I al citado Convenio es de fecha 15.10.1975 y entró en vigor de forma general el 20.8.1979, y el Protocolo adicional II es de fecha 17.3.1978: Entró en vigor de forma general y para España el 5.6.1983 (BOE núm. 139, de 11.6.1985). A fecha 1 de enero de 2006 son partes en el mismo 36 Estados.

<sup>32</sup> BOE núm. 223, de 17.9.1982. Entró en vigor de forma general el 12.6.1962 y para España desde el 4.7.1982. A fecha 1 de enero de 2006 son partes en el mismo 45 Estados. El convenio ha sido modificado posteriormente mediante un protocolo adicional de 17 de mayo de 1978, en vigor desde el 12 de abril de 1982 y en el que a la misma fecha son partes en el mismo 39 Estados, entre ellos España.

No cabe olvidar los importantes avances en materia de cooperación internacional para combatir el terrorismo llevados a cabo también en el ámbito regional europeo por los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, por ser esta cooperación especialmente densa y atender a instrumentos internacionales específicos de naturaleza diferente escapa al objeto de análisis del presente estudio.

<sup>33</sup> A fecha 1 de enero de 2006 el nuevo tratado ha recibido ya 31 ratificaciones, siendo necesarias 6 ratificaciones, incluyendo 4 pertenecientes a cuatro Estados miembros, para su efectiva entrada en vigor. España ha procedido a su firma pero no así a su ratificación todavía.

<sup>34</sup> Adoptada el 16 de mayo de 2005 en Varsovia, y en la que a fecha 1 de enero de 2006 sólo se cuentan 20 Estados firmantes pero ninguna ratificación. España no ha procedido a la firma del mismo. Su texto puede consultarse en <http://www.coe.int>.

<sup>35</sup> Su texto puede ser consultado en UNTS vol. 1438, núm. 24381 y <http://www.oas.org/documents>. A fecha de 1 de enero de 2006 son partes en la misma 17 Estados, incluido Estados Unidos. Tan sólo Chile, Ecuador, Jamaica y Trinidad y Tobago no son partes en el mismo.

contra el Terrorismo<sup>36</sup>, que pone el acento ya desde el preámbulo, no sólo en la represión o prevención, sino especialmente en la cooperación interestatal en materia de lucha contra el terrorismo, planteando importantes similitudes llevadas en este caso al ámbito regional, con los últimos convenios multilaterales adoptados por Naciones Unidas en 1997 y 1999 respectivamente, ya mencionados, pero también alguna novedad destacable en cuanto al refuerzo de la protección de ciertos derechos fundamentales que pueden colisionar con la persecución de las acciones delictivas consideradas actos terroristas, tales como el refugio o el asilo. Puesto que los atentados terroristas de 2001 en Estados Unidos ponen al descubierto una importante trama financiera de apoyo a un determinado grupo terrorista, la nueva Convención de la OEA insiste sobre todo en el control, intercambio de información, congelación, embargo, etc. de fondos y recursos susceptibles de amparar actividades terroristas<sup>37</sup>.

A fines de la década de los ochenta una iniciativa similar en el ámbito asiático dio lugar a la Convención regional sobre la eliminación del terrorismo, adoptada en Katmandú el 4 de noviembre de 1987, en el seno de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional<sup>38</sup>. El Comité de SAARC, reunido en su XXVIII sesión en agosto de 2002, acordó la preparación de un Protocolo adicional a la Convención para la supresión del terrorismo, reconociendo la necesidad de actualizar la misma a fin de responder a las nuevas obligaciones surgidas de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y la Convención de Naciones Unidas para la supresión de la financiación del terrorismo internacional, conforme a la prioridad acordada por los jefes de Estado y de gobierno del SAARC en su XI cumbre de adoptar y unirse a iniciativas globales para combatir el terrorismo y la criminalidad organizada internacional. El protocolo fue preparado en el seno del Comité de expertos legales, en sesión celebrada en Colombo en agosto de 2003, y ha sido adoptado y firmado por los Estados miembros en el Consejo de Ministros celebrado en enero de 2004. Su objetivo declarado es reforzar la Convención para la supresión del terrorismo mediante la criminalización de la provisión, recogida o adquisición de fondos con el propósito de cometer acciones terroristas, así como la adopción de medidas para prevenir o suprimir la financiación de tales actos<sup>39</sup>.

Como consecuencia de la proliferación de atentados terroristas en conexión con el fundamentalismo islámico y como respuesta al fortalecimiento progresivo de dicho vínculo los países árabes han adoptado tres convenciones en la materia: la Convención árabe para la supresión del terrorismo, adoptada en el seno de la Liga Árabe reunida en El Cairo el 22 de abril de 1998; la Convención para combatir el terrorismo internacional adoptada por la Conferencia Islámica en Ouagadougou el 1 de julio de 1999<sup>40</sup>; y la Convención para prevenir

---

<sup>36</sup> Hecha en Bridgetown, Barbados, el 3 de junio de 2003. Su texto se puede consultar en <http://www.oea.org>. Su entrada en vigor se produjo el 10 de julio de 2003, habiendo ratificado hasta el momento la misma seis Estados (Antigua y Barbuda, Canadá, El Salvador, México, Nicaragua y Perú), y firmado todos los demás estados miembros de la Organización, a excepción de Dominica. A fecha 1 de enero de 2006 su ratificación ha crecido sustancialmente, siendo partes en la misma 16 Estados miembros.

<sup>37</sup> Vid en especial arts. 4 a 7 de la Convención.

<sup>38</sup> Su texto puede ser consultado en <http://www.saarc.org>.

<sup>39</sup> El Protocolo adicional entró en vigor el 12 de enero de 2006.

<sup>40</sup> Su texto puede ser consultado en <http://www.africa-union.org>. A fecha 1 de enero de 2006 son partes en la misma 36 Estados. A resaltar el hecho de que del total de ellos tan sólo 3 lo eran con anterioridad a los atentados de 11 de septiembre de 2001, todas las demás ratificaciones son posteriores a esta fecha.

y combatir el terrorismo adoptada en el seno de la OUA reunida en Argel el 14 de julio de 1999. Esta última ha sido completada por un Protocolo adicional adoptado en Addis Abeba el 8 de julio de 2004. Su principal objeto es el compromiso de los Estados partes de prevenir e impedir la financiación pero también el adiestramiento de grupos terroristas en sus respectivos territorios, así como impedir la adquisición de armas de destrucción masiva. Objeto expreso del Protocolo adicional es reforzar la Convención, pero además la coordinación de los Estados miembros de la ahora Unión Africana, a través de la creación del Comité de Paz y Seguridad de la UA, a fin de armonizar los esfuerzos continentales para prevenir y combatir el terrorismo.

También como respuesta al vínculo creciente entre actos terroristas y grupos de delincuencia organizada y actividades tendentes a la autofinanciación de los mismos, habida cuenta de la importancia creciente del fenómeno de las mafias tras la descomposición de la antigua Unión Soviética, los Estados pertenecientes a la Comunidad de Estados Independientes adoptaron en Minsk el 4 de junio de 1999 el Tratado sobre cooperación entre los Estados Miembros de la Comunidad de Estados Independientes para combatir el terrorismo<sup>41</sup>.

## **2. Conductas contempladas en la práctica convencional: la delimitación progresiva de los actos considerados como terroristas en el ordenamiento internacional**

### *i. La progresiva definición en los convenios internacionales*

Delimitados los tratados, tanto universales como regionales, cuyo principal objetivo es la lucha contra el terrorismo internacional, el articulado de los mismos presenta de forma invariable una parte común consistente en la enumeración, más o menos descriptiva, de las conductas combatidas por éstos, lo que en definitiva no hace sino identificar las diferentes prácticas consideradas terroristas y sobre las que, a la vista de la reiteración y teniendo en cuenta el grado de participación de los Estados en los citados instrumentos convencionales, existe consolidado consenso. De esta forma, la práctica convencional estatal subsana, por vía de los hechos y de forma sectorializada, la carencia o imposibilidad de alcanzar una definición común del fenómeno terrorista a nivel internacional. Esas partes comunes o conductas que se consideran invariablemente como terroristas en los citados instrumentos pueden agruparse en diversos bloques materiales, cuales son: a) seguridad de la navegación aérea y marítima; b) seguridad de personas con relevancia pública y, en general, protección de las personas contra prácticas terroristas odiosas que afectan a sus derechos fundamentales; c) comisión material de atentados terroristas mediante explosivos; d) comisión material de atentados terroristas mediante armas nucleares; e) financiación del terrorismo; y, recientemente, f) la apología o invitación pública a la comisión de actos terroristas<sup>42</sup> y g) ataques terroristas contra el medio ambiente humano.

<sup>41</sup> Su texto se puede consultar en <http://www.untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>

<sup>42</sup> De forma indirecta, esto es, sin pretender regular la prevención o represión del terrorismo como objetivo principal expresamente establecido, dos tratados recogen conductas terroristas en términos similares a los anteriores. Es el caso, en primer lugar, de la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, de 3 de marzo de 1980, elaborada en el seno del OIEA y que, pese a no hacer alusión expresa ni en su título ni en su preámbulo de posibles ataques terroristas, recoge sin embargo en su art. 7, entre las conductas contempladas: "1. La comisión intencionada de: a) un acto que consista en recibir, poseer, usar, transferir, alterar, evacuar o

Los bloques surgen de forma espontánea al estudiar con detenimiento y observar los paralelismos en las regulaciones así establecidas en los diferentes convenios que los integran. Por ello, a la hora de considerar las formas establecidas de cooperación interestatal para combatir al terrorismo se hace necesario, en primer lugar, delimitar las conductas consideradas ilícitas y como forma de manifestación terrorista en el derecho internacional para, a continuación, analizar los modos de combatir las de forma conjunta. Puesto que muchas de ellas se repiten en diferentes convenios, se sistematizan atendiendo a su pertenencia a alguno de los ámbitos materiales antes señalados.

---

dispersar materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa, o es probable que cause, la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales; b) hurto o robo de materiales nucleares; c) malversación de materiales nucleares o su obtención mediante fraude; d) un acto que consista en la exacción de materiales nucleares mediante amenaza o uso de violencia o mediante cualquier otra forma de intimidación; e) una amenaza de: i) utilizar materiales nucleares para causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales; ii) cometer uno de los delitos mencionados en el apartado b) a fin de obligar a una persona física o jurídica, a una organización internacional o a un Estado a hacer algo o a abstenerse de hacer algo; f) una tentativa de cometer uno de los delitos mencionados en los apartados a), b) o c), y g) un acto que consista en participar en cualquiera de los delitos mencionados en los apartados a) a f), será considerada como delito punible por cada Estado Parte en virtud de su legislación nacional. 2. Cada Estado Parte deberá considerar punibles los delitos descritos en el presente art. mediante la imposición de penas apropiadas que tengan en cuenta la gravedad de su naturaleza". Y a continuación, en los arts. 8 a 13 el Convenio adopta la estructura típica que presentan los tratados sobre terrorismo, recogiendo todos los aspectos relativos a la obligación de juzgar o extraditar, estableciendo los criterios de determinación de la competencia para juzgar, especificando principios generales y medidas concretas en la cooperación entre las partes y también sentando todos los aspectos relativos a la extradición y su más amplia aplicación posible.

En el segundo caso, el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección sí alude de forma expresa en su preámbulo a " (...) las repercusiones de los actos de terrorismo en la seguridad internacional (...) profunda preocupación por los actos terroristas destinados a destruir aeronaves, otros medios de transporte y demás objetivos (...) el hecho de que los explosivos plásticos se han utilizado para cometer tales actos terroristas (...) y que (...) la marcación de tales explosivos para los fines de su detección contribuiría de modo significativo a prevenir dichos actos ilícitos (...) " lo que convierte en objetivo indirecto del Convenio a la cooperación interestatal contra la comisión de atentados terroristas a nivel internacional.

No obstante su carácter marcadamente técnico impone una estructura diferente que, aunque por supuesto recoge expresamente medios concretos de cooperación interestatal a tales fines (art.s II, III y IV), sin embargo no se pronuncia sobre aspectos clásicos como criterios de determinación de la competencia judicial o extradición.

También cabe recordar en este punto la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, hecho en Nueva York el 4 de diciembre de 1989, que si bien no trata directamente el fenómeno terrorista, parece evidente su conexión material con éste, presentado una estructura y un contenido material muy similares a los tratados hasta aquí recogidos. Dicho tratado entró en vigor de forma general el 20 de octubre de 2001. A fecha de 31 de mayo de 2003 son partes en el mismo 24 Estados, entre los cuales no se encuentra España, que tampoco es firmante.

En cualquier caso la adopción en mayo de 2005 en el seno de Naciones Unidas del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear viene a recoger en buena medida la regulación contemplada en el citado Convenio de la OIEA pero ahora sí en relación directa con el fenómeno terrorista.

a) *Seguridad de la navegación aérea y marítima.*

De acuerdo con el Convenio de Tokio de 1963, se perpetra delito de apoderamiento ilícito de aeronave cuando una persona cometa a bordo, mediante violencia o intimidación, cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio de control de una aeronave en vuelo o esté a punto de cometer tales actos<sup>43</sup>, una conducta que se extiende desde el punto de vista del momento de comisión material en el de La Haya, con la inclusión en el tipo de los mismos actos si se cometen en el período que transcurre desde que se cierran las puertas de la aeronave después del embarque hasta que se abren para el desembarque<sup>44</sup>. La esencia de esta definición continúa en el Convenio de Montreal de 1971, que considera delito el comportamiento de un individuo que ilícita e intencionalmente realice actos de violencia a bordo de una aeronave contra una persona, actos que, por su naturaleza constituyan un peligro para la seguridad de la nave; que destruya una aeronave que se encuentre en servicio<sup>45</sup> o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o pongan en peligro la seguridad de esa aeronave en vuelo; que coloque o haga colocar en una aeronave en servicio por cualquier medio cualquier artefacto o sustancia capaz de destruirla o causarle daños que imposibiliten su vuelo o sean actos que *per se* constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; actos que destruyan o causen daños a las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento si tales actos por sí mismos constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo; que comunique a sabiendas informes falsos, poniendo así en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo<sup>46</sup>.

En el caso de la seguridad de la navegación marítima las conductas delictivas están descritas de forma muy similar, tipificándose el apoderamiento ilícito o intencionalmente, o hacerse con el control del buque mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; que suponga la realización de actos de violencia contra personas a bordo del buque si ello pone en peligro la navegación segura del mismo; actos que destruyan o dañen al buque o a su carga, poniendo igualmente en peligro la navegación segura del mismo; que coloque o haga colocar artefactos o sustancias susceptibles de destruirlo o dañar a éste o su carga, poniendo en riesgo la navegación segura del mismo, o bien no ya al buque directamente pero sí a las instalaciones y servicios de navegación de los que un buque se sirva y que puedan poner en peligro su segura navegación; o que difunda información a sabiendas de que es falsa y que ello pone en riesgo la segura navegación del buque; o, por último, que lesione o mate a cualquier persona a la hora de cometer cualquiera de las conductas anteriores. Y es fundamental, cuando se castiga la tentativa o la inducción, que el Convenio añada la amenaza de cometer cualquiera de estos actos pero con el ánimo de obligar a una persona física o jurídica a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Vid art. 11 del Convenio de Tokio.

<sup>44</sup> Vid art. 1 del Convenio de La Haya, en el que la definición permanece inalterada.

<sup>45</sup> Se trata de una de las aportaciones, a la hora de delimitar las conductas penadas y que, por ende, serán objetivo de la cooperación, más importantes de este Convenio: la diferenciación entre aeronave en vuelo y aeronave en servicio. Vid art. 2 del Convenio de Montreal.

<sup>46</sup> Vid art. 1 del Convenio de Montreal.

<sup>47</sup> Vid art. 3 del Convenio de Roma.

b) *Seguridad de las personas: personas internacionalmente protegidas y toma de rehenes.*

Las conductas tipificadas difieren sustancialmente en este ámbito material, además de cambiar también la cooperación prevista como se verá más adelante, pues si en los anteriores se pedía como mucho a los Estados que castigasen con penas suficientemente severas las conductas en ellos tipificadas como delitos, el Convenio de 1973 da un paso más y no parte de la idea de la sanción individualizada por parte de cada Estado, confiando en el cumplimiento por parte de éste de buena fe, sino que avanza al establecer en tono imperativo que “serán calificados por cada Estado parte como delitos en su legislación interna” una serie de conductas cuando se realicen intencionalmente, lo que inevitablemente conduce a una unificación material de legislaciones en estos tipos concretos. Se parte de la base de que son personas internacionalmente protegidas el jefe del Estado, incluso si se trata en algún caso de un órgano colegiado, el jefe de Gobierno, el ministro de relaciones exteriores y los miembros de su familia, cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o de una organización intergubernamental que tenga derecho en el momento de cometerse los hechos a protección internacional, y ya se trate de un ataque contra su persona, sus bienes, su residencia particular u oficial o sus medios de transporte<sup>48</sup>. Las conductas recogidas son las siguientes: homicidio, secuestro, cualquier atentado contra la integridad física o la libertad de dicha persona, cualquier atentado violento contra los locales oficiales la residencia privada o los medios de transporte de ésta que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad, la amenaza de cometer tal acto, la tentativa y la complicidad.

Y en el caso del convenio de 1979, que igualmente tipifica conductas que atentan contra los derechos fundamentales de la persona independientemente de su relevancia internacional, se tipifica como delito el apoderamiento por parte de una persona de otra, la detención con la amenaza de matarla, herirla o mantenerla detenida con el propósito de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, castigándose igualmente la tentativa y la participación. Sin embargo en este caso la cooperación alcanza tan sólo la inclusión de sanciones adecuadas en la legislación interna, pero no la necesidad de unificación de tipos penales<sup>49</sup>.

Con posterioridad, ya en la década de los noventa, y a la vista de la creciente participación de organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales en la solución o el alivio de crisis internacionales, Naciones Unidas impulsó la celebración de una convención que de alguna manera reprimiese los ataques contra el personal participando de tales misiones, su vida y su seguridad, de diferentes tipos de ataque pero, entre ellos, también aquellos que pudiesen destruir o lesionar gravemente su vida o causar daños materiales graves a fin de obligar a la organización a hacer o a abstenerse de hacer algo, esto es, una definición que reúne en lo sustancial los requisitos de un ataque considerado terrorista<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Vid art. 1 del Convenio de 1973.

<sup>49</sup> Vid art.s 1 y 2 del Convenio de 1979.

<sup>50</sup> Vid la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, hecha en Nueva York el 9 de diciembre de 1994, adoptada por Resolución de la Asamblea General 49/59, BOE núm. 124, de 25 de mayo de 1999. En vigor de forma general y para España desde el 15.1.1999. A fecha 1 de enero de 2006 son partes en la misma 79 Estados. La Convención ha sido recientemente completada con un protocolo adicional de fecha 8 de diciembre de 2005. Su texto puede ser consultado en <http://www.untreaty.org>. A fecha 1 de enero

c) *Ataques terroristas cometidos con bombas*

Lo sustancial en este caso a la hora de tipificar las conductas es, evidentemente, no ya la naturaleza del afectado sino la forma de realización material del acto delictivo, centrándose en este caso en aquellas conductas que descansan en la utilización de explosivos. De ahí que se considere delito el entregar, colocar, arrojar o detonar ilícita o intencionalmente un artefacto explosivo o de otro tipo con efecto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura con la finalidad de causar la muerte o lesiones graves corporales o de destruir significativamente ese lugar, instalación o red que pueda conllevar un gran perjuicio económico, castigándose en ese caso también la participación, la dirección u organización y la contribución a la perpetración de tales actos, haciéndose eco el tratado de forma expresa<sup>51</sup>.

d) *Ataques terroristas mediante armas nucleares*

Mucho más específico necesariamente, por el tipo de material a emplear en esta clase de acciones, las conductas pasan obligatoriamente por incluir alguno de los materiales considerados como radiactivos por el Convenio en sentido amplio<sup>52</sup>, y consisten en: posesión o fabricación tanto de tal material como de este tipo de dispositivos con el propósito de causar la muerte o lesiones corporales graves o a los bienes; utilizar dicho material *per se* o para dañar una instalación nuclear a fin de liberar una emisión o poner en riesgo de emisión de material radiactivo con los mismos propósitos; amenazar de forma verosímil con estas conductas o exigir ilícita e intencionalmente la entrega de material radiactivo, un dispositivo o una instalación del mismo tipo; o también la amenaza de utilizar materiales nucleares para causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales o el hurto o robo de materiales nucleares<sup>53</sup>, y todo ello de nuevo con el fin de obligar a una persona natural o jurídica, una organización internacional o un Estado a realizar o a abstenerse de realizar algún acto<sup>54</sup>. Comete delito de terrorismo nuclear no sólo el autor sino también, conforme a lo dispuesto en el Convenio, el partícipe o cómplice, el organizador o instigador y el cooperador en cualquier forma, siempre que la cooperación sea intencionada<sup>55</sup>.

e) *Financiación del terrorismo*

En el caso de los recientes Convenios para la represión de la financiación del terrorismo, en la medida en que lo que se regula es un elemento adicional al fenómeno terrorista y que lo que se pretende es combatir de forma inmediata tal medio para así erradicar de forma mediata el fin, esto es, la comisión de atentados terroristas, las conductas tipificadas son más cerca-

---

de 2006 sólo ha sido ratificada por un Estado, Noruega, y firmada por otros cuatro Estados signatarios entre los que no se encuentra España.

<sup>51</sup> Vid art. 2 del Convenio y art. 1, que define los conceptos de instalación pública, instalación de infraestructura, artefacto explosivo, lugar de uso público y red de transporte público entre otros.

<sup>52</sup> Vid las definiciones de material radiactivo, materiales nucleares, uranio enriquecido, instalación nuclear, reactor nuclear y dispositivo contenidas en el art. 1 del mismo.

<sup>53</sup> Vid art. 7.1 de la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, cit. *supra*.

<sup>54</sup> Vid art. 2.1, b) iii) del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear y art. 7.1, e) ii) del Convenio de la OIEA, cit. *supra*.

<sup>55</sup> Vid art. 2 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear, cit. *supra*. El art. 7.1.f) y g) del Convenio de la OIEA castiga tanto la tentativa como la participación.

nas a algunas que puedan estar recogidas con anterioridad en las legislaciones nacionales pero con fines diferentes. Podría decirse que la tipificación en este caso opera sobre conductas anteriores (financiación para) o posteriores (beneficio o producto obtenido<sup>56</sup>), pero no el hecho terrorista en sí. Tan es así que a la hora de encarar el atentado terrorista, tanto el Convenio de Naciones Unidas como el Convenio europeo o el protocolo adicional al Convenio para la represión del terrorismo en el caso del SAARC simplemente remiten a los considerados como tales en el listado de convenios sobre terrorismo actualmente en vigor y que se recogen en un anexo al mismo. No sorprende, pues, que se pene a quien provea o recolecte fondos para o a sabiendas de que serán utilizados total o parcialmente para cometer un acto de los contemplados en cualquiera de los convenios del citado anexo o, volviendo a una definición genérica que se reitera en algunos de ellos, cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, si el objetivo último del acto es intimidar a una población u obligar a un gobierno, a una organización internacional intergubernamental, esto es, a un sujeto de derecho internacional, a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto<sup>57</sup>. Se castiga, además de la comisión material como autor de dichos actos delictivos, la tentativa, la participación, organización, complicidad y contribución a perpetrar dicho acto.

#### f) Ataques terroristas contra el medio ambiente humano

Destaca en las convenciones más recientes en materia de combate del terrorismo la aparición de una mención expresa a la destrucción, amenaza de destrucción o daño al medio ambiente humano como objetivo de los ataques terroristas, supuesto éste que ha de incluirse en otros convenios, a falta de tipificación expresa, en el concepto genérico de daños a bienes o propiedades, siendo mucho más precisa y contundente esta nueva inclusión. Ello aparece con diferente terminología, tipificándose simplemente como terrorismo<sup>58</sup> o como “terrorismo tecnológico”<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Una definición exhaustiva del concepto de “producto” del crimen o fondos para cometer actos terroristas se puede encontrar en el Protocolo adicional a la Convención para la supresión del terrorismo de la SAARC, cit. *supra*, art. 3, o art. 1.1 del Convenio Europeo de Varsovia sobre el blanqueo...cit. *supra*.

<sup>57</sup> Vid art. 2 del Convenio de Naciones Unidas. En el mismo sentido vid art. 4 del Protocolo adicional a la Convención para la represión del terrorismo adoptada en el seno de la SAARC, cit. *supra*; art. 2 y 4 de la Convención interamericana contra el terrorismo, cit. *supra*, o el art. 2.1, iii) de la Convención de Naciones Unidas para la represión de los actos de terrorismo nuclear, cit. *supra*.

<sup>58</sup> Tal y como aparece en la única definición ofrecida por convenio multilateral del fenómeno, en el art. 1.2 de la Convención contra el terrorismo de la Conferencia Islámica, cit. *supra*, al afirmar: “Terrorism means any act of violence or threat thereof notwithstanding its motives or intentions perpetrated to carry out an individual or collective criminal plan with the aim of terrorizing people or threatening to harm them or imperilling their lives, honour, freedoms, security or rights or exposing the environment or any facility or public or private property to hazards or occupying or seizing them, or endangering a national resource, or international facilities, or threatening the stability, territorial integrity, political unity or sovereignty of independent States” (la cursiva es nuestra). La Convención para la prevención y combate contra el terrorismo de la UA, en su art. 1.3.a), al definir el concepto de “acto terrorista” integra a cualquier acto en violación de las leyes penales de un Estado parte que “(...) may cause damage to (...) natural resources, environmental or cultural heritage (...)”. Vid convenio cit. *supra*.

El art. 1 del Tratado de cooperación entre los Estados miembros de la CEI para combatir el terrorismo lo define como: “the use or threat of the use of nuclear, radiological, chemical or bacteriological (biological) harmful to human health, including the seizure, putting out of

g) *Apología o incitación a la comisión de actos terroristas*

A pesar de que en diversos convenios se haya incluido, entre los susceptibles de ser sancionados como culpables de la comisión de actos terroristas, aquellos que participen en alguna medida a su comisión o dirijan a otros para cometerlos<sup>60</sup>, se acaba de configurar, en el reciente Convenio del Consejo de Europa de 2005<sup>61</sup>, la incitación pública o provocación pública animando a realizar un acto terrorista, y que consistiría en la distribución de un mensaje públicamente, cualquiera que sea el medio elegido, con la intención de incitar a éste a la comisión de un acto terrorista, cuando dicha invitación crea un peligro de que una o más acciones de este tipo efectivamente se produzcan, exigiendo a los Estados que incluyan dicha figura en sus legislaciones penales nacionales.

h) *Otras conductas terroristas*

Por último, el citado Convenio de Varsovia para la prevención del terrorismo incluye dos nuevas conductas. De una parte el reclutamiento de personas para desarrollar actos terroristas, hasta ahora sólo mencionado como uno de los ámbitos en los que cooperarían los Estados africanos ante el terrorismo<sup>62</sup>, y concretado en: solicitar a otra persona cometer o participar en la comisión de un acto terrorista, o sumarse a una asociación o grupo con el fin de contribuir a la comisión de una o más acciones terroristas por dicha asociación o grupo<sup>63</sup>. De otra parte el entrenamiento de terroristas, y que incluye las siguientes actividades: entrenar en el manejo de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias peligrosas o nocivas, o en otros métodos o técnicas específicas con el propósito de realizar o contribuir a la comisión de un acto terrorista, sabiendo que la especialización o entrenamiento ofrecido tiene el propósito de ser utilizado a tales fines<sup>64</sup>.

**ii. El contraste de la legislación penal española.**

Ahora bien, si esta sistemática es útil desde el punto de vista de los tratados internacionales, sin embargo quiebra al abordar el fenómeno terrorista desde el punto de vista del

operation or destruction of nuclear, chemical or other facilities posing an increased technological and environmental danger and the utility systems of towns". Y al definir las instalaciones o ítems que presentan un peligro medioambiental les exige: "(...) whose inoperability may lead to loss of human life, the impairment of human health, pollution of the environment or destabilization of the situation in a given region or a given State as a whole".

<sup>60</sup> Vid art. 2.3 del Convenio de Naciones Unidas para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, o el art. 2.5 del Convenio de Naciones Unidas para la represión de la financiación del terrorismo, art. weapons, or their components, pathogenic micro-organisms, radioactive substances or other substances 1.f) de la Convención para la prevención del terrorismo de la SAARC y art. 4.5 de su protocolo adicional, art. 1.3 del protocolo de enmienda a la Convención europea para la supresión del terrorismo, cit. *supra*. Incluso el art. 3,b) el Convenio de la OUA incluye expresamente el "incitement" o el "encouragement", pero como formas de participación y no en este sentido. Vid convenio cit. *supra*.

<sup>61</sup> Vid art. 5 del Convenio, cit. *supra*.

<sup>62</sup> Vid Convenio cit. *supra*, art. 4.2.

<sup>63</sup> Vid *ibíd.*, art. 6.

<sup>64</sup> De igual forma previsto hasta ahora como un ámbito de cooperación entre los Estados africanos expresamente en el Convenio de la OUA cit. *supra*, pero ahora incluido en el Convenio europeo de represión del terrorismo de 2005 cit. *supra*, en su art. 7.

derecho interno español. Y es que el Código Penal español no ha procedido a una tipificación unitaria y completa de las conductas consideradas como terroristas por el ordenamiento internacional, socavando al menos formalmente la primacía de la norma internacional y pudiendo provocar en su caso la responsabilidad internacional del Estado. La primera conclusión es fácilmente constatable: sólo algunas de las conductas tipificadas en el ordenamiento internacional han sido recogidas en los arts. 515 y 516 y 571 a 580 del vigente Código penal<sup>65</sup>: atentar contra personas, causando la muerte o lesiones de éstas, su detención ilegal, amenazas o coacción contra éstas<sup>66</sup>; el depósito o tenencia de armas, municiones, sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes, la fabricación, tráfico y transporte o suministro de éstos por cualquier medio, su colocación o empleo<sup>67</sup>; atentar contra el patrimonio a fin de allegar fondos a grupos terroristas<sup>68</sup>; la colaboración en actividades tales como información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, ocultación, traslado, entrenamiento o asistencia a miembros de bandas terroristas<sup>69</sup>; o la apología de dichos actos terroristas<sup>70</sup>. Y sólo en sección distinta, fuera de la regulación del terrorismo y, por lo tanto, extraña a dicha tipificación, como delitos distintos, se recogen otras conductas convencionalmente reputadas como actos terroristas: apoderamiento ilícito de aeronaves y otras conductas contrarias a la seguridad de la navegación aérea, contemplado tan sólo en la legislación especial<sup>71</sup>, los delitos contra personas internacionalmente protegidas<sup>72</sup> o los actos terroristas cometidos en el transcurso de un conflicto armado<sup>73</sup>. Los atentados terroristas contra la seguridad de la navegación marítima quedan fuera de la legislación penal común o especial, al haber desaparecido tras la reforma los denominados delitos de piratería. Todo ello verifica el aserto anterior, además de plantear problemas procesales importantes en la medida en que una conducta tipificada como delito de terrorismo en convenios internacionales no pueda ser perseguida en la práctica por falta de incorporación al derecho interno aplicable, además de hacer incurrir al Estado español en su caso en

---

<sup>65</sup> Hasta 1978 coexistían dos tipificaciones paralelas del delito de terrorismo, recogido tanto en la legislación penal ordinaria como en la legislación militar, lo que provocaba la coexistencia también de jurisdicciones competentes (Vid al respecto LAMARCA PÉREZ, C., Tratamiento jurídico del terrorismo, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985). Tras la reforma del C.Pe. operada por LO 10/1995, de 23 de noviembre, la regulación del delito de terrorismo se encuentra contenida en el Título XXII del Libro II “Delitos contra el orden público”, Capítulo V “De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones, explosivos y de los delitos de terrorismo (arts. 515-516), Sección II “De los delitos de terrorismo”, arts. 571 a 580.

<sup>66</sup> Vid art. 572 C.Pe.

<sup>67</sup> Vid art. 573 C.Pe.

<sup>68</sup> Vid art. 575 C.Pe.

<sup>69</sup> Vid art. 576 C.Pe.

<sup>70</sup> Vid art. 578 C.Pe.

<sup>71</sup> Recogido parcialmente en los arts. 39 y 40 de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea.

<sup>72</sup> Recogidos en el Capítulo I del Título XXIV del Libro II del C.Pe. bajo la rúbrica “Delitos contra el Derecho de Gentes”, arts. 605 y 606.

<sup>73</sup> Ausente del C.Pe. y sólo recogida en Código penal militar, hasta la modificación de aquel en 1995, en que pasa a incorporarse a los arts. 608 a 614 “Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, Capítulo III del Título XXIV del Libro II, bajo la rúbrica “Delitos contra la comunidad internacional”.

responsabilidad internacional por incumplimiento de un compromiso concreto adquirido en cooperación con otros Estados que aparece de forma reiterada en numerosos convenios, la penalización de las conductas en ellos contempladas en el ordenamiento jurídico interno de cada Parte contratante y además sancionado con pena suficientemente grave, que en definitiva puede alentar pretensiones de juzgar determinadas conductas, a falta de tipificación coincidente o simplemente tipificación en el derecho interno español en virtud del principio de jurisdicción universal, lo que es posible en virtud del tenor literal del art. 23.4 de la LOPJ, al establecer que: “(...) será competente la jurisdicción española para conocer los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: (...) b) terrorismo; c) piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves (...) g) y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”, sujeto en cualquier caso a los límites que la misma disposición establece<sup>74</sup>.

Por último el Código Penal español insiste en dos elementos para apreciar la concurrencia de un delito de terrorismo: un elemento objetivo, consistente en que el autor, cómplice, participe etc. pertenezca a una banda armada<sup>75</sup>, ausente por otro lado de la regulación internacional; y un elemento subjetivo, el pretender con dicho acto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, en correspondencia con el elemento teleológico exigido en diversos convenios internacionales que aluden no ya al orden interno estatal sino a la finalidad de obligar a hacer o no hacer a un Estado o a una organización internacional, en quebranto del ordenamiento jurídico internacional<sup>76</sup>.

### 3. Objetivos establecidos y medios de cooperación y acciones específicas previstas

#### i. Objetivos de la cooperación penal internacional contra el terrorismo

A la hora de combatir el fenómeno terrorista por vía convencional es habitual que los Estados expongan brevemente, en una declaración de intenciones en forma de considerandos, cuáles son las razones que les mueven, en definitiva qué objetivos persiguen con la celebración de los convenios en cuestión en relación con esta lucha. No obstante se aprecian ciertas diferencias en la forma de tratar estos objetivos entre los convenios multilaterales y los convenios regionales de lucha contra el terrorismo.

##### a) *Convenios universales*

En el caso de los convenios adoptados de ámbito universal lo cierto es que los primeros Convenios, fruto de una acción urgente y desesperada por combatir un estallido de secuestros de aeronaves y atentados a bordo de aeronaves y buques principalmente, tal y como se

<sup>74</sup> Vid art. 23.5 de la LOPJ.

<sup>75</sup> Vid arts. 571-574 y art. 577 sensu contrario. Conforme a la opinión de autorizados penalistas el legislador español prima la persecución de la banda armada o el grupo terrorista, por lo que refuerza el elemento objetivo. Vid POLAINO NAVARRETE, M. “Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Curso de Derecho Penal Español*, Parte Especial II, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 901-914; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 779-780.

<sup>76</sup> Vid, entre otros, el art. 1.1 del Convenio contra la toma de rehenes; art. 2, 1.b) del Convenio contra la financiación del terrorismo.

explicó *supra*, presentan introducciones muy breves. De otro lado, el hecho de tratarse de una aproximación sectorializada, esto es, de convenios concretos para combatir conductas muy específicas hace que los objetivos declarados sean también parciales e individualizados, según la materia tratar en cada uno de ellos. Sin embargo a medida que el fenómeno terrorista se ha ido contemplando en su entera dimensión, y sobre todo con la globalización de dicho fenómeno, a pesar de que los tratados puedan presentar unas regulaciones altamente especializadas y focalizadas en temas muy concretos los objetivos se han vuelto más comprensivos. Así, si en el Convenio de Tokio ni tan siquiera existe un preámbulo o artículo introductorio que lo sustituya, en el Convenio de La Haya ya encontramos una breve introducción a modo de preámbulo donde sólo se establece como objetivo asegurar la navegación aérea, declarando como objetivo proteger la seguridad de las personas y los bienes y la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación civil, objetivos también comunes al Convenio de Montreal. Y es que estos tres tratados presentan tres rasgos comunes indiscutibles que los alejan de los restantes convenios considerados en la materia: son breves, técnicos y pragmáticos.

Por el contrario, a partir del primero de los tratados que hemos denominado de protección a personas, el Convenio de 1973 para la prevención y sanción de los delitos cometidos contra personas internacionalmente protegidas, la perspectiva será diferente y los objetivos mucho más amplios, como corresponde a un fenómeno de tales dimensiones. De hecho esa misma orientación y justificación se encuentra en el preámbulo del Convenio de Roma sobre protección de la seguridad de la navegación marítima pese a que en su articulado interno éste presente muchas semejanzas con los convenios en materia de seguridad aérea. A este respecto el objetivo básico declarado, como no podía ser de otro modo, es la necesidad de dar cumplimiento a los principios de la Carta de Naciones Unidas, en especial los relativos al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y al fomento de la relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, respecto del cual se individualiza, lógicamente, el hecho de que los atentados contra las personas internacionalmente protegidas y encargadas de las relaciones exteriores de los Estados suponga una merma en esas relaciones cooperativas pacíficas. Este objetivo básico quedaría completado en el Convenio contra la toma de rehenes, que añade a esta necesidad de base la del respeto de los derechos humanos, en especial a la vida, la libertad y la seguridad de toda persona conforme a la DUDH y el PIDCP, así como a la igualdad de derecho y el principio de la libre determinación de los pueblos.

La mención escueta que en este Convenio se hace del principio de la libre determinación de los pueblos resulta extraña, al no venir acompañada de ninguna otra referencia. Sin embargo se va a convertir en enlace esencial para el salto cualitativo en cuanto a los objetivos declarados que ofrece el preámbulo de la Convención de Roma, la cual, arropada ya por un *corpus* de resoluciones significativas de la Asamblea General, ahonda en las raíces del problema, cuando al establecer como objetivo la protección de los derechos humanos, en especial la vida, la libertad, la seguridad y la dignidad de la persona, la cooperación pacífica entre los pueblos y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales recuerda igualmente a los Estados la necesidad de que, a través de estas medidas cooperativas, eliminen gradualmente las causas subyacentes del terrorismo internacional y que combatan situaciones como el colonialismo, el racismo, la ocupación extranjera de territorios o las violaciones masivas de derechos humanos, en la medida en que éstas se constituyen en causa del terrorismo internacional. De donde cabe deducir que a partir de aquí el objetivo genérico es más amplio, incluyendo también la lucha por la erradicación de las causas subyacentes al terrorismo internacional, a pesar de que objetivos concretos y

específicos sean, en cada caso, también en éste, la seguridad respecto de un elemento concreto.

Empero llama la atención que esta mención haya desaparecido a medida que el fenómeno terrorista se ha globalizado. El Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas subraya la multiplicación de este tipo de sucesos e insiste en el aspecto represivo, obviando toda mención a otro tipo de medidas de acompañamiento. La misma lógica encontramos en el Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, que opta igualmente sólo por subrayar la preocupación en la represión y sanción, y en aumentar la eficacia de éstas, insistiendo en buena lógica en cubrir un aspecto de creciente importancia aún no previsto por los convenios internacionales existentes en la materia: la financiación y su complejo tratamiento en una economía cada vez más liberalizada pero también más globalizada. O el reciente Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de igual factura y tendencia que pretende llenar el vacío de regulación en este aspecto específico de la lucha internacional contra el terrorismo. El giro en esta última fase y su deriva respecto de los convenios por así decir de la primera fase –Convenios sobre seguridad de la navegación aérea y marítima y sobre seguridad de personas– tal vez pueda venir justificado, más que por los recientes atentados terroristas de desconocida magnitud hasta el momento, pues su adopción es anterior, por el tipo de grupos que han reivindicado los mismos, lejos ya de toda lucha de liberación nacional o colonial, como podía ser la serie de atentados palestinos en la década de los setenta y ochenta.

#### *b) Convenios regionales*

En el caso de los convenios regionales, y sin perder de vista el objetivo general de servir de apoyo y/o adecuación a la lucha antiterrorista por vía convencional desarrollada en el ámbito de Naciones Unidas, que invariablemente está presente<sup>77</sup>, se insiste normalmente en los intereses específicos de la región. Así, en el caso de los Convenios gestados en el seno del Consejo de Europa es donde más se subraya el deseo de integración de los Estados miembros, dada la mayor homogeneidad existente entre sus miembros, en especial como consecuencia de los mismos requisitos exigidos para la pertenencia a la organización, y en el obstáculo que el terrorismo supone para ello. Desde esta perspectiva, este tipo de convenios se considera como una vía de mayor integración y unidad en la región, un aspecto que se considera también desde la perspectiva africana en el caso de la OUA. Junto a ello destaca la reiteración de contribuir a la seguridad y estabilidad de la región comprendida en la organización regional en cuestión<sup>78</sup>, y en muchos casos también la insistencia del combate contra el terrorismo como factor que daña seriamente la economía regional<sup>79</sup>. Por último, la protección de los derechos humanos de la población de los Estados de la organización regional en

---

<sup>77</sup> Vid Convención para la supresión del terrorismo del SAARC así como su Protocolo adicional, la Convención para la prevención y combate del terrorismo de la OUA y su Protocolo adicional, Convención para combatir el terrorismo de la Conferencia Islámica, la Convención Interamericana contra el terrorismo de la OEA o todos los convenios cit *supra* en esta materia del Consejo de Europa. También el objetivo genérico, común en los convenios de ámbito universal, relativo al fomento de las relaciones pacíficas entre los Estados. Vid Convenio de la Conferencia Islámica, cit. *supra*.

<sup>78</sup> Vid la Convención del SAARC, cit. *supra*.

<sup>79</sup> Vid Convención de la OUA para la prevención y combate del terrorismo, cit. *supra*, y la Convención Interamericana de la OEA contra el terrorismo, cit. *supra*.

cuestión es otro de los objetivos reiterados tanto en el caso de los Convenios del Consejo de Europa, como no puede ser de otra forma en virtud de la CEDH, como en el ámbito africano<sup>80</sup> o americano<sup>81</sup>.

## ii. *Medios de cooperación y acciones específicas*

Es evidente que la necesidad cada vez mayor de cooperación entre los Estados en esta materia, constatada no ya por la internacionalización de los grupos terroristas sino por la globalización del fenómeno terrorista en sí, ha producido una evolución natural hacia la intensificación y perfección de los mecanismos de cooperación establecidos por los Estados, que se aprecia tanto en su mayor profundidad y contundencia cuanto en las garantías de todo tipo que llevan aparejados en su aplicación. Evidentemente esta cooperación puede alcanzar formas altamente especializadas en caso de convenios muy concretos donde las conductas a combatir son especialmente complejas, como es el caso del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo o el Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear, que serán destacados en su momento, sin embargo, a pesar de ello hay un núcleo de acciones cooperativas entre los Estados partes en el ámbito de la represión, perfectamente identificado y consolidado, que se reitera en los diversos convenios estudiados, y que como elementos esenciales recogen obligaciones de armonización o equiparación de legislaciones internas en términos generales, siendo diferentes las conductas que se penan en cada caso, establecimiento de la jurisdicción de forma amplia, un reforzamiento especial del mecanismo de la extradición y una reafirmación de la asistencia judicial en sentido amplio entre los Estados.

A efectos de una mayor claridad expositiva en una cuestión que es sumamente casuística, y puesto que a nadie escapa que la cooperación difiere esencialmente según el ámbito geográfico al que nos ciñamos, analizaremos, en primer lugar, los convenios de carácter universal para, a continuación, estudiar el tratamiento de estas cuestiones en los convenios de ámbito regional. De otra parte, puesto que los dos grandes objetivos, como se acaba de poner de manifiesto, de esta cooperación son la prevención y la represión de las conductas delictivas contempladas en relación con el terrorismo internacional, se distinguirá el tratamiento convencional en atención a ambos elementos.

### a) *Prevención en los convenios universales*

En lógica concordancia por lo manifestado expresamente o apuntado implícitamente en sus respectivos preámbulos como objetivos de la específica cooperación que en cada caso y en materia específica tiene lugar a través de cada uno de los tratados multilaterales universales estudiados en materia de terrorismo, sus respectivos articulados acogen en clara desigualdad en contenido, importancia y extensión respecto de la represión o sanción, medidas de cooperación para prevenir la realización de los comportamientos considerados en cada uno de ellos como delictivos.

<sup>80</sup> Vid Convenio de la OUA, cit. *supra*, y Convenio de la Conferencia Islámica, cit. *supra*, Convenios en los que, además, se hace referencia a la protección de los derechos humanos con carácter individual pero también desde el punto de vista colectivo, y se insiste en la protección y amparo del derecho a la autodeterminación de los pueblos.

<sup>81</sup> Vid Convenio de la OEA para prevenir y sancionar los actos de terrorismo..., cit. *supra*.

En este sentido, ausentes en los primeros convenios, las alusiones a medidas de prevención se reiteran de forma invariable en un breve artículo una vez establecidas las medidas de represión y sanción, lo que sugeriría tal vez la concesión de una menor importancia o al menos una preferencia por atender a los aspectos represivos y sancionadores frente a los preventivos. En el mismo se reitera que las partes contratantes procurarán tomar, de acuerdo con el derecho internacional y sus propias leyes, todas las medidas que sean factibles para impedir la comisión de los delitos previstos en los convenios en cuestión<sup>82</sup>. Esta incipiente redacción se perfecciona y completa a partir del Convenio para la prevención y sanción de los delitos cometidos contra personas internacionalmente protegidas, en el que ya la prevención se articula en torno a dos obligaciones: adoptar todas las medidas factibles a fin de impedir que el territorio de los Estados partes se preparen atentados terroristas a cometer dentro de ellos mismos o en terceros Estados, e intercambiar información y adoptar medidas administrativas o de otra índole para impedir que dichos hechos sucedan<sup>83</sup>. Y aún dentro de la primera de estas obligaciones se perfilará más, al solicitar de los Estados que adopten medidas para prohibir las actividades, en sus respectivos territorios, de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan los actos en cuestión<sup>84</sup>. Lo que se traducirá en una mayor exigencia, a partir del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, que implicaría incluso la modificación o adaptación de la legislación nacional aplicable a la materia a fin de impedir la preparación de los citados atentados en el territorio de un Estado parte, en definitiva, la persecución interna de los grupos sospechosos de participar en la preparación o comisión de dichos atentados. De igual forma se insistirá y se matizará que el intercambio al que se proceda sea de información precisa y corroborada<sup>85</sup>. Tan sólo en el Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear se abordan las medidas cooperativas de prevención antes de las represivas o sancionadoras, un elemento que merece una valoración positiva.

---

<sup>82</sup> Vid art. 10.1 del Convenio de Montreal, cit. *supra*.

<sup>83</sup> Vid art. 4 del Convenio, cit. *supra*.

<sup>84</sup> Vid art. 4 del Convenio contra la toma de rehenes, cit. *supra*.

<sup>85</sup> Vid art. 15, a) del Convenio, cit. *supra*; art. 18 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, cit. *supra*; art. 7 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear, cit. *supra*. Por supuesto en algunos de los convenios, por el carácter altamente especializado de las conductas que se persiguen, se establecen modos de cooperación preventiva muy detallados, como es el caso del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, donde expresamente se contempla la cooperación preventiva: "(...) mediante la investigación y el desarrollo relativos a métodos de detección de explosivos y otras sustancias nocivas que pueden provocar muertes corporales; mediante la celebración de consultas acerca de la preparación de normas para marcar los explosivos con el objeto de identificar su origen (...) y la transferencia de tecnología, equipo y materiales conexos. O muy especialmente en el caso del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, que recoge un extenso artículo 18 dedicado a medidas de investigación e información en relación con la apertura de cuentas bancarias, instituciones financieras, transacciones económicas, la obligación de que las instituciones financieras conserven por un período mínimo de cinco años, todos los documentos necesarios sobre las transacciones financieras efectuadas en o desde su territorio tanto nacionales como internacionales, invocando incluso la ayuda de INTERPOL en el intercambio de dicha información. También de naturaleza muy especializada son las medidas de cooperación en la prevención de actos terroristas de carácter nuclear previstas adicionalmente en el art. 18 de la Convención, cit. *supra*.

b) *Represión en los convenios universales*

Hay que destacar en este núcleo de convenios una evolución temporal que indica, como se apuntaba, una progresiva ampliación y profundización en los mecanismos de cooperación, pero también una perfección y mayor garantía tanto para el conjunto de Estados partes como para los Estados no partes y por supuesto para aquellos individuos considerados como potenciales culpables de la comisión de algunas de las conductas delictivas contempladas.

Los convenios pioneros en la materia, los relativos a la seguridad de la navegación aérea, acusan claramente esta evolución. Así, en el primero de ellos, el Convenio de Tokio, se establecerán las directrices más simples para esa cooperación, que se verá ampliamente completada en los convenios más recientes. El Convenio de Tokio, además de una serie de formas muy específicas de cooperación en relación con los comportamientos que se autorizan a favor del comandante de la aeronave objeto de apoderamiento ilícito<sup>86</sup>, recoge las líneas maestras de la cooperación posterior: el establecimiento de jurisdicción en sentido amplio por parte de los Estados partes, la investigación preliminar inmediata por parte del Estado contratante al que haya sido entregado, en caso de detención de un presunto responsable de los delitos contemplados en el Convenio, la notificación inmediata de tal hecho al resto de los Estados que podrían ejercer jurisdicción conforme al Convenio, y por último, ciertas medidas en torno a la extradición.

En primer lugar, pues, obligación de los Estados partes de establecer su jurisdicción en sentido amplio, tomando para ello las medidas necesarias. Y si en este Convenio sólo se solicita a los Estados de matrícula de las aeronaves afectadas por tales conductas<sup>87</sup>, luego se acepta en sentido más amplio, al permitir a otros Estados ejercer también su jurisdicción, incluyendo entonces al Estado donde se ha producido la infracción; Estado de la nacionalidad del autor o de alguna víctima o bien, a falta de nacionalidad, aunque este extremo quede más claro en convenios posteriores al aclararse de que se trate de apátridas<sup>88</sup>, el Estado donde o el autor o la víctima tengan su residencia permanente; Estado cuya seguridad se vea afectada por el incidente; Estado que haya visto violados, como consecuencia del acto en cuestión, sus leyes o reglamentos internos en materia de vuelo o maniobra de aeronaves; otro Estado si así lo exige un tratado multilateral<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Recogidas en los arts. 6 a 13 del Convenio, pero en especial como medio expreso de cooperación las recogidas en los arts. 12 y 13, según los cuales los Estados contratantes permitirán al comandante de la aeronave el desembarco de cualquier persona que haya incurrido en algunas de las conductas contempladas en el mismo como delictivas y atentatorias contra la seguridad de la navegación aérea e igualmente la aceptación de dicha entrega del citado responsable.

<sup>87</sup> Vid art. 3 del Convenio de Tokio, cit. *supra*.

<sup>88</sup> Establecido por primera vez en el art. 5.1.d) del Convenio contra la toma de rehenes y reproducido en todos los posteriores citados *supra*.

<sup>89</sup> Vid *ibíd.*, art. 4. En el mismo sentido vid art. 4 del Convenio de La Haya, cit. *supra*; art. 5.1 del Convenio de Montreal, cit. *supra*; art. 3.1 del Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, cit. *supra*, aunque en este caso por su especificidad el Convenio añade en materia de jurisdicción posible a un Estado parte "cuando el delito se haya cometido contra una persona internacionalmente protegida (...) que disfrute de esa condición en virtud de las funciones que ejerza en nombre de dicho Estado" (art. 3.1.c).

El caso de la jurisdicción en atención a la matrícula desaparecerá obviamente en convenios posteriores al margen de la seguridad en la navegación aérea o marítima, pero la esencia de los criterios de establecimiento de la jurisdicción permanecerá: Estado en cuyo territorio se cometa el acto en cuestión, o a bordo de un buque o aeronave de su pabellón u operada por éste; Estado de la nacionalidad del presunto responsable en la calidad que sea o de su domicilio habitual si éste fuere apátrida; Estado de la nacionalidad de la o las víctimas del acto en cuestión (personas o cosas, p.e. instalaciones públicas o gubernamentales en el extranjero); Estado al que se pretende obligar a hacer o no hacer algo con el acto en cuestión. Asimismo se establece la obligación por parte de los Estados partes que así instituyesen su jurisdicción, de comunicar tal hecho al Secretario General de Naciones Unidas, estableciéndose incluso en convenios posteriores la necesidad de que en caso de que dos o más Estados reclamen jurisdicción, coordinen sus acciones de manera apropiada en particular respecto de las condiciones para enjuiciar y de las modalidades de la asistencia judicial recíproca<sup>90</sup>.

Pero el establecimiento de jurisdicción no es suficiente a fines del enjuiciamiento interno, por eso los convenios exigen desde el primer momento la inclusión de las conductas consideradas como delictivas en los ordenamientos internos, lo que se solicita de forma menos explícita en un principio y más vehemente y taxativa después. Así, si bien no aparece recogido de forma explícita en el Convenio de Tokio, el Convenio de La Haya expresamente afirma que los Estados partes se obligan a establecer penas severas para los delitos comprendidos en el mismo<sup>91</sup>, el Convenio para la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas requiere que las conductas que incluye sean calificadas por cada Estado parte como delitos en su legislación interna y que éstos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos<sup>92</sup> y finalmente y de forma mucho más contundente, se exigirá que cada Estado parte adopte las medidas que sean necesarias para tipificar, con arreglo a su legislación interna, los delitos contemplado y sancionar éstos con penas adecuadas que tengan en cuenta su naturaleza grave<sup>93</sup>.

En segundo lugar, el procesamiento por parte del Estado al que se entrega el autor se convertirá en convenios posteriores, ya libre de la especificidad de los hechos concretos contemplados en este convenio, en la obligación de todo Estado contratante, en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, de detener al mismo o tomar las medidas necesarias para asegurar su presencia<sup>94</sup> a fin de proceder a su procesamiento penal o su extradición.

<sup>90</sup> Vid art. 7.5 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, cit. *supra*.

<sup>91</sup> Vid art. 2 del Convenio, cit. *supra*; art. 3 del Convenio de Montreal, cit. *supra*.

<sup>92</sup> Vid art. 2.1 y 2 del Convenio, cit. *supra*; art. 2 del Convenio contra la toma de rehenes, cit. *supra*; art. 5 del Convenio de Roma.

<sup>93</sup> Vid art. 4 del Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas; art. 4 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo y art. 5 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear.

<sup>94</sup> Vid art. 6.1 del Convenio de la Haya, cit. *supra*; ídem Convenio de Montreal; art. 6.1 Convenio sobre prevención y sanción de delitos contra personas internacionalmente protegidas, cit. *supra*, en el que ya se especifica mejor al aclarar que el Estado contratante "procederá (...) a su detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia a los fines de su proceso o extradición", y así permanecerá la redacción de esta cláusula en lo sucesivo. Vid art. 7.1 del Convenio contra la toma de rehenes, cit. *supra*; art. 7.1 del Convenio de Roma, cit. *supra*; art. 7.2 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, cit. *supra*; art. 9.2 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo; art. 10.2 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear, cit. *supra*.

Ello será puesto inmediatamente en conocimiento del Secretario General de Naciones Unidas quien a su vez lo comunicará al resto de los Estados partes cuyas jurisdicciones pudiesen resultar concurrentes o bien el Estado parte en cuestión lo comunicará directamente a los mismos.

De igual forma cabe aclarar que las formas de participación respecto de las cuales se establecerá jurisdicción al ser comprendidas como conductas punibles en los diversos convenios se han ido extendiendo, y si en el Convenio de Tokio se castigan sólo la autoría y la tentativa<sup>95</sup>, las formas posibles de responsabilidad aumentarán al incluir al cómplice<sup>96</sup>, al que amenace o al inductor<sup>97</sup> y al organizador<sup>98</sup>.

En tercer lugar, el Estado que así proceda deberá iniciar inmediatamente una investigación preliminar sobre los hechos<sup>99</sup>.

Y en cuarto lugar y con especial énfasis en cada uno de los convenios, el Estado parte que, en ejercicio de la jurisdicción así sentada y comunicada, tenga en su poder al presunto responsable de alguna de las conductas delictivas contemplada en algunos de los convenios citados, tendrá necesariamente que proceder a su enjuiciamiento o entregarlo por vía de extradición al Estado parte que así lo solicite, esto es, la consagración del principio *aut dedere aut judicare*, sin posibilidad de que dichos delitos queden impunes<sup>100</sup> y además exigiendo en algunos casos de forma expresa que no puedan considerarse nunca tales conductas como hechos motivados por razones políticas o en conexión con algún móvil político, como se sabe, a fin de no frustrar la posible aplicación del mecanismo de la extradición<sup>101</sup>. En todo caso en algunos convenios se establece la posibilidad de extraditar o entregar para

<sup>95</sup> El art. 11.1 habla de persona que mediante violencia o intimidación cometa o esté a punto de cometer cualquier acto de apoderamiento ilícito.

<sup>96</sup> A partir del art. 1, b) del Convenio de La Haya, art. 1.2 Convenio de Montreal, art. 2.1. Convenio para la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, art. 1 del Convenio contra la toma de rehenes.

<sup>97</sup> A partir del art. 3.2 del Convenio de Roma.

<sup>98</sup> A partir del art. 2.3 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.

<sup>99</sup> Vid art. 13.4 del Convenio de Tokio, cit. *supra*; art. 6.2 del Convenio de La Haya, cit. *supra*; art. 5.2 del Convenio de Montreal; art. 7.2 del Convenio de Roma; art. 7.1 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, cit. *supra* y art. 9.1 Convenio para la represión de la financiación del terrorismo.

<sup>100</sup> Vid art. 7 del Convenio de La Haya, cit. *supra*; ídem del Convenio de Montreal, cit. *supra*; ídem del Convenio para la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, cit. *supra*; art. 6.1 del Convenio contra la toma de rehenes; art. 10.1 del Convenio de Roma, cit. *supra*; art. 8.1 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; art. 10 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo y art. 11 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear, cit. *supra*.

<sup>101</sup> Vid art. 11 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, cit. *supra*; art. 15 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear; art. 14 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo. En todo caso la naturaleza especial de esta Convenio hace que éste exija igualmente en su art. 13 la no consideración de las conductas delictivas en él contempladas como delito fiscal que quede excluido del mecanismo de la extradición o de la asistencia judicial y, por consiguiente, impune.

procesamiento a un nacional de un Estado pare pero pactar que cumpla condena en el Estado de su nacionalidad<sup>102</sup>.

Las primeras menciones que aparecen a la extradición ya denotan un refuerzo de la misma y un papel diferente del que tradicionalmente ésta ha jugado, pues si bien su consideración es breve y aún se insiste en su carácter voluntario en los primeros convenios<sup>103</sup>, lo cierto es que la afirmación reiterada de que las conductas terroristas incluidas en éstos serán consideradas como delitos que dan lugar a la extradición, supone limitar extraordinariamente el concepto de delito político que quedaba tradicionalmente sustraído al ámbito de aplicación de ésta y en cualquier caso deja claramente fuera de dicho concepto a los actos terroristas delimitados en los convenios<sup>104</sup>. No obstante es respetuosa con otro de los requisitos tradicionalmente exigidos para su puesta en práctica como el de la doble incriminación, en la medida en que se ha exigido previamente la tipificación penal interna de las conductas contempladas convencionalmente. Con el mismo espíritu de respeto a los requisitos tradicionalmente exigidos a esta institución, de forma invariable se insiste en todos los convenios cotejados, a partir del Convenio de La Haya, que a los fines de la extradición entre los Estados partes se considere que los delitos se han cometido no solamente en el lugar donde se cometieron sino también en el territorio de los Estados partes obligados a establecer su jurisdicción conforme a los criterios establecidos en los diferentes convenios.

No sólo eso será así en cada uno de los convenios, a partir del Convenio de La Haya, sino que además los Estados partes se comprometerán a establecer esto mismo en convenios de extradición que puedan adoptar en el futuro<sup>105</sup>. Esto es, cada una de las conductas consideradas como terroristas por su inclusión en estos Convenios serán considerados como delitos no políticos y extraditables, ya sea con base en estos convenios o con base en convenios futuros de extradición, se entiende que multilaterales o bilaterales.

Además siendo conscientes los Estados partes en los citados convenios de que en la mayoría de los casos la extradición es un mecanismo de cooperación interestatal que sólo existe con base en un tratado, en muchos casos bilateral, aquí, por tratarse de casos especialmente graves y de persecución prioritaria se acuerda que, en caso de no existir tratado propiamente de extradición que sirva como base al juego del citado mecanismo para una

<sup>102</sup> Vid art. 8.2 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, cit. *supra*; art. 10.2 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, cit. <sup>103</sup>*supra*.

<sup>103</sup> Vid en especial art. 16.2 del Convenio de Tokio, cit. *supra* y en todos los demás siempre que se hace referencia a la consideración como suficiente del tratado en cuestión como base para proceder a la extradición, siendo así que el estado requerido exige en los demás casos un tratado de extradición para proceder a la misma.

<sup>104</sup> El más contundente sin duda es el art. 6 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, cuando exige que los delitos contemplados en el Convenio no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar.

<sup>105</sup> En el mismo sentido vid art. 8.1 del Convenio de La Haya; art. 8.1 del Convenio de Montreal; ídem del Convenio para la prevención y sanción de los delitos cometidos contra personas internacionalmente protegidas, cit. *supra*; art. 10.1 del Convenio contra la toma de rehenes; art. 11.1 del Convenio de Roma; art. 9.1 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, cit. *supra*; art. 11 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, art. 13 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear.

conducta de este tipo, el Convenio correspondiente se considere como base suficiente para proceder a ésta. Ahora bien, dicha posibilidad se configura tan sólo como una potestad discrecional de los Estados partes y no como una obligación de los mismos, que sí se torna obligatoria cuando los Estados partes afectados en el supuesto que sea no requieran de la existencia de un tratado específico de extradición.

En otro esfuerzo por reforzar y flexibilizar la extradición en estos casos, a partir del Convenio de Roma se establecerá un criterio de prelación de convenios o prioridad, en el sentido de que de forma invariable se va a disponer que, en relación con los delitos definidos respectivamente en cada convenio, las disposiciones de todos los tratados y acuerdos de extradición preexistentes o sucesivos entre los Estados partes quedarán modificados en la medida en que sean incompatibles con lo dispuesto en el convenio en cuestión<sup>106</sup>.

Finalmente, no por el hecho de que la extradición sea reforzada especialmente como mecanismo de cooperación en estos convenios se abandonan otros medios de cooperación posibles. Así, teniendo muy presentes los acuerdos frecuentes de cooperación para la asistencia judicial entre Estados, los convenios hacen de forma invariable referencia a que ninguno de los mecanismos de cooperación establecidos en ellos redundará en contra de la asistencia judicial establecida entre éstos, comprometiéndose a prestarse la mayor ayuda posible en lo que respecta a todo procedimiento penal que se incoe como consecuencia de los delitos contemplados en ellos<sup>107</sup>. Se entiende además esta asistencia judicial en sentido amplio y se refuerza en algunos convenios, los más recientes, incluso con la posibilidad de trasladar a la persona detenida o condenada, a petición de otros Estados partes, conforme a una serie de condiciones establecidas, muy especialmente su consentimiento, para colaborar en las pesquisas o el desarrollo de un proceso en relación a los delitos contemplados en los mismos<sup>108</sup>.

No obstante, todas estas obligaciones se encuentran contrarrestadas con una serie de garantías a favor del detenido en el caso de su detención o de la investigación preliminar, que también han ido concretándose de forma progresiva en los sucesivos convenios. Así en el Convenio de Tokio tan sólo se hace referencia a que la persona detenida tenga toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo<sup>109</sup>, en fiel cumplimiento de la obligación establecida por el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Esta obligación enseguida se configurará debidamente al establecer el Convenio para la

---

<sup>106</sup> Vid art. 11.7 del Convenio de Roma; art. 9.5 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; art. 11.5 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo y art. 13.5 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear.

<sup>107</sup> Vid art. 10 del Convenio para la prevención y sanción de los delitos cometidos contra personas internacionalmente protegidas, cit. *supra*; art. 10.1 del Convenio de La Haya, cit. *supra*; art. 11.1 del Convenio de Montreal, cit. *supra*; art. 11.1 del Convenio contra la toma de rehenes, cit. *supra*; art. 12.1 del Convenio de Roma; art. 10.1 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, cit. *supra*; art. 12.1 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, cit. *supra*; art.14.1 y 2 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear.

<sup>108</sup> Vid art. 13 de la Convención para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, cit. *supra*; art. 16 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, cit. *supra* y art. 17 de la Convención para la represión de los actos de terrorismo nuclear, cit. *supra*.

<sup>109</sup> Vid art. 13.3 del Convenio de Tokio, cit. *supra*. En el mismo sentido vid art. 6.3 del Convenio de La Haya, cit. *supra*; art. 6.3 del Convenio de Montreal.

prevención y sanción de los delitos cometidos contra personas internacionalmente protegidas no sólo el derecho a la comunicación con el representante del Estado de su nacionalidad sino también el derecho a ser visitado por dicho representante<sup>110</sup>. A lo que finalmente, tras el Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, se añadirá el derecho a ser informado de los dos derechos anteriores, también en conformidad con las obligaciones derivadas de la Convención sobre Relaciones Consulares<sup>111</sup>. Igualmente podrá el Estado parte que en su caso ejerza la jurisdicción invitar al CICR a ponerse en comunicación con el presunto delincuente y en su caso visitarlo<sup>112</sup>. Además, la Convención contra la toma de rehenes prohíbe la extradición de un presunto delincuente conforme a esta Convención si el Estado parte requerido tiene motivos fundados para creer que la solicitud se ha realizado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política<sup>113</sup>.

### c) *Prevención los convenios regionales*

Al igual que sucede respecto de los convenios universales tampoco en el caso de los convenios regionales se pone el acento en la prevención, sino que el principal objetivo, salvo una honrosísima excepción que merece mención aparte, sigue siendo la represión. En cualquier caso podría apuntarse a una gradación o atención mayor progresiva a este aspecto, no tanto según el espacio regional al que nos refiramos, sino sobre todo según el aspecto que se aborde del fenómeno terrorista. Así, de unas obligaciones absolutamente genéricas y primarias en materia de prevención que sólo conducen a los Estados partes al intercambio de información<sup>114</sup> o como mucho al intercambio de información y a tomar medidas para impedir que sus territorios sean utilizados para la preparación o comisión de atentados terroristas<sup>115</sup>, se pasa en algún caso a añadir también la formación conjunta o intercambio de experiencias en el entrenamiento de personal especializado para combatir el terrorismo o cursos de especialización en dicha materia<sup>116</sup> y sobre todo el establecimien-

<sup>110</sup> Vid Convenio cit. *supra*, art. 6.2. En el mismo sentido vid art. 6.3 del Convenio contra la toma de rehenes; art. 7.3 del Convenio de Roma, cit. *supra*.

<sup>111</sup> Vid art. 7.3 del Convenio, cit. *supra*. En el mismo sentido vid art. 9.3 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo y art. 10.3 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear.

<sup>112</sup> Vid art. 6.5 del Convenio contra la toma de rehenes, cit. *supra*; art. 7.5 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, cit. *supra*; art. 9.5 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo; art. 10.5 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear.

<sup>113</sup> Vid art. 9.1 de la Convención, cit. *supra*. En el mismo sentido vid art. 16 de la Convención para la represión de los actos de terrorismo nuclear, cit. *supra*.

<sup>114</sup> Vid art. 4 del Protocolo adicional a la Convención de la OUA, cit. *supra* y art. 8 de la Convención de la OEA para prevenir y sancionar..., cit. *supra*. Algunos convenios ni tan siquiera contemplan medidas preventivas, como es el caso de la pionera Convención para la supresión del terrorismo del Consejo de Europa de 1977 o su Protocolo adicional, o el más reciente convenio del SAARC, cit. *supra*.

<sup>115</sup> Suele ser éste compromiso común en la mayor parte de los convenios estudiados. Vid art. 8 del Convenio de la OEA para prevenir y sancionar..., cit. *supra*; art. 5 del Convenio para combatir el terrorismo de la CEI; art. 4 del Convenio de la OUA.

<sup>116</sup> En ello se insiste especialmente en el art. 5 del Convenio de la CEI.

to de bases de datos relativas a grupos o individuos sospechosos de cometer atentados terroristas, métodos, redes, etc<sup>117</sup>.

Tan sólo en el caso de los convenios cuya principal preocupación es el combate de la financiación del terrorismo se hace expresa referencia a medidas preventivas, aunque se regulan conjuntamente con otras medidas para combatir y erradicar, esto es, de naturaleza represiva o sancionadora. En esos casos las medidas de prevención son muy específicas y se cifran principalmente en establecer en cada Estado parte un sistema normativo de supervisión para bancos y otras instituciones financieras y controlar estrechamente los movimientos fronterizos de dinero en efectivo u otros valores convertibles<sup>118</sup>.

Otra especialidad que no puede pasarse por alto es la atención, en materia de prevención, que se concede en los convenios de ámbito africano principalmente, al refuerzo expreso del control de las fronteras terrestres y marítimas y al refuerzo en la protección del personal diplomático y consular y representantes de organizaciones internacionales<sup>119</sup>.

Pero mucho más allá de estas obligaciones más o menos específicas y más o menos individualizadas y concretadas según qué convenios, cabe singularizar el tratamiento específico del combate al terrorismo expresa y únicamente desde la perspectiva de la prevención que hace el Convenio de Varsovia para la prevención del terrorismo adoptado en el seno del Consejo de Europa, en el que la prevención, más allá de figurar en su título, regula toda obligación de los Estados partes. Por eso el Convenio, más además de prácticas concretas, establece políticas nacionales de prevención que abarcan aspectos tan extensos como la educación, la cultura o la información; compromete a los Estados a promover la tolerancia por medio del refuerzo del diálogo interreligioso e intercultural entre todos los agentes sociales<sup>120</sup> y obliga a los Estados a respetar escrupulosamente en la adopción de dichas medidas los derechos humanos.

#### *d) Represión en los convenios regionales*

Como ha quedado de manifiesto anteriormente, dentro del ámbito regional sin duda es en el seno del Consejo de Europa donde la lucha convencional antiterrorista ha desarrollado instrumentos no sólo más diversificados sino también pioneros en la materia e innovadores, a lo que en este apartado añadiremos, además, especialmente garantistas y respetuosos con la protección de los derechos fundamentales de la persona, de especial importancia en unos momentos en los que este aspecto parece sacrificarse en ocasiones en aras de una mayor eficacia.

Es difícil que la regulación europea se aleje de lo hasta aquí expuesto en materia de cooperación represiva o sancionadora a nivel internacional, si se tiene en cuenta que el Convenio europeo para la represión del terrorismo es incluso anterior a los primeros Convenios universales que se atreven a calificar las conductas por éstos sancionadas como terroristas, si bien hay que reconocer la importancia de la puesta al día del mismo con la adopción del

---

<sup>117</sup> Vid art. 4 del Convenio de la OUA; art. 3.A del Convenio de la Conferencia Islámica.

<sup>118</sup> Vid art. 4 de la Convención Interamericana contra el terrorismo, cit. *supra* y art. 7 del Protocolo adicional de la Convención del SAARC, cit. *supra*. En el mismo sentido vid capítulo III del Convenio sobre lavado, búsqueda ... del Consejo de Europa de 1990, cit. *supra* y arts. 13 y ss del Convenio del Consejo de Europa para el lavado, búsqueda ... de 2005, cit. *supra*.

<sup>119</sup> Vid *ibíd*.

<sup>120</sup> Vid Convenio cit. *supra*, art. 3.

protocolo adicional de 2003<sup>121</sup>. También aquí, como se exponía *supra*, represión y sanción van a seguir unos ejes esenciales, a saber: la imposibilidad de calificar como delito político los contemplados en sus respectivos articulados<sup>122</sup>, el establecimiento generoso de jurisdicción por parte de los Estados contratantes para conocer de dichos actos<sup>123</sup>, la aplicación preferente de sus disposiciones sobre cualquier convenio que las partes puedan acordar y que contradiga sus disposiciones anteriores o posteriores<sup>124</sup>, bilaterales o multilaterales, pues no se establecen límites, la consagración del principio *aut dedere aut judicare*<sup>125</sup>, con lo que se evitan supuestos de impunidad en relación con las conductas expresamente contempladas, y un refuerzo a la continuidad en la asistencia judicial que en la materia se presten los Estados partes que ya no sólo supone la continuidad de la misma sino que, en aplicación analógica a lo dispuesto para los Convenios que incluyan cláusulas en materia de extradición que puedan resultar incompatibles con este Convenio, se establece que cualquier convenio en materia de asistencia judicial entre Estados partes previo o posterior, incluido el Convenio europeo sobre asistencia judicial en materia penal, se entenderán modificados en aquellas disposiciones que sean incompatibles con el Convenio europeo de represión del terrorismo<sup>126</sup>.

En cuanto a las conductas sancionadas se incluye tras la reforma no sólo la autoría en grado de consumación o tentativa, sino también la participación o complicidad y la organización en la perpetración o la dirección de otros para la comisión<sup>127</sup>.

Mención separada merecen las disposiciones en relación a la extradición, pues es lo primero que regula el Convenio, lo cual no sorprende si se tiene en cuenta la existencia desde 1957 del Convenio europeo de extradición, también modélico y pionero en su campo. En este sentido tras su modificación, el Convenio establece, al igual que en los tratados universales vistos *supra*, la obligación para los Estados miembros de considerar los delitos contemplados en el mismo como extraditables en cualquier convención que puedan acordar entre sí, así como a considerar a la Convención como base suficiente para proceder a la extradición entre sí a falta de convenio específico de extradición en entre ellos en un caso concreto<sup>128</sup>.

Pero lo más importante son sin duda las garantías que, como no podía ser de otra forma, el Convenio incorpora a la hora de proceder a la extradición. Y es que los Convenios europeos incorporan la garantía, ya contemplada en los Convenios universales analizados *supra*,

<sup>121</sup> De igual forma el Convenio originario sobre la utilización del producto del crimen de 1990, cit. *supra*, se adelantó en su momento al Convenio universal sobre represión de la financiación del terrorismo de 1999, cit. *supra*, si bien su adaptación específica al fenómeno terrorista se haya<sup>122</sup> producido en 2005.

Vid arts. 1 y 2 del Convenio europeo para la represión del terrorismo, cit. *supra* y muy especialmente art. 20 del Convenio europeo para la prevención del terrorismo, cit. *supra*.

<sup>123</sup> Vid art. 6 del Convenio europeo para la represión del terrorismo, cit. *supra*; art. 14 del Convenio europeo para la prevención del terrorismo, cit. *supra*.

<sup>124</sup> Vid art. 3 del Convenio europeo para la represión del terrorismo, cit. *supra*..

<sup>125</sup> Vid art. 7 del Convenio europeo para la represión del terrorismo, cit. *supra*, art. 18 de la Convención europea para la prevención del terrorismo, cit. *supra*.

<sup>126</sup> Vid art. 8.3 del Convenio europeo para la represión del terrorismo, cit. *supra*.

<sup>127</sup> Vid arts. 1 y 2 del Convenio europeo para la represión del terrorismo, cit. *supra*; art. 9 del Convenio europeo para la prevención del terrorismo, cit. *supra*, que insiste especialmente en su art. 10 en reconocer la misma responsabilidad a las personas jurídicas.

<sup>128</sup> Vid arts. 3 y 4 del Convenio europeo para la represión del terrorismo, cit. *supra*; art. 19 del Convenio europeo para la prevención del terrorismo, cit. *supra*.

respecto de la no extradición obligatoria de un presunto culpable o condenado, si el Estado requerido cree firmemente que la solicitud de extradición obedece al deseo del Estado requirente de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas<sup>129</sup>. Pero además, si bien no dudan en afirmar el carácter extraditabile de dichas ofensas y la imposibilidad de alegar delito político para dejar impunes tales comportamientos, afirman también tajantemente que no será obligatoria la extradición cuando la persona susceptible de ser objeto de ésta pudiera ser sometida a torturas en el Estado requirente. De igual forma, y en compatibilidad con el Convenio europeo para la Protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales, ambos Convenios establecen la no extradición del presunto culpable si en el Estado requirente puede ser condenado a pena de muerte o cadena perpetua, siendo así que en el Estado requerido donde se encuentre dichas penas no son de aplicación, sin olvidar en tal caso que con anterioridad éstos han establecido la obligatoriedad de juzgar, si no se ha procedido a la extradición<sup>130</sup>.

Y aún más el Convenio europeo para la prevención del terrorismo, acorde con sus objetivos declarados en su preámbulo, establece la obligación de los Estados partes en el mismo de dar cumplimiento a las obligaciones de él derivadas, en escrupuloso respeto de los derechos humanos, en especial el derecho a la libertad de expresión, de asociación y de religión, tal y como se encuentran recogidos en la CEDH y el PIDCP, además de la obligación de perseguir las conductas criminalizadas por el Convenio en respeto al principio de proporcionalidad, excluyendo todo tipo de arbitrariedad, discriminación o trato racista<sup>131</sup>.

Por último es también característico de esta cooperación a nivel europeo su mayor grado de institucionalización, en la medida en que el Convenio europeo para la represión del terrorismo instituye dos órganos con diferentes competencias en la materia. De una parte y desde el primer Convenio de 1977, el Comité Europeo para los Problemas Criminales del Consejo de Europa (CDPC), encargado del seguimiento del cumplimiento del Convenio<sup>132</sup>. Y de otra parte, tras la reforma de 2003, la Conferencia de Estados Partes contra el Terrorismo (COSTER), competente para conocer de las denegaciones a las solicitudes de extradición entre Estados partes, así como servir de enlace entre el CDPC y el Comité de Ministros del Consejo de Europa en estas materias<sup>133</sup>.

Para comprender la dimensión y características de la cooperación convencional en la lucha contra el terrorismo en el ámbito de los países de la OEA es necesario hacer una lectura conjunta de los dos convenios adoptados por ésta en la materia, pues si en el primer caso el Convenio para prevenir y sancionar los actos de terrorismo estamos ante un convenio muy genérico, temprano en su adopción y cercano a una versión regional del Convenio para la prevención y sanción de los delitos contra personas internacionalmente protegidas de 1973, en el Convenio posterior de denominación genérica, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, nos encontramos ante una actualización y profundización en el primero más un conjunto de disposiciones que bien podrían pertenecer a un convenio regional de persecu-

---

<sup>129</sup> Vid art. 5 del Convenio europeo para la represión del terrorismo, cit. *supra*; art. 21 del Convenio europeo para la prevención del terrorismo, cit. *supra*.

<sup>130</sup> Vid art. 5.2 y 3 del Convenio europeo para la represión del terrorismo, cit. *supra*, art. 21.2 y 3 del Convenio europeo para la prevención del terrorismo, cit. *supra*.

<sup>131</sup> Vid art. 12 del Convenio europeo para la prevención del terrorismo, cit. *supra*.

<sup>132</sup> Vid art. 10 del Convenio europeo para la represión del terrorismo, cit. *supra*.

<sup>133</sup> Vid *ibíd.*, art. 17.

ción de la financiación del terrorismo. La filosofía en la cooperación se presenta, pues, más dispersa, aunque cercana a la aproximación europea, con la que comparte una serie de elementos en común, entre otras cuestiones porque también muchas de las cuestiones que en aquella se dan por sentadas, relativas principalmente a la extradición en su sentido más clásico o a la asistencia judicial, están minuciosamente reguladas en otras convenciones específicas, como es también el caso del ámbito americano, lo que evita entrar en aspectos técnicos de ambos elementos como sí habrá necesidad de hacer en otros ámbitos regionales. No obstante la profundidad en las propuestas y los niveles de cooperación establecidos difieren considerablemente.

La cooperación preventiva americana se presenta en términos genéricos muy similares a las estudiadas en el caso de los convenios universales: la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para prevenir e impedir la comisión o preparación de este tipo de actividades, incluso si van dirigidos contra terceros Estados, así como intercambiar informaciones y considerar las medidas administrativas oportunas<sup>134</sup>. En el caso de la financiación del terrorismo, sin embargo y como sucede tanto en el ámbito universal como en el ámbito regional europeo las medidas de cooperación son no sólo más amplias sino muy específicas<sup>135</sup>. La cooperación se basa, en primer lugar, en la penalización en los respectivos ordenamientos internos de los Estados partes de las conductas penalizadas en los citados convenios<sup>136</sup>, así como en la imposibilidad de considerar los delitos recogidos en las mismas como delitos políticos<sup>137</sup>. Sin embargo, y a pesar de que dicha cooperación funciona sobre la base de la reafirmación de la obligatoriedad de juzgar o entregar<sup>138</sup>, el alcance dado a la extradición en este ámbito no es tan generoso como en el caso europeo, disponiéndose al respecto tan sólo el compromiso de los Estados partes de considerar como extraditables, en todo tratado futuro de extradición, los delitos incluidos, pero nada se dice al respecto cuando no exista tratado de extradición entre Estado requirente o requerido. Se insiste también en este caso en algunas garantías a la hora de la aplicación de las convenciones, como por ejemplo el respeto genérico de los derechos humanos o la cláusula de no discriminación no ya en la extradición o la condena sino tan sólo en relación con una posible solicitud de asistencia judicial<sup>139</sup>, en la que también se insiste en su mantenimiento<sup>140</sup>. Igualmente también en el ámbito americano asistimos a una institucionalización de esta cooperación, al canalizar ésta mediante uno de los órganos instituidos en el seno de la OEA, el Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE).

<sup>134</sup> Vid art. 8 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar..., cit. *supra*.

<sup>135</sup> Como por ejemplo el establecimiento en el ordenamiento interno de los Estados partes de un sistema de supervisión de los bancos y otras instituciones financieras, vigilancia de movimientos transfronterizos de efectivo u otros títulos-valores negociables, etc. Vid arts. 4, 5, 6 y 7 de la Convención interamericana contra el terrorismo, cit. *supra*.

<sup>136</sup> Vid art. 3 de la Convención interamericana contra el terrorismo, cit. *supra*.

<sup>137</sup> Vid *ibíd.*, art. 11; art. 2 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar... cit. *supra*.

<sup>138</sup> Vid art. 5 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar... cit. *supra*. Reforzada incluso con la prohibición de conceder la condición de asilado o refugiado al individuo sospechoso de haber realizado alguna de las conductas delictivas contempladas. Vid arts. 12 y 13 de la Convención interamericana contra el terrorismo.

<sup>139</sup> Vid art. 14 de la Convención interamericana contra el terrorismo, cit. *supra*.

<sup>140</sup> Vid art. 8.e) de la Convención interamericana para prevenir y sancionar... cit. *supra*, y art. 9 de la Convención interamericana contra el terrorismo.

Nada se dice, sin embargo, respecto de la obligación de establecer una jurisdicción amplia para juzgar los hechos ni, consiguientemente, de la detención o de la inmediata investigación preliminar en caso de que ésta se produzca, o de la necesidad de asegurar la presencia del sospechoso. Tampoco queda claro en qué grado se penalizan las conductas, si sólo la comisión o también la complicidad o cualquier forma de participación.

En el ámbito asiático la cooperación interestatal en esta materia, más tardía en su origen, presenta rasgos similares y continuidad respecto de las bases establecidas tanto en el ámbito europeo como en el americano; ésta se construye, pues, sobre las mismas bases. En primer lugar, la Convención parte tanto de la necesaria tipificación interna de las conductas que criminaliza como del rechazo de su consideración como delitos políticos a efectos de extradición<sup>141</sup>, al tiempo que reafirma la obligación de extraditar o juzgar<sup>142</sup>. Y por lo que hace a la extradición se establece, de forma análoga, que estas disposiciones prevalezcan sobre las de cualquier tratado en la materia acordado entre los Estados partes, que asimismo los delitos en ella establecidos se incluyan en toda convención futura sobre extradición en la que participen los Estados partes y que el Convenio en sí mismo pueda ser considerado como base suficiente de extradición a falta de convenio específico aplicable al caso<sup>143</sup>. Especialmente llamativo resulta, por último, la inclusión en su protocolo adicional de una cláusula expresa acerca del control fronterizo de la inmigración con el objetivo de dominar los posibles movimientos de terroristas o de cualquier material en relación con éstos<sup>144</sup>.

La articulación de la cooperación convencional contra el terrorismo en el ámbito africano es dispar, según se atienda a aquélla establecida en el seno de la Conferencia Islámica o la codificada por la UA, aunque en todo caso comparten una característica en común. Ni en el seno de la UA ni en la Conferencia Islámica se han adoptado convenios genéricos en materia de extradición o en materia de asistencia judicial penal, elemento éste que puede explicar el hecho de que en ambas convenciones se detallan cuestiones ausentes tanto en la codificación universal como en la regional europea. Además de la confusión en la delimitación de lo que son prácticas propuestas de prevención y medidas de represión y sanción, pues se repiten con diferente denominación las mismas conductas o actividades, el Convenio de la Conferencia Islámica incluye numerosas disposiciones en materia de asistencia judicial básica<sup>145</sup>, lo que en el sistema universal o regional europeo o americano supone un escalón superado por un mayor nivel de compromiso y al que se recurre sólo como cláusula residual de cierre, pero que no supone un elemento esencial del sistema de cooperación desarrollado más que en aspectos secundarios. No hay criterios establecidos en él en cuanto a la jurisdicción competente para conocer de las conductas, y la extradición se encuentra mucho más limitada, además de desprovista de las garantías previstas en el sistema universal y en los regionales hasta aquí estudiados.

En el caso del Convenio de la OUA la cooperación, a pesar de compartir algunas de estas carencias, se encuentra más desarrollada, estableciendo claramente tanto unos criterios gene-

<sup>141</sup> Vid art. I de la Convención del SAARC, cit. *supra* y art. 15 de su Protocolo adicional.

<sup>142</sup> Vid *ibíd.*, art. IV.

<sup>143</sup> Vid art. III del Convenio cit. *supra*.

<sup>144</sup> Vid art. 10 del Protocolo adicional, cit. *supra*.

<sup>145</sup> Insistiendo, por ejemplo, en detallar el procedimiento para la realización de comisiones rogatorias (vid arts. 9 a 13 de la Convención, cit. *supra*), una sistemática que repite nuevamente en el tratamiento de la extradición, pormenorizando el procedimiento (vid arts. 22 a 28 de la Convención, cit. *supra*).

rosos de jurisdicción competente acordes con los barajados tanto en los convenios universales como en el sistema regional europeo<sup>146</sup>, así como la consagración del principio *aut dedere aut punire*<sup>147</sup>, ausente en la primera. Igualmente contiene una detallada consideración de las conductas y de los grados de participación<sup>148</sup>, y el compromiso de los Estados partes de penalizar en sus respectivos sistemas internos las conductas criminalizadas en el convenio<sup>149</sup>. Por lo que hace al régimen de extradición establecido, se insiste en la posibilidad de considerar la Convención como base suficiente para la misma en ausencia de convenio bilateral aplicable entre Estado requirente y requerido<sup>150</sup>, así como el compromiso de incluir los delitos en ella contemplados como extraditables en cualquier convención sobre extradición en la que pudieran participar, pero se permiten las reservas a la Convención acerca del régimen de extradición previsto, por lo que su juego es mucho más reducido, estando además expresamente excluida en algunos supuestos<sup>151</sup>. En ambas Convenciones, sin embargo, se reitera que los comportamientos realizados en el marco de la lucha de los pueblos conforme a los principios del derecho internacional para su liberación o autodeterminación, incluyendo la lucha armada contra el colonialismo, la ocupación extranjera, la agresión o la dominación por fuerzas extranjeras, no serán considerados como actos terroristas<sup>152</sup>.

Finalmente, por lo que respecta a la cooperación establecida en el ámbito de la Comunidad de Estados Independientes con base en el Tratado para combatir el terrorismo, las obligaciones de los Estados quedan mucho más desdibujadas, hasta el extremo de establecerse tan sólo un sistema de determinación de autoridades nacionales centrales<sup>153</sup> que colaborarán entre sí para alcanzar regulaciones normativas nacionales similares para combatir el terrorismo<sup>154</sup>. En ningún caso se menciona el elemento sensible en la ampliación/restricción de la extradición, el delito político, y tan sólo se habla de que las conductas contempladas en el Convenio sólo serán consideradas por los Estados partes como criminales. Por lo demás el Tratado se extiende en consideraciones relativas a la mera asistencia judicial, que condiciona incluso al hecho de que no ponga en riesgo la soberanía, la seguridad, el orden social u otros intereses vitales de los Estados partes<sup>155</sup>.

#### 4. Algunas conclusiones

La prolija exégesis realizada a lo largo de este estudio de los diferentes tratados tanto universales como regionales que en la actualidad se afanan en la lucha contra el terrorismo internacional nos permite llegar a algunas conclusiones generales que intentaremos resumir.

<sup>146</sup> Vid *ibíd.*, art. 6, incluyendo en caso de detención el obligatorio respeto de los derechos del detenido reconocidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, incluso el derecho a la asistencia legal, hasta ahora no incluido en ninguna de las convenciones analizadas (vid art. 7.3<sup>147</sup>, c)).

<sup>147</sup> Vid art. 4.h) de la Convención, cit. *supra*.

<sup>148</sup> Vid *ibíd.*, art. 1.

<sup>149</sup> Vid *ibíd.*, art. 2, a).

<sup>150</sup> Vid art. 8 del Protocolo Adicional a la Convención, cit. *supra*.

<sup>151</sup> Vid *ibíd.*, art. 8.

<sup>152</sup> Vid art. 2 de la Convención de la conferencia Islámica y art. 3 de la Convención de la UA.

<sup>153</sup> Vid art. 3 de Convenio, cit. *supra*.

<sup>154</sup> Vid *ibíd.*, art. 6.

<sup>155</sup> Vid *ibíd.*, art. 9.1.

En primer lugar que la vía convencional ha conseguido, al menos parcialmente, paliar la falta de definición institucional internacional del terrorismo, aquilantando perfectamente una serie de conductas identificadoras del mismo con mucha precisión y superando por vía de la práctica los escollos políticos tradicionales. Esas conductas en la actualidad pueden ser sistematizadas en siete grandes bloques: seguridad de la navegación aérea y marítima, seguridad de las personas, con relevancia pública o no, comisión de atentados terroristas con explosivos, comisión de atentados terroristas con armas nucleares, financiación del terrorismo, apología del mismo y ataques terroristas contra el medio ambiente humano.

En segundo lugar es fácil constatar tanto la intensificación en la cooperación, como la profundización y diversificación por vía convencional tras los atentados terroristas de 2001 y posteriores, prestando una especial atención tanto a nivel universal como regional al combate de la financiación del terrorismo y demostrando la intrínseca relación de la cooperación interestatal convencional con el devenir histórico de la sociedad internacional, una sistemática no respetada en la legislación penal interna española, lo que podría acarrear en su caso problemas con la legalidad internacional al Estado español.

En tercer lugar, y en relación directa con la cooperación establecida convencionalmente, se distingue claramente en los convenios compromisos preventivos de un lado, y represor o sancionadores de otro, siendo así que se presta mucho menos atención a la prevención, aspecto este en el que sugeriríamos mayor hincapié, y que ya ha visto ciertos frutos en el ámbito europeo. Así, las obligaciones en materia de prevención suelen ser muy genéricas, resaltando sobre todo el intercambio de información. Por el contrario la represión sí ha conocido un importante desarrollo en el compromiso de los Estados, distinguiéndose claramente su mayor alcance por razones obvias en los convenios regionales y en especial en el caso europeo. La represión se centra sobre todo en el compromiso de los Estados de tipificar las conductas en ellos contempladas como delitos y establecer penas suficientemente severas, establecer unos criterios de jurisdicción amplios y generosos, consagración del principio *aut judicare aut punire*, consideración de las conductas consideradas obligatoriamente como delitos no políticos en cualquier tratado que concierten entre sí o con terceros Estados, y sobre todo una concepción mucho más amplia e intensa de la extradición, a la que tanto en el ámbito universal como en especial en el ámbito europeo se le concede mucha más trascendencia y efectividad, desvistiéndola de ropajes políticos o vías de escape o exculpación de cualquiera de las conductas contempladas. Tan sólo en algunos convenios regionales muy concretos ésta se encuentra ausente o puede ser reservada. Por otro lado, se sigue manteniendo la cooperación por vía de asistencia judicial entre los Estados comprometidos. Sin duda el mayor grado de compromiso en la lucha antiterrorista a nivel internacional, a la par que el sistema más evolucionado de garantías en el desarrollo de esa persecución convencional se encuentra en el ámbito europeo, tras la adopción de los dos recientes convenios de 2005.

u u

PAGINA 106  
BLANCA

**SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO.  
EJERCICIO DE ACTOS AISLADOS EN LA REPÚBLICA.  
LA EXTRATERRITORIALIDAD PARCIAL EN EL MARCO DE LAS  
RESOLUCIONES DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA**

(CONSTITUTED SOCIETIES ABROAD.  
EXERCISE OF ISOLATED ACTS IN THE REPUBLIC.  
THE PARTIAL EXTRATERRITORIALITY WITHIN THE FRAMEWORK OF  
THE RESOLUTIONS OF THE GENERAL INSPECTION OF JUSTICE)

*Luis Cruz Pereyra\**

RESUMEN: Un veredicto del la Cámara Nacional Federal de la Capital, Sala D, de 28/10/2005, que se refiere a la temática de la sociedades constituidas en el extranjero y, en particular al ejercicio de actos aislados en la república, brinda el punto de partida para el examen de la legislación aplicable y la compatibilidad con las resoluciones de la Inspección General de Justicia –IGJ–. Las Resoluciones, como también las facultades atribuidas al Inspector General de Justicia, han sido objeto de duras e insistentes críticas que ponen en cuestión su constitucionalidad y advierten sobre las consecuencias negativas que producen en el desarrollo del tráfico económico. Sin embargo, quienes las apoyan, han defendido su uso necesario como herramientas para la lucha contra el lavado de bienes de origen ilícito, el fraude contra la ley y la evasión fiscal.

---

(\*) Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCES. Profesor Asociado de las Cátedras de Derecho Económico Internacional, Derecho I y II, Licenciatura en Comercialización Internacional de la Universidad de Congreso. Secretario AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional). Miembro Titular de la AADI.

Se compartan o no sus loables objetivos expuestos en los considerandos de las Resoluciones Generales de la I.G.J., creemos que es necesario lograr una correcta vinculación de las sociedades constituidas en el extranjero con el ordenamiento jurídico argentino, sin retaceo de las garantías y libertades económicas reconocidas por la Constitución Nacional.

**PALABRAS-CLAVE:** Sociedades constituidas en el extranjero – Ejecución extraterritorial – Actos aislados – Resoluciones de la I.G.J. – Constitucionalidad.

**ABSTRACT:** A verdict of Commercial National Camera of the Federal Capital, Room D, of the 28/10/2005, that referred to the thematic of the constituted Societies abroad, and in particular, to the exercise on the part of these of isolated acts in the Republic, provides the departure point to make an examination of the applicable legislative dispositions in the matter, and the compatibility with the Resolutions adopted by the General Inspection of Justice - GIJ-. The resolutions, as well as the faculties attributed to the General Inspector of Justice, have been object of hard and insistent critics that discuss their constitutionality, and warn on the negative consequences that they produce in the development of the economic traffic. Nevertheless, who are in agreement with them, they have defended his necessary use, as tools for the fight against the washing of assets of illicit origin, the fraud to the law, the fiscal evasion.

One shares or not them praiseworthy objectives exposed in the whereas of the General Resolutions of the GIJ, we consider that it is necessary to achieve a correct link of the societies constituted with the Argentine legal ordering, without detriment of the guarantees and economic liberties recognized by the National Constitution.

**KEY WORDS:** Constituted society abroad - Extraterritorial performance - Isolated acts - Resolutions of the GIJ – Constitutionality.

**SUMARIO:** Introducción. I. Fallo: “Inspección General de Justicia v. Bryce Services Corp.”, C.Nac.Com., Sala D, 28/10/2005. II.– Análisis de la normativa aplicable. 1. Ley de Sociedades Comerciales, art. 118, primero y segundo párrafo. 1.1. Ley aplicable. Lugar de constitución. 1.2. Ámbito de la *lex societatis*. 1.3. Actuación extraterritorial. 2. Anteproyecto de Reforma de la Ley 19.550. Proyecto de Código de Derecho internacional privado. 3. Actos aislados. III. Inspección General de Justicia – Resoluciones Generales. IV. Dictamen de la Fiscal General en el Fallo “Inspección General de Justicia v. Bryce Services Corp.”. V. Adquisición de bienes inmuebles situados en la República por sociedades constituidas en el extranjero. VI. El contralor de sociedades constituidas en el extranjero por parte de la Inspección General de Justicia. VII. Algunas dudas e inquietudes que genera la vigencia de la nueva normativa reglamentaria sobre sociedades constituidas en el extranjero. VIII. Reflexiones finales.

## Introducción

El fallo de la Cámara Nacional Comercial de la Capital Federal, Sala D, en el caso “Inspección General de Justicia v. Bryce Services Corp.”<sup>1</sup> del 28/10/2005, referido a la temática de las Sociedades constituidas en el extranjero, y en particular, al ejercicio por parte de éstas de actos aislados en la República, suministra el punto de partida para realizar un examen de las disposiciones legislativas aplicables en la materia, y la compatibilidad con las resoluciones adoptadas por la Inspección General de Justicia –I.G.J.–<sup>2</sup>.

Dichas resoluciones, así como las facultades atribuidas al Inspector General de Justicia, han sido objeto de duras e insistentes críticas que cuestionan su constitucionalidad, y advierten sobre las consecuencias negativas que producen en el desenvolvimiento del tráfico económico.

Sin embargo, quienes están de acuerdo con ellas, defienden su validez y vigencia por considerar que son necesarias para la lucha contra el lavado de activos de origen ilícito, el fraude a la ley, la evasión fiscal; y por permitir distinguir entre las sociedades que funcionan efectivamente en el exterior y canalizan sus inversiones genuinas en el país, de aquéllas cuyo único fin es el de eludir el Derecho argentino.

### **I.– Fallo: Inspección General de Justicia v. Bryce Services Corp., C.Nac.Com., Sala D, 28/10/2005.**

El presente fallo fue dictado en el marco de un recurso de apelación interpuesto frente a una resolución de la IGJ de la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad al art. 16 de la ley 22.315<sup>3</sup>.

La resolución general 8/2003<sup>4</sup>, creó en el ámbito de la I.G.J. el “Registro de actos aislados de sociedades constituídas en el extranjero”, con el fin de controlar y fiscalizar la actuación de las mismas en la República y evitar el abuso del “acto aislado”, recurso mediante el cual se inscribían en el Registro de la Propiedad Inmueble, gran cantidad de inmuebles situados en

---

<sup>1</sup> Inspección General de Justicia c. Bryce Services Corp., C.Nac.Com., Sala D, 13/10/2005, Publicado en *SJA* 22/3/2.006, *Lexis* Nº 35002888. *Diario La Ley*, 14/12/2005.

<sup>2</sup> La IGJ, es la encargada de controlar, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que los recaudos legales previstos en la normativa aplicable, sean cumplidos tanto por los representantes de sociedades extranjeras interesadas en actuar en el país, como por la sociedad misma durante el desempeño de su actividad.

<sup>3</sup> La Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia, (Sancionada y promulgada el 31/X/1980 – Publicada en *B.O* el 7/XI/1980), –Adla, XL-D, 3986–, y su Dcto. Reglamentario 1493/82, otorgan a la I.G.J atribución para el dictado de reglamentos y resoluciones necesarios para el cumplimiento de las funciones asignadas.

<sup>4</sup> La Ley 22.315, en el art. 16 dispone: “Las resoluciones de la Inspección General de Justicia son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, cuando se refieran a comerciante o sociedades comerciales.

Cuando dichas resoluciones o las del Ministerio de Justicia de la Nación, se refieran a asociaciones civiles y fundaciones serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal”.

<sup>5</sup> Resolución General 8/03, I.G.J., Sociedades constituidas en el extranjero (B.O. 22/10/03). Creación del Registro de Actos Aislados de Sociedades Constituidas en el Extranjero, en ámbito de la Inspección General de Justicia.

la ciudad de Buenos Aires, a nombre de entes foráneos. El Registro de actos aislados, funciona coordinadamente con otros organismos (art. 6<sup>5</sup> y 11<sup>6</sup>, ley 22.315) como el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, quien informa a la I.G.J. sobre actos relativos a derechos reales sobre inmuebles, en los cuales intervengan sociedades constituidas en el extranjero, y hayan sido calificados unilateral o convencionalmente como “acto aislado” u otra expresión similar; los registros de titularidad o constitución de gravámenes sobre los bienes; y la Administración Federal de Ingresos Públicos-AFIP<sup>7</sup>. En el accionar coordinado de la I.G.J. con otros organismos, está comprendido el requerir información en relación con actos y operaciones realizados e informados, como así también ordenar y realizar inspecciones tendientes a determinar la situación de utilización económica de los bienes.

Previo a continuar con el desarrollo de este trabajo, queremos dejar expresamente aclarado, que si bien no corresponde hablar de sociedades extranjeras sino de sociedades constituidas en el extranjero “debido a que no existe en nuestro derecho la nacionalidad de las sociedades”<sup>8</sup>, utilizaremos indistintamente ambas expresiones.

---

<sup>5</sup> Artículo 6. “Para el ejercicio de la función fiscalizadora, la Inspección General de Justicia tiene las facultades siguientes, además de las previstas para cada uno de los sujetos en particular:

- a) requerir información y todo documento que estime necesario;
- b) realizar investigaciones e inspecciones, a cuyo efecto podrá examinar los libros y documentos de las sociedades, pedir informes a sus autoridades, responsables, personal y a terceros;
- c) recibir y sustanciar denuncias de los interesados que promuevan el ejercicio de sus funciones de fiscalización;
- d) formular denuncias ante las autoridades judiciales, administrativas y policiales, cuando los hechos en que conociera puedan dar lugar al ejercicio de la acción pública. Asimismo, puede solicitar en forma directa a los agentes fiscales el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, en los casos de violación o incumplimiento de las disposiciones en las que esté interesado el orden público;
- e) hacer cumplir sus decisiones, a cuyo efecto puede requerir al juez civil o comercial competente:
  1. el auxilio de la fuerza pública;
  2. el allanamiento de domicilios y la clausura de locales;
  3. el secuestro de libros y documentación;
  - f) declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, al estatuto o a los reglamentos.

Estas facultades no excluyen las que el ordenamiento jurídico atribuye a otros organismos”.

<sup>6</sup> El art. 11 de la ley 22.315, dentro de las funciones administrativas de la I.G.J. establece en el inc.e) que tiene a su cargo “coordinar con los organismos nacionales, provinciales o municipales que realizan funciones afines, la fiscalización de las entidades sometidas a su competencia”.

<sup>7</sup> Cfr. HIGHTON, FEDERICO R. “Sociedades extranjeras: Restricción a la inscripción de las que carezcan de arraigo en su país de origen (resolución general IGJ. 7/2003). Registro de actos aislados que realicen en el país las no inscriptas (resolución general IGJ. 8/2003).” *JA* 2003-IV-1535.

<sup>8</sup> Cfr. CURA, JOSÉ MARIA, “Las sociedades off shore y su inscripción en la ciudad de Buenos Aires (o cuando la autoridad administrativa avanza sobre funciones propias de la función judicial)”, *ERRERPAR-DSE-Nº* 210 Mayo /05 -T XVII p. 546.

La Resolución General de la I.G.J. Nº 2/2005 define a las sociedades “off shore” como aquellas sociedades comerciales constituidas en el extranjero que tienen vedada la actuación y el desarrollo de la actividad mercantil (en forma absoluta o parcial, según los casos) dentro de los

En su tarea fiscalizadora, la I.G.J. ha determinado en numerosos casos, la situación de inmuebles inscriptos en los registros correspondientes a nombre de sociedades extranjeras, –generalmente “sociedades off shore”<sup>9</sup>–, no inscriptas en los registros correspondientes en el país, las que argumentaban que la compra de esos bienes, constituían “actos aislados” efectuados en la República, amparándose así en la excepción prevista en el art. 118, 2º párr.<sup>10</sup> de la Ley de Sociedades Comerciales –LSC–, N° 19.559<sup>11</sup>.

Cuando la I.G.J., a través de las investigaciones realizadas, ha advertido que la realización de estos actos constituyen una pantalla a los fines de ocultar a los verdaderos titulares, ha dictado varias resoluciones administrativas, intimando a dichas sociedades a inscribirse a los fines de someterse a las disposiciones de la ley y al contralor local<sup>12</sup>.

En el caso de la sociedad *Bryce Services Corp.*, la I.G.J., tras las investigaciones realizadas, determinó que:

- de acuerdo con la escritura pública N° 156 del 20/5/2002, la sociedad nacional *Oscand Sociedad Anónima* vendió a la sociedad *Bryce Services Corp.*, constituida en las Islas Vírgenes Británicas, la cantidad de diecinueve unidades y veinticinco unidades complementarias de un edificio sito en Alvarez Thomas 114 y 198, de la ciudad de Buenos Aires, habiendo aclarado la compradora que se trataba de un acto aislado, conforme a lo dispuesto por el art. 118, 2º párr., de la LSC;

- en el mismo acto, se le otorgó poder a *Oscand Sociedad Anónima* por el término de veinte años, a fin de llevar a cabo actos relacionados con la construcción del aludido edificio. Asimismo, *Bryce Services Corp.* otorgó un poder especial a una persona física domiciliada en la Argentina, para celebrar todos los actos concernientes a la comercialización y administración de las unidades funcionales sitas en la finca en cuestión.

Así, la I.G.J. precisó que al 28/7/2004, la sociedad extranjera era propietaria de dieciséis unidades funcionales y veintitrés unidades complementarias en el mencionado edificio.

Frente a ello, el Inspector General de Justicia en ejercicio de las facultades reglamentarias previstas en el art. 11, inc. c) de la ley 22.315<sup>13</sup>, y del art. 4, inc.1, de la Resolución General

límites territoriales del Estado que les ha otorgado su personalidad jurídica como tales o que constituye su lugar de creación, de modo que su capacidad y legitimación queda restringida a una actuación mercantil dentro de su objeto social con alcances exclusivamente extraterritoriales. La sociedad off shore se constituye en un país pero actúa en otro, de manera que configura una especie de “patente” para hacer fuera del país lo que no se permite que se haga dentro de él. Cfr. JUNYENT BAS FRANCISCO, “La definición de la personalidad en el caso de las sociedades extranjeras”, p. 45, *Suplemento Especial de La Ley “Sociedades ante la I.G.J.”*, La Ley, 2005.

<sup>10</sup> Artículo 118. “La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución.

*Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio...”.*

<sup>11</sup> Boletín Oficial –B.O.– 30/3/84. Texto ordenado por decreto 841/84. (ADLA, XLIV–B, 1319).

<sup>12</sup> Podemos mencionar, a título ejemplificativo, las siguientes: “Manol Inmobiliaria S.L.”, (Resolución 921/04); “La Miraguaya S.A.” (Resolución 945/04); “Nanbil S.A.” (Resolución 1063/04); “BRP Holding LLC” (Resolución 205/05); “Deplanck S.A.” (Resolución 1167/05); “Browser S.A.” (Resolución 1166/05), y otras.

<sup>13</sup> Artículo 11. “La Inspección General de Justicia tiene a su cargo... c) dictar los reglamentos que estime adecuados y proponer al Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Justicia de la Nación, la sanción de las normas que, por su naturaleza, excedan sus facultades...”.

de la I.G.J. 8/2003 I.G.J.<sup>14</sup>, dictó la resolución 945<sup>15</sup>, por la que intimó a la sociedad *Bryce Services Corp.* para que en treinta días proceda a cumplir con la inscripción registral prevista en el art. 118, párr. 3º, de la LSC, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales correspondientes, por considerar que la actividad desarrollada por *Bryce Services Corp.* en la Argentina, excedía la realización de actos aislados y configuraba una actuación habitual.

El acto fue apelado por la sociedad extranjera, planteando la inconstitucionalidad de la Resolución General de la IGJ. 8/2003 en que se funda la decisión recurrida, sosteniendo que modifica las leyes 19.550 y 22.315, por cuanto amplía el régimen sancionatorio de las sociedades constituidas en el extranjero, ya que la intimación efectuada conforme al art. 4, inc. 2, de la resolución 8/03, contiene el apercibimiento de *solicitar judicialmente la disolución y liquidación* de la misma.

Planteó, asimismo, que el Inspector General se había atribuido facultades legislativas, pues, la única sanción que le podía corresponder era alguna de las enumeradas en los arts. 13<sup>16</sup> de la ley 22.315 y 302<sup>17</sup> de la ley 19.550, es decir, apercibimiento, apercibimiento con publicación o multa. Señaló que las únicas causales de disolución y liquidación previstas por la ley son las enumeradas en el art. 94<sup>18</sup> de la LSC.

<sup>14</sup> Establécese la información que deberá comprender. Artículo 4, inc.1: “ A resultados del análisis y, en su caso, medidas que se prevén en el artículo anterior, la Inspección General de Justicia podrá:

1) Determinar la situación de la sociedad constituida en el extranjero partícipe del acto o actos, encuadrando si correspondiere su actuación dentro de los supuestos contemplados por el artículo 118, párrafo tercero o el artículo 124 de la Ley N° 19.550.

Al efecto tendrá en consideración, entre otras, las pautas siguientes:

- a) La reiteración de actos;
- b) Su significación económica;
- c) El domicilio de la sociedad sito en países de baja o nula tributación;
- d) El destino, utilización o explotación económica del bien;
- e) El modo de haberse ejercido la representación de la sociedad partícipe.

2) Intimar a la sociedad a cumplir con las inscripciones que corresponden por aplicación de las normas citadas en el inciso anterior, observando en el primero de dichos supuestos lo dispuesto por la Resolución General I.G.J. N° 7/03 y procediendo, en el segundo, a adaptar su estatuto o contrato a la normativa de la Ley N° 19.550.

*La intimación contendrá el apercibimiento de solicitar judicialmente la liquidación de los bienes y operaciones de la sociedad en el primer supuesto y la disolución y liquidación de la misma en el segundo....”*

<sup>15</sup> Res. I.G.J. N° 945, de 5/10/2004.

<sup>16</sup> El art. 13 dispone que las sanciones para sociedades por acciones y para las contempladas en el artículo 8 –Sociedades constituídas en el extranjero– son las establecidas por el artículo 302 de la Ley de Sociedades Comerciales.

<sup>17</sup> El art. 302, establece: “La autoridad de control, en caso de violación de la ley, del estatuto o del reglamento, puede aplicar sanciones de: 1. Apercibimiento; 2. Apercibimiento con publicación; 3. Multas a la sociedad, sus directores y síndicos....”

<sup>18</sup> Artículo 94. La sociedad se disuelve:

1. Por decisión de los socios;
2. Por expiración del término por el cual se constituyó;
3. Por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia;
4. Por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;
5. Por pérdida del capital social;

Asimismo, consideró vulnerado el derecho de igualdad ante la ley garantizado por los arts. 16<sup>19</sup> y 20<sup>20</sup> de la Constitución Nacional –CN–, que comprende también a los extranjeros. Sostuvo, “que hubiera recibido un tratamiento distinto en otra jurisdicción porque el registro es local, y que el Inspector General pretendió legislar sobre aspectos propios de otros organismos de jurisdicción nacional, como la AFIP, al perseguir la evasión fiscal y el lavado de dinero, que escapan a las facultades propias de un registro local”.

Por último, alegó que la compra de los inmuebles realizada por *Bryce Services Corp.* era un acto aislado, que no se había acreditado que se trataba de una sociedad constituida en un paraíso fiscal, ni que haya celebrado contratos de locación o comodatos con terceros desde que adquiriera las unidades funcionales.

Elevadas las actuaciones al Tribunal sentenciante, se corre vista de la apelación promovida a la Fiscal General, la cual con sólidos argumentos de índole jurídico, político y social, considera que la apelación debe ser desestimada.

La Cámara, finalmente, resuelve rechazar el planteo invocado, básicamente en razón de que la apelante carecía de agravios. Sostuvo, que “si bien la Inspección General de Justicia ha dado curso a una “intimación” a la recurrente en las funciones establecidas por la ley 22.315, tal emplazamiento no ha sido tal, pues carece de una consecuencia inmediata y específica pasible de promover efectos en la sociedad”. Así, el planteo devino en abstracto, por considerar el sentenciante, que simplemente se había “intimidado” a la sociedad extranjera para que cumpla con la inscripción registral del art. 118 de la LSC, habiendo sido ello sólo una advertencia de acciones judiciales futuras –en caso de que no se diera cumplimiento a lo solicitado–, y de una potestad que la ley le confirió al organismo de contralor.

Eventualmente, ese anunciado proceso judicial, sostuvo la Cámara, sería el ámbito apropiado para el planteamiento de las defensas sustanciales en orden a determinar, si la compra de los inmuebles por la sociedad extranjera, constituía o no un “acto aislado” de acuerdo al art. 118, 2º párr. de la LSC. Asimismo, determinó que “ese juicio será además el cauce en el

---

6. Por declaración de quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o concordato resolutorio;

7. Por fusión en los términos del art. 82;

8. Por reducción a uno del número de socios siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres (3) meses. En este lapso el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas;

9. Por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones. La disolución podrá quedar sin efecto por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los sesenta (60) días, de acuerdo con el art. 244, 4º párrafo;

10. Por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieran en razón del objeto.

<sup>19</sup> Artículo 16. “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

<sup>20</sup> Artículo 20. “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

cual la recurrente podrá ejercer plenamente su derecho de defensa (art. 18 de la C.N.), no conculcado en la especie en tanto no ha existido una decisión jurisdiccional sin debida audiencia de la parte interesada”, como asimismo para el planteo de inconstitucionalidad de la Resolución General 8/2003.

Por ello el Tribunal resuelve, en definitiva, rechazar el recurso de apelación, con costas, y confirmar la resolución del Inspector General de Justicia.

Sin perjuicio de que el planteo recursivo de la sociedad extranjera devino en abstracto y fue rechazado, los agravios expresados por la apelante resultan de relevancia, ya que son el punto de partida para el dictamen de la Fiscal General, la cual realiza una férrea defensa de la constitucionalidad de las Resoluciones de la I.G.J., como así también de las facultades del Inspector General.

Al respecto consideramos que, si bien estamos de acuerdo que la resolución recurrida no podía causar agravio pues se trató sólo del anuncio de una acción judicial futura, la Cámara “de ningún modo convalidó las facultades autoarrogadas por la I.G.J. para pedir la disolución y liquidación de la sociedad, sino que por el contrario, dejó bien en claro que cuando la Inspección inicie las acciones legales anunciadas, dicho proceso constituirá el marco dentro del cual deberá analizarse la constitucionalidad de la resolución 8/03”<sup>21</sup>.

## II.– Análisis de la normativa aplicable

Previo a continuar con el comentario del fallo mencionado, consideramos necesario determinar las fuentes normativas que regulan la actuación extraterritorial de las sociedades comerciales, es decir, la posibilidad de operar en otros Estados aparte de aquél en el que han sido creadas. Corresponde al Derecho Internacional Privado –DIPr– la regulación de la cuestión, dado que es preciso determinar cuál es la ley que las rige y calificar su actuación a fin del sometimiento a la ley del Estado donde pretende actuar y contralor de su funcionamiento. “La existencia de sociedades multinacionalizadas contribuye a la expansión de la economía del Estado de origen más allá de sus fronteras y a la influencia política y económica de ese Estado, expansión que se proyecta y concreta en las inversiones extranjeras en los Estados receptores de sus intereses y capitales. Ello provoca diversos ordenamientos con vocación concurrente para regir los distintos aspectos de tales sociedades, generando una voluntad de control que no sólo proviene del Estado que recibe la actuación del ente multinacional, sino también del Estado de origen”<sup>22</sup>.

En el ámbito del Derecho internacional privado argentino, las fuentes normativas que regulan la actuación extraterritorial de las sociedades comerciales son:

- Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, Sección XV (arts 118 a 124) y Cap. III, (arts. 367 y 377)<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. LÓPEZ TILLI, ALEJANDRO, cit. por MÉNDEZ, PABLO, “La IGJ “de Nissen”, cada vez con más respaldo en la Justicia”, *pmendez@infobae.com*.

<sup>22</sup> Punto 1, de las Conclusiones y Recomendaciones efectuadas por la Sección de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I., en ocasión de las V Jornadas de Derecho Internacional Privado realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, los días 27 y 28 de agosto de 2004.

<sup>23</sup> La Ley 19.550, en la Sección XV, Capítulo 1: “Disposiciones Generales” arts. 118 a 124 regula la actuación de las sociedades constituidas en el extranjero en el país. La ley 22.903/83 no modificó estas disposiciones, pero cabe mencionar que el art. 2, incorpora el Capítulo III a la

• Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1888–1889<sup>24</sup> y las reformas introducidas por el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1939/1940<sup>25</sup>, que componen, a nuestro entender, la fuente de inspiración de la legislación interna en el reconocimiento de pleno derecho de la personalidad de las sociedades comerciales constituidas en el extranjero y de su capacidad para ejercer actos aislados y actuar en juicio; mientras que para realizar actos comprendidos en su objeto social, deberá someterse a las leyes del Estado donde actúa. “La discordancia se advierte en el punto de conexión utilizado para determinar la ley personal: mientras que en el orden convencional se emplea el domicilio comercial (asiento principal de los negocios), en el orden interno se acude al lugar de constitución”.

• Convención Interamericana de Montevideo 1979 sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles aprobada por ley 22.921<sup>26</sup>. La Convención impone la ley de lugar de constitución a los efectos de determinar la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles y también consagra el reconocimiento de pleno derecho de la personalidad en los demás Estados.

• Convención concerniente al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras, adoptada por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, el 1º de Junio de 1956, aprobada por ley 24.409<sup>27</sup>. Sus disposiciones establecen que la personalidad jurídica adquirida por una sociedad, una asociación o una fundación, en virtud de la legislación de un Estado contratante en el que se han cumplido las formalidades de registro o de publicidad y en el que se encuentra su sede estatutaria, será reconocida de pleno derecho en los otros países contratantes, siempre que implique, además de la capacidad para promover acción judicial, por lo menos la capacidad de poseer bienes y de concluir contratos y otros actos jurídicos.

Debemos tener presente que la Constitución de la Nación Argentina de 1994 establece que los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22).

Al respecto se ha admitido la dificultad en la determinación de las fuentes convencionales y en los criterios hermenéuticos a seguir en ausencia de las soluciones específicas. Frente al problema de superposición de fuentes convencionales en el Derecho Societario Argentino, se

Ley 19.550, bajo la denominación de “Contratos de Colaboración Empresaria”, dos modalidades: la primera “Agrupaciones de colaboración Empresaria” arts. 367 a 376; y la segunda “Uniones Transitorias de Empresas”. La reglamentación es muy prolija y sólo nos interesa destacar que el último párrafo del art. 367 (ACE) y el penúltimo del art.377 (UTE) disponen que las sociedades constituidas en el extranjero podrán integrar estas agrupaciones previo cumplimiento de lo dispuesto en el art. 118, tercer párrafo.

Nos vincula con Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. Aprobado por Ley 3.192. ADLA 1889–1919, 302.

Nos relaciona con Paraguay y Uruguay. Aprobado por decreto – ley 7771/56. ADLA XIV.A, 1328

(B.O. 27/9/83) Estados ratificantes: Argentina (1/12/83); Brasil (27/11/95); Guatemala (7/11/84); México (9/3/83); Paraguay (16/8/85); Perú (15/5/80); Uruguay (15/5/80); Venezuela (16/5/85). Como podemos advertir, rige en los cuatro Estados Parte del Mercosur.

(B.O.28/12/94). La Convención ha sido aprobada por el Poder Legislativo, pero no se ha depositado el instrumento de adhesión. Exige cinco ratificaciones para entrar en vigencia, y a la fecha sólo Bélgica; Francia y Holanda, han depositado los instrumentos respectivos.

ha propuesto dar primacía a la fuente posterior –esto es, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Comerciales (CIDIP II), sin perjuicio de la vigencia de los Tratados de Montevideo, los cuales deberán ser desplazados sólo cuando exista incompatibilidad estricta<sup>28</sup>.

A los efectos de este trabajo, de las fuentes jurídicas mencionadas nos referiremos especialmente a la ley 19.550, la cual en sus artículos 118 a 124, determina los recaudos de naturaleza externa que debe cumplir la sociedad extranjera relativos a su existencia y a su actuación en el país, sin inmiscuirse en cuestiones de naturaleza interna de la sociedad o que estén referidas a su situación patrimonial. Debemos dejar en claro que no sólo cuando el caso en examen no resulte captado por ninguno de los tratados vigentes, corresponderá la aplicación de las soluciones que provee el Derecho de fuente interna o autónoma, sino que, una fuente convencional puede, asimismo, remitirnos a la aplicación de nuestra propia legislación, es decir, a la LSC, y leyes modificatorias y complementarias.

Por estar relacionados con el fallo “Inspección General de Justicia v. Bryce Services Corp.”, sólo nos referiremos a las disposiciones contenidas en los párrafos 1º y 2º del art. 118, haciendo, además, un breve estudio comparativo con las respectivas disposiciones del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales<sup>29</sup> y del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado<sup>30</sup>, que han adquirido estado parlamentario.

---

<sup>28</sup> Recomendación de la Sección de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I., en ocasión de las V Jornadas de Derecho Internacional Privado “Sociedades Multinacionales: Constitución y Contralor de funcionamiento”. realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, los días 27 y 28 de agosto de 2004

<sup>29</sup> Desde el año 1983 la Ley de Sociedades Comerciales no ha sufrido modificaciones sustanciales, y desde entonces, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han marcado los aciertos y los errores de sus institutos, su redacción y metodología.

En junio de 2003 la Comisión presidida por el Dr. Jaime Luis Anaya e integrada por los Dres. Salvador Darío Bergel y Raúl Aníbal Etcheverry, Secretaría a cargo de los Dres. Ceciclia Marsili y C. San Millán, presentaron al Ministro de Justicia un Anteproyecto de modificación a la Ley de Sociedad Comerciales que recoge la experiencia minuciosa de veinte años de aplicación de la misma. Las normas proyectadas ponen en revisión el Derecho societario argentino para hacerlo ajustado a las exigencias de nuestro tiempo, ya sea a través de un revolucionario cambio en la normativa, o corrigiendo errores o aclarando posibles interpretaciones erróneas.

<sup>30</sup> El Proyecto se hizo sobre la base del Libro VIII del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio, redactado por las Dras. Berta Kaller Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés, Resolución de la Comisión Redactora del Proyecto del Código Civil Unificado con el Código de Comercio, Decreto del P.E. Nacional 685/95. El proyecto originario, fue elevado por la Comisión, luego de haber recibido las opiniones y sugerencias de los Dres. Miguel Angel Ciuro Caldani, Gualberto Lucas Sosa e Inés Weinberg de Roca.

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado ha sido elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración designada por Res. M.J. y D.H. 191/02 y Res. M.J. y D.H. 144/02, integrada por los Dres. Miguel Angel Ciuro Caldani, Eduardo L.Fermé, Berta Kaller de Ochansky, Amalia Uriondo de Martinoli, Rafael Manóvil, María Blanca Nood Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini, Horacio Daniel Piombo, Inés Weimberg de Roca y Julio César Rivera, y fue elevado a la Cámara de Diputados de la Nación por el Diputado Jorge Reinaldo Vanossi.

## 1.- Ley de Sociedades Comerciales, art. 118, primero y segundo párrafo<sup>31</sup>

La ley 19.550, en la Sección XV, Capítulo 1: “Disposiciones Generales” arts. 118 a 124 regula la actuación de las sociedades constituídas en el extranjero en el país. La ley 22.903/83 no modificó estas disposiciones, pero cabe mencionar que el art. 2, incorpora el Capítulo III a la ley 19.550, bajo la denominación de “Contratos de Colaboración Empresaria”, dos modalidades: la primera “Agrupaciones de colaboración Empresaria” arts. 367 a 376; y la segunda “Uniones Transitorias de Empresas”. La reglamentación es muy prolija y sólo nos interesa destacar que el último párrafo del art. 367 (ACE) y el penúltimo del art.377 (UTE) disponen que las sociedades constituídas en el extranjero podrán integrar estas agrupaciones previo cumplimiento de lo dispuesto en el art. 118, tercer párrafo.

### 1.1.- Ley aplicable. Lugar de constitución

Para establecer la ley personal de las sociedades comerciales las soluciones varían de acuerdo al elemento que se tome en cuenta como determinante de la misma: el lugar de la constitución o incorporación, la sede principal, la nacionalidad o el domicilio.

Conforme ha sido expresado la ley 19.550, dispone en el art. 118 primer párrafo, que la sociedad constituída en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por la ley del “lugar de constitución”.

Pero, el punto de conexión “lugar de constitución”, no rige en el caso de una sociedad extranjera con *sede o principal objeto de explotación* en la República, supuestos a los que apela el art. 124 de la LSC, para considerar a esas sociedades como locales y, de ese modo, encuadrarlas dentro de las disposiciones legales relativas a su actuación extraterritorial. En otras palabras, el art. 124 implica la única excepción a lo dispuesto por el art. 118, primera parte, en cuanto impone la aplicación de la ley argentina a las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento.

Cabe aclarar, que “ley del lugar de constitución” significa ley conforme a la cual se ha constituido la sociedad, y no debe confundirse con la ley del Estado donde se ha celebrado el contrato de sociedad.

Para calificar el lugar de *constitución*, habrá que atenerse al concepto en vigor en el país donde la entidad ha cumplido con las formalidades necesarias prescriptas por las leyes allí vigentes para obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica<sup>32</sup> o la ha obtenido de manera automática como consecuencia del acto jurídico privado originario<sup>33</sup>.

Es conocido también, como modelo de “incorporación”<sup>34</sup> en la medida que la constitución de una sociedad conforme al Derecho de un Estado implica su “incorporación” en dicho

---

<sup>31</sup> Artículo 118. “La sociedad constituída en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución.

Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio...”

<sup>32</sup> Cfr. BOGGIANO, ANTONIO, *Sociedades y grupos multinacionales*. Depalma, Bs.As, 1985, pág.13 y ss.

<sup>33</sup> KALLER ORCHANSKY, BERTA, “Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado argentino, LL, T 147, Secc. Doctrina –1211.

<sup>34</sup> Calvo Caravaca expresa que la incorporación hace referencia a la inscripción registral (principal) de la sociedad. CALVO CARAVACA, ALFONSO, *Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional*, R.G.D., Granada, España, 1988, p. 3679.

Estado. El estatuto personal es, por lo tanto, el del lugar de incorporación, sin importar el lugar donde se localizan la sede administrativa o los órganos de decisión.

Una de las características principales de esta teoría, es que se apoya en el principio iusprivatista de la autonomía de la voluntad, ya que los socios pueden escoger libremente la *lex societatis* que más les convenga. En esta teoría, se protege el interés particular de los socios, al permitirles elegir libremente la ley que va a regir el estatuto normativo de su contrato social y, asimismo, se garantiza el reconocimiento internacional de dicha elección. La principal consecuencia de la adopción de la tesis de la incorporación, en orden a la determinación del estatuto personal, se advierte en la problemática del cambio de sede: el cambio de domicilio, no producirá la alteración del estatuto personal adquirido.

Asimismo, el punto de conexión “lugar de constitución”, puede presentar problemas en supuestos de sociedades constituídas en varios Estados –múltiple incorporation–. Boggiano entiende que la sociedad creada (constituída) y recreada (reconstituída) es la misma pues es una “única realidad asociativa”, de lo contrario, se daría un doble régimen jurídico. Por consiguiente, afirma que debe aplicarse el Derecho del Estado de constitución de la sociedad donde los órganos de decisión efectiva se sitúan<sup>35</sup>. En tanto, Didier Operti Badán, sostiene, que “lugar de constitución, debe entenderse el natural, el primero, el único”<sup>36</sup>.

Francisco Garcimartín Alferez<sup>37</sup> señala que las ventajas de la “ley del lugar de constitución” son:

- Seguridad jurídica, pues tanto las partes afectadas como los terceros pueden determinar fácilmente cuál es la *lex societatis*. La consecuencia económica es la reducción significativa de los costos de información.

- Facilitación de la actividad internacional de las sociedades.

Sin embargo, considera que el mayor inconveniente comparativo que presenta es el riesgo de fraude, el cual se concreta tanto en las relaciones privadas que mantiene la sociedad, como en las que tiene con el Estado donde ejerce su actividad, pues, en la medida en que los socios pueden someter la sociedad al derecho que prefieran, se impide el control real sobre la sociedad y, por consiguiente, se permitiría defraudar sus intereses de política legislativa.

### 1.2.– *Ámbito de la lex societatis*

El ámbito de la ley personal, generalmente, está determinado expresamente en el tipo legal de la norma de conflicto. Así podemos afirmar, que la *lex societatis* rige todo lo relativo a la existencia, forma, validez intrínseca, atribución de personalidad jurídica, finalidad, capacidad y funcionamiento<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado – Derecho Mercantil Internacional*, T. II, 3ª Edición, Buenos Aires, 1991, p.58.

<sup>36</sup> Cita de FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur* (COORDINADOR DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO), Zavallá Editor, Buenos Aires, 2003, p. 1310.

<sup>37</sup> GGARCIMARTIN ALVÉREZ, FRANCISCO, “La racionalidad económica del Derecho Internacional Privado”, *Revista de la U.A.M.*, Madrid, España, 2001, p. 648 y 649.

<sup>38</sup> La Sección de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I., en ocasión de las V Jornadas de Derecho Internacional Privado, “Sociedades Multinacionales: Constitución y Contralor de funcionamiento”, propuso dentro de las conclusiones y recomendaciones, que en “en cuanto al problema de la ley aplicable a la capacidad, se considera comprendido en el ámbito material del artículo 118 primer párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales, mediante una interpretación

Resulta lógico interpretar como consecuencia del principio general y por la naturaleza propia de la personalidad jurídica que, si bien no está consagrado expresamente, quedan sometidas a esa ley las relaciones de los socios entre sí, de éstos con la sociedad y de la misma con los terceros.

En cuanto a la representación de la sociedad, no se discute que la *lex societatis* regula la relación interna representante–sociedad, aunque existe discrepancia en lo referente a la relación externa. Como bien señala Boggiano “si una sociedad constituida en el extranjero celebra un acto jurídico aislado (art. 118, 2º párrafo) en el país mediante un órgano cuyos poderes resultan restringidos según la *lex societatis*, la sociedad foránea resulta vinculada si la ley argentina no impone la restricción de la ley personal extranjera y si, además, el tercero que contrató en el país desconocía inculpablemente la restricción de la *lex societatis*”<sup>39</sup>.

La doctrina admite que la *lex societatis* rige también la disolución y liquidación de la sociedad por cuanto es un proceso que abarca todo el patrimonio social, sea cual fuere el lugar de situación de los activos y pasivos que lo integran<sup>40</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que la ley del lugar de constitución es la que determina la subsistencia de la personalidad durante la liquidación y el momento de la misma<sup>41</sup>.

La ley territorial del país donde la sociedad actúa regirá, en cambio, la actividad societaria.

### 1.3. Actuación extraterritorial

El legislador, el intérprete, el aplicador de la ley, frente a una sociedad comercial que pretende actuar en el país puede optar entre dos sistemas extremos:

- hospitalidad absoluta, actitud generosa, liberal, denominada *extraterritorialidad plena*, que supone el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica, así como se opera el reconocimiento pleno de la personalidad humana, basada en la teoría filosófica de la realidad;

- inhospitalidad absoluta, denominada *territorialismo*, que se nutre filosóficamente en la teoría de la ficción. Por consiguiente, una sociedad constituida en el Estado A jamás podrá actuar en el Estado B, sino que debe reconstituirse.

Las posturas extremas anteriores terminan por diluirse y nace una solución intermedia, de hospitalidad condicionada o restringida, llamada *extraterritorialidad parcial*, que resuelve satisfactoriamente la pugna entre la protección de la economía local y las necesidades del comercio internacional”<sup>42</sup>.

---

intrasistémica”. Asimismo, existió consenso en la no aplicación de los artículos 30 y 31 de la citada ley, a las sociedades constituidas en el extranjero; dichas disposiciones deben ser vistas como normas de orden público interno y no en el sentido de normas de policía del Derecho Internacional Privado.

<sup>39</sup> BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado – Derecho Mercantil Internacional*, ob. cit., p. 75.

<sup>40</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, ob. cit. p. 1320.

<sup>41</sup> “Luis de Ridder Limitada S.A.C.”, J.A. 1995–I–646, la CSJN, decidió que la subsistencia de la personalidad durante la liquidación y el momento de la misma los determina la ley del lugar de constitución. Asimismo sostuvo que el acreedor verificado “es una sociedad constituida en el extranjero que se rige en cuanto a su existencia y forma por la ley del lugar de su constitución (art. 118, 2º párrafo, ley N° 19.550, que regula asimismo, entre otras materias, lo concerniente a la liquidación, disolución, extinción de la personalidad jurídica y destino del activo societario una vez extinguido el ente social”.

<sup>42</sup> Cfr. KALLER ORCHANSKY, BERTA, “El Sistema de Extraterritorialidad Parcial”, Conferencia Colegio de Escribanos, setiembre de 1983.

Según Kaller Orchansky<sup>43</sup>, las normas de fuente interna adoptan el sistema de la extraterritorialidad parcial el cual “no es una creación doctrinaria o de la ciencia del Derecho internacional privado, sino que nace con los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo”. Dicho sistema no atiende a la naturaleza jurídica de la sociedad en sí, sino que se fundamenta en la naturaleza de los *actos* que ésta realiza.

A tal efecto, distingue dos categorías de actos:

- Los que son común a todo ente colectivo dotado de personalidad jurídica y que hacen a su *capacidad genérica o potencial* –vgr. actuar en juicio como actora, demandada o tercerista; recibir, donaciones, legados, etc.–. En estos supuestos impera la extraterritorialidad total., es decir, para la realización de estos actos no se requiere que la sociedad se someta a la ley territorial de donde pretende actuar, bastará con justificar que se constituyó legalmente para que su capacidad sea reconocida de pleno derecho.

- Aquellos actos referidos al espectro del objeto social y que configuran la *capacidad específica*, supuestos en los que impera el territorialismo. En consecuencia, para ejercer este tipo de actos deberá, además de acreditar su existencia, conforme a su estatuto personal, someterse a las leyes del país en que pretenda actuar; Ahora bien, el sometimiento a la ley local de los *actos específicos o permanentes* que una sociedad extranjera realiza extraterritorialmente en otro Estado, puede hacerse atendiendo a un criterio meramente *cualitativo* o con un criterio *cualitativo-cuantitativo*.

Según el *criterio cualitativo*, la realización de un solo acto comprendido en el objeto de su institución, se somete la actuación de la sociedad extranjera a la ley local.

El criterio *cualitativo-cuantitativo*, además de la naturaleza del acto incluido dentro del objeto social y que surge naturalmente del contrato constitutivo y de los estatutos, requiere *habitualidad*, la frecuencia (temporalidad).

Así queda formulada esta teoría intermedia que sirve para explicar el funcionamiento de las normas proveniente de fuentes autónoma y convencionales.

En primer lugar, cuando una sociedad constituida en el extranjero pretenda realizar actos en la República, cualquiera sea la categoría a la que éstos pertenezcan, siempre y como mínimo, deberá demostrar la validez de su constitución.

Al respecto, existe una frase muy categórica e ilustrativa en la jurisprudencia inglesa que expresa: “la cortesía no agrega facultades fuera de las ya existentes”, es decir, que el reconocimiento que efectuamos de una sociedad comercial no implica agregarle atributos fuera de los que ya posee originariamente. El empleo de la cortesía viene de la traducción de “committy”, de ese fundamento de la extraterritorialidad en el sistema anglosajón. Hasta aquí estamos todo de acuerdo: pero sí tenemos que tener en cuenta que si el representante, el apoderado de una sociedad constituida en el extranjero, realiza un acto en la República que de acuerdo a la ley del país de su constitución le está vedado, no está contemplado, o excede sus facultades, el acto será considerado válido en la República si la legislación nacional fuese más favorable a la validez del mismo (art. 14 inc. 4, del CC Arg.)<sup>44</sup>.

La ley 19.550 distingue diversas categorías de actuación en el país de estas sociedades, regulando específicamente cada tipo de actividad que realicen según la clase de capacidad que

<sup>43</sup> Cfr. KALLER ORCHANSKY, BERTA, Conferencia citada.

<sup>44</sup> URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA / PEREYRA, LUIS CRUZ, “Sociedades Comerciales Extranjeras”, *Estudios en Homenaje a la Dra. Berta Kaller de Orchansky, Edición del Superior Tribunal de Justicia, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba, 2004*, p. 154.

exteriorizan. Así, entonces, las sociedades extranjeras pueden actuar en el país, básicamente a través de algunos de estos supuestos:

1. Realización de actos aislados y estar en juicio (art. 118, 2° párr.).

2. Ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social. Establecimiento de sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente en el país (art. 118, 3er párr.)<sup>45</sup>.

3. Participación en una sociedad argentina, como socia fundadora o por posterior adquisición de acciones (art. 123)<sup>46</sup>.

4. Tener la sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en ésta.(art. 124)<sup>47</sup>.

5. Integrar Agrupaciones de Colaboración Empresaria –ACE, (último párrafo del art. 367, LSC), y Uniones Transitorias de Empresas” –UTE, (penúltimo párrafo del art.377, LSC), previo cumplimiento de lo dispuesto en el art. 118, tercer párr.

En relación a la capacidad de actuación extraterritorial, la LSC dispone que la sociedad extranjera, que esté conforme a la ley del lugar de constitución, en cuanto a su existencia y forma, *se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio*” (art. 118, 2° párrafo). En consecuencia, el ejercicio de actos en la República que exteriorizan la capacidad genérica de la sociedad, no requiere que se someta a la ley argentina<sup>48</sup>, bastará que sus representantes justifiquen que existe y que lo prueben con los documentos correspondientes<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> “Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe:

1. Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país;

2. Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República;

3. Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales”.

<sup>46</sup> “Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez de registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el Registro Público de Comercio y en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, en su caso”.

<sup>47</sup> “La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralores de funcionamiento”.

I.G.J. “Marnow Corporation S.A.” 08/11/04 – *Lexis* N° 1/70013723–1. Ante el distracto de la compraventa del inmueble por parte de la sociedad extranjera, no tiene sentido requerir la inscripción de dicha sociedad foránea en el Registro Público de Comercio en los términos del art. 118 de la ley 19550, cuando no existe en la actualidad una actuación de dicha sociedad que implique algún grado de permanencia en nuestro país.

CNCrim y Corr., Sala 1°, 12/11/1994, Chiappe Juan A. JA 1996–IV– síntesis. Las sociedades extranjeras se rigen en cuanto a su existencia y forma, por la legislación del lugar de constitución y pueden realizar en el país actos aislados y estar en juicio, sin necesidad de inscripción, conforme lo establece el art. 118 de la Ley de Sociedades, lo que incluye la facultad de querellar.

<sup>49</sup> CNCrim. y Corr., sala 7°, “Cappanera, Santiago y otros”. 10/11/03 – *Lexis* N° 12/12547. www.lexisnexis.com.ar. La constitución de la sociedad en el exterior no impide que se encuentre habilitada para conformar en el país actos aislados y litigar, toda vez que se encuentra autorizada

En caso de suscitarse alguna controversia vinculada a tales actos, el art. 122 establece que se citará a la sociedad a juicio por medio del apoderado o representante que hubiere intervenido en dicho contrato o acto.

## 2.– Anteproyecto de Reforma de la Ley 19.550. Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado

El Anteproyecto de Reforma de la ley 19.550 somete la “existencia, forma, validez intrínseca, atribución de personalidad jurídica, finalidad, capacidad, funcionamiento, disolución, derechos y obligaciones de los socios...”, de la sociedad constituida en el extranjero, a las leyes del lugar de constitución (art.118).

El alcance del tipo legal de la norma coincide con el art. 52 del Proyecto de Código de DIPr., contenido en el Capítulo III sobre “Personas Jurídicas de Derecho Privado y Sociedades”. El mismo dispone que “las personas jurídicas de derecho privado y las sociedades, aunque no sean personas jurídicas, se rigen en cuanto a su existencia, forma, validez intrínseca, atribución de personalidad jurídica, finalidad, capacidad, funcionamiento y disolución por el derecho del lugar de constitución. Por el mismo derecho se rigen los derechos y las obligaciones de los miembros o socios”.

Ambas normas de conflicto utilizan como punto de conexión el lugar de constitución, el cual, conforme ha sido expresado, “no se refiere al lugar donde se celebra el acto jurídico privado originario de la entidad” sino “el país donde la entidad ha cumplido con las formalidades prescriptas por las leyes allí vigentes, para obtener de los poderes públicos el reconocimiento de su personalidad jurídica”<sup>50</sup>.

No obstante la coincidencia, es dable advertir que el tipo legal del art. 52 es más amplio que el del 118 del Anteproyecto, al incluir a las *personas de derecho privado y a las sociedades que no sean personas jurídicas*, y que el derecho declarado aplicable –lugar de constitución– resulta desplazado cuando dichas entidades desarrollen exclusivamente su objeto en la República. Esta interpretación surge de lo dispuesto imperativamente en la segunda parte del artículo citado: “las personas jurídicas de derecho privado y las sociedades cuyo objeto se desarrolle exclusivamente en la República, deben constituirse en el país”.

A los efectos de evitar el problema de las calificaciones, el Proyecto de Código de DIPr. en el art. 6, brinda las definiciones de los términos empleados en el mismo, disponiendo en el inc. f., que “...lugar de constitución de las personas jurídicas y sociedades es el del registro; en su defecto, el lugar donde se llevó a cabo el acto unilateral constitutivo o donde se produjo el acuerdo de voluntades...”.

El artículo 118 del Anteproyecto de Reforma de la LSC, no habla ya de “actos aislados”, sino que hace referencia a la facultad de las sociedades extranjeras de realizar “actos jurídicos”. Dispone así, que “Se halla habilitada para realizar en el país actos jurídicos y estar en juicio...”<sup>51</sup>.

---

por lo dispuesto por el art. 118 ley 19550. Con ello, el representante y apoderado de la sucursal en la República Argentina de la sociedad se halla legitimado para querellar (Arts. 118 a 124 Ley de Sociedades Comerciales). En consecuencia, corresponde confirmar la resolución que rechaza la excepción de falta de acción intentada por la defensa.

<sup>50</sup> KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, 4° Ed., p. 425.

<sup>51</sup> ARTÍCULO 118.– Ley aplicable. La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia, forma, validez intrínseca, atribución de personalidad jurídica, finalidad, capaci-

Por su parte, el Proyecto de Código de DIPr, establece en su art. 54 que "...las sociedades constituidas en el extranjero que no tengan establecimiento en la República, se hallan habilitadas para realizar en el país *actos jurídicos* y para comparecer en juicio sin que sea necesaria registración o publicidad".

Aparecen notables diferencias con el régimen en vigor, pues el Anteproyecto de Reforma de la LSC, elimina la noción de *actos aislados* y se refiere en forma genérica a *actos jurídicos*. Cabe señalar que existe coincidencia con la regulación del Proyecto de Código de DIPr, que en el art. 53 in fine establece: "...Las fundaciones y asociaciones civiles constituidas en el extranjero que no tengan sede en la República se hallan habilitadas para realizar en el país *actos jurídicos* y para comparecer en juicio sin que sea necesaria registración o publicidad".

En este aspecto, para parte de la doctrina,<sup>52</sup> "la noción de *acto jurídico* resulta sumamente laxa, inconvenientemente amplia, quizás hasta imprecisa, y puede ocasionar interpretaciones que más que brindar una solución, impliquen la aparición de un nuevo problema". La eliminación de la noción del *acto aislado*, es harto discutible y mantendrá un debate que además de previsible, puede aparecer como un elemento que contribuya a su profundización.

### 3.- Actos aislados

Reviste vital importancia determinar los límites entre los que se consideran "actos aislados" y aquellos que no revisten dicha calidad, lo que acarrea diferentes consecuencias en relación al sometimiento o no al régimen de contralor y registral establecido en nuestro país.

Se ha tornado controvertido, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, definir qué es un acto aislado. La dificultad principal radica en que la propia ley no suministra criterios y/o parámetros suficientemente claros para determinar lo que se considera "acto aislado", y a los fines de su delimitación "*existen en la Argentina ciertas reglas o principios sugestivos y ejemplificativos, más que definitivos*"<sup>53</sup>, es decir, es una cuestión cuya delimitación depende en la mayoría de los casos –y desafortunadamente– de la casuística.

Generalmente se entiende que "actos aislados" deben definirse por exclusión, como aquellos actos que no generan una relación o vinculación de carácter permanente con el país.

---

dad, funcionamiento, disolución, derechos y obligaciones de los socios, por las leyes del lugar de constitución. Se halla habilitada para realizar en el país actos jurídicos y estar en juicio.

Ejercicio del comercio. Para instalar establecimiento en la República, debe:

- 1) Acreditar su existencia con arreglo a las leyes del lugar de su constitución;
- 2) fijar un domicilio en la jurisdicción donde se establezca, que tendrá los efectos dispuestos en el artículo 11, inciso 2;
- 3) Designar la persona que las representa;
- 4) Cumplir con la publicidad y registración exigidas por esta ley a las sociedades que se constituyan en la República.

Tipo desconocido. La sociedad constituida en el extranjero bajo un tipo desconocido por las leyes de la República, cumplirá las formalidades que se determinen por la autoridad a cargo de la inscripción, con sujeción al criterio de la razonable analogía".

BAEZ PEÑA WURTG, VERA M./ CÁRDENAS, CAMILA / FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L. / MEDINA, FLAVIA / RODRIGUEZ, MÓNICA S./ SCOTTI, LUCIANA B., Ponencia presentada en el XII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, 28 y 29 de abril de 2005, Colegio de Abogados de San Isidro.

BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Lexis Nexis, 4° Ed., p.628.

Así, según este criterio, serían actos aislados la compra de acciones con exclusivos fines especulativos o de inversión, o en cantidades ínfimas que no posibilitan de hecho influencia alguna en la voluntad social de la sociedad argentina preconstituida<sup>54</sup>.

Por el contrario, todos aquellos actos realizados por sociedades extranjeras que adquieran carácter de permanencia o habitualidad, quedan excluidos del supuesto de hecho previsto en el art. 118, 2º párr., resultando aplicables el párrafo 3º del art. citado o bien el art. 124 del mismo cuerpo legal, según corresponda.

En el fallo “Rolyfar SA c/ Confecciones Poza SACIFI”<sup>55</sup>, CNCiv., Sala F del 05/06/2003, no se hizo lugar a una demanda por la que el cesionario de una sociedad extranjera no inscrita en la República Argentina inició la ejecución de un mutuo hipotecario, ya que la sociedad extranjera figuraba como acreedor de varias hipotecas, no constituyendo su actuación en el país un acto aislado<sup>56</sup>. Esa jurisprudencia estableció: “...es imposible precisar lo que debe entenderse por actos aislados, resultando también imposible prever la infinidad de situaciones factibles de ser así consideradas, por lo que la ley 19.550 no lo define y no podría llegar a precisarlo, correspondiendo a la autoridad administrativa de control o al juez, llegado el caso, apreciar si el acto es realmente independiente, particular o accidental. Si bien la ley 19.550 no define el acto aislado, no existe en la doctrina y en la jurisprudencia una posición uniforme respecto del concepto; aunque, contraponiéndolo al del ejercicio habitual, es dable compartir el criterio que sostiene que el supuesto de acto aislado debe apreciarse con criterio realista y restrictivo...”.

La Corte Suprema con fecha posterior, en la misma causa, manda dictar nuevo pronunciamiento pero sin referirse a cuestiones de fondo, como por ejemplo qué se entiende por acto aislado<sup>57</sup>.

La Fiscal General, en el fallo “Inspección General de Justicia v. Bryce Services Corp., dictaminó que la compra de diecinueve unidades y veinticinco unidades complementarias en un edificio de gran envergadura por parte de la Sociedad extranjera Bryce Services Corp., sumado a la circunstancia de que las unidades adquiridas no hayan sido revendidas inmediatamente, sino que se otorgaran amplios poderes a los fines de su administración y comercialización, supone que los inmuebles fueron adquiridos con fines comerciales, y ello es demostrativo de un grado de permanencia que excede el concepto de “acto aislado”.

En una situación similar a la anterior, se dictó sustancialmente igual resolución. La I.G.J. en uso de las atribuciones conferidas por los artículos 6º y 8º<sup>58</sup> de la ley 22.315, y al

<sup>54</sup> Cam.Nac.Com. Sala C, 21–3–78, A.G. Mc Kee Argentina S.A., *L.L.*, 1978–B–349.

<sup>55</sup> Rolyfar S.A. c/ Confecciones Poza S.A.C.I.F.I. s/ Ejecución Hipotecaria, *ED, Diario* del 11/10/03

<sup>56</sup> *La Ley on Line, Suplemento Especial, “Sociedades Extranjeras”,* Noviembre 2003; *La Ley*, 2003-D, 533-Imp 2003-23, 174.

<sup>57</sup> Cfr. VÍTOLO, DANIEL R., “Sociedad Constituida en el Extranjero, realización de actos Aislados y Capacidad para estar en Juicio”, *LL*, 9/10/04, p. 1 y sig.

<sup>58</sup> Artículo 8. La Inspección General de Justicia tiene las funciones siguientes, con respecto a las sociedades constituidas en el extranjero que hagan en el país ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente:

a) controlar y conformar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 118 de la Ley de Sociedades Comerciales y determinar las formalidades a cumplir en el caso del artículo 119 de la misma ley;

artículo 3<sup>o</sup><sup>59</sup> de la Resolución General IGJ N° 8/2003, dispuso la realización de algunas medidas de investigación, a los fines de analizar los instrumentos remitidos a ese Organismo por el Registro de la Propiedad Inmueble en los cuales había intervenido una sociedad extranjera invocando la celebración de un acto aislado en la República Argentina. Así, de la documentación obrante surgió que con fecha 1 de Septiembre de 2004, por escritura 110 del 28 de Junio de 2004, se instrumentó la compraventa de un inmueble sito en la calle Martínez Rosas 1075 de la Ciudad de Buenos Aires, siendo adquirente del mismo la sociedad extranjera denominada “CIAAPARVILLE S.A.”<sup>60</sup>, inscrita en la República Oriental del Uruguay el 18 de junio de 2003, con domicilio en la calle 33 N° 1374 y representada por el Sr. S.T., argentino, en su carácter de presidente de dicha sociedad; la operación se realizó por la suma de U\$S 40.000, manifestando la sociedad adquirente, en la aludida escritura, que se trataba de un acto aislado en los términos del artículo 118 de la ley 19.550.

b) fiscalizar permanentemente el funcionamiento, la disolución y la liquidación de las agencias y sucursales de sociedades constituidas en el extranjero y ejercer las facultades y funciones enunciadas en el artículo 7, incisos a, b, c, e y f de la presente ley.

Artículo 3. La Inspección General de Justicia analizará la información obrante en el Registro, a los fines de determinar aquellos supuestos en los cuales, por la reiteración de los actos, su significación económica, destino de los bienes u otras circunstancias relativas a su celebración, sea posible advertir elementos caracterizantes de una actuación habitual o principal de parte de la sociedad constituida en el extranjero que participó en los mismos. Complementariamente y a los fines indicados, podrá:

1) Requerir otra información relacionada con el acto o actos, conjunta o indistintamente, a:

a) Quien o quienes, en representación de la sociedad constituida en el extranjero, hayan intervenido en el acto o actos calificados de “aislados” o similarmente. Respecto de dichos representantes, la información podrá hacerse extensiva, además, a la presentación de los elementos contemplados en el artículo 1, incisos 1) y 2) de la Resolución General I.G.J. N° 7/03, si a criterio de la Inspección General de Justicia, el domicilio de origen de la sociedad sito en país o territorio de baja o nula tributación y/o la importancia económica del acto o el destino de los bienes y/o la reiteración de actos, permitieren presumir fundadamente la probable configuración de cualquiera de los supuestos contemplados por los artículos 118, párrafo tercero y 124, de la Ley N° 19.550. El silencio frente al requerimiento, si el representante fue efectivamente habido, podrá ser interpretado como manifestación de voluntad en los alcances del artículo 919 del Código Civil, en aquellos casos en los que el requerido hubiere representado a la sociedad en una pluralidad de actos.

b) El escribano interviniente, en su caso;

c) Quienes aparezcan como vendedores de los bienes o deudores por obligación con garantía hipotecaria;

d) Los cedentes de derechos hipotecarios;

e) La Administración Federal de Ingresos Públicos, limitada a la información que en su caso hubiere sido presentada a la misma, a los fines del cumplimiento del régimen informativo establecido por la Resolución General N° 1375/ 02 y sus complementarias con respecto al año calendario o período menor que corresponda, inmediatamente posteriores a la fecha de realización del acto o actos;

f) La administración del consorcio de copropietarios a que corresponda el inmueble.

2) Realizar por sí o en coordinación con otros organismos, inspecciones sobre los bienes inmuebles, con el objeto de establecer su destino y condiciones de utilización económica y, en su caso, la ubicación de la sede efectiva de la dirección o administración de la sociedad.

<sup>60</sup> Resolución I.G.J. N° 1165 Bs.As.,03-11-05. (<http://diarioelaccionista.com.ar/index.php?id=3978&f=2006-02-03&sec35ed9f8dcfc4e9>).

Encuadrada legalmente la actuación de dicho ente en nuestro país, y con los mismos fundamentos vertidos en el Caso Bryce Services Corp., la I.G.J. resolvió: “En el entendimiento que, atento las características que ofrece la adquisición del inmueble de la calle Martínez Rosas 1075 de esta Ciudad por parte de la sociedad extranjera “CIA APARVILLE SOCIEDAD ANÓNIMA”, excede el concepto de *acto aislado* previsto por el artículo 118 de la ley 19550, corresponde intimar a dicha sociedad, en la persona de su representante en la Argentina, a los fines de que proceda, dentro de los treinta días de notificada la presente, a cumplir con lo dispuesto por el artículo 8° de la Resolución General N° 2/05<sup>61</sup> y por la Resolución General 12/03<sup>62</sup>”.

En general, la doctrina concuerda en que cada actuación de una sociedad extranjera debe ser analizada en el caso concreto a fin de poder determinar si se trata o no de un acto aislado. Como no existe un límite legal establecido, la delimitación deviene inevitablemente casuística. De ahí que adquieren especial relevancia las funciones ejercidas por la I.G.J., en orden a encuadrar los actos realizados por las sociedades extranjeras como actividad habitual.

De lo expuesto puede entreverse que la caracterización de actos aislados conforme a la legislación vigente, lejos de ser un tema resuelto, resulta hoy una cuestión sumamente controvertida, a pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina por intentar deslindar sus presupuestos. Lo cierto es que hoy las sociedades extranjeras que realicen actos aislados en el país se encontrarán a merced de la interpretación que los jueces realicen de su actuación, en el caso de plantearse una controversia en tomo al ejercicio de sus derechos, y a la interpretación que realicen autoridades administrativas, en el caso de adquirir bienes inmuebles.

La solución de fondo sigue sin aparecer. Ello da lugar a una gran inseguridad jurídica que probablemente tendrá por efecto desviar las inversiones extranjeras hacia otros países en los cuales la legislación aplicable a sociedades extranjeras en la realización de actos aislados resulte claramente delineada y fácilmente cognoscible por los participantes de ese mercado.

### III.- Inspección General de Justicia – Resoluciones Generales

Las resoluciones de I.G.J., fiscalizan las sociedades constituídas en el extranjero, imponiéndoles una serie de requisitos para el desarrollo de su actuación en el país. Las mismas han producido modificaciones en el modo de operar del organismo de contralor, innovando en su accionar al denegar numerosos pedidos de inscripción de sociedades sosteniendo que éstas no reunían los requisitos contemplados por la ley, o más aún, no respondían al espíritu que la ley tuvo en miras al dictar la norma.

Estas controversias sin duda provocan un fuerte impacto en el medio jurídico-económico, plasmándose en una gran cantidad de resoluciones negatorias dictadas por la IGJ a partir de

<sup>61</sup> Sociedades constituida en el extranjero Sociedades “off shore”: Improcedencia de su inscripción en el Registro Público de Comercio a los efectos de los arts. 118, párr. 3° y 123 ley 19.550. Publicada en el *Boletín Oficial* del 17-02-2005.

<sup>62</sup> Resolución General 12/03, I.G.J Sociedades constituídas en el extranjero (*B.O.* 4/12/03). Procedimientos y requisitos de adecuación al derecho argentino mediante su regularización, de las sociedades constituídas en el extranjero cuyo encuadramiento en el art. 124 de la ley N° 19.550 haya sido determinado por la Inspección General de Justicia. Presentación de dichas sociedades para su inscripción en el Registro Público de Comercio.

la nueva gestión, enfrentadas a los correspondientes reclamos jurídicos planteados por quienes se consideran afectados por dichos decisorios.

Antes que nada, es necesario aclarar que si bien la I.G.J., es un organismo nacional de contralor del régimen societario, dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, e integrante del Poder Ejecutivo Nacional, sus resoluciones sólo tienen vigencia en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Bs. As. (en virtud de que cada una de las Provincias tiene su propia autoridad administrativa societaria), dichas resoluciones han dado lugar a las denominadas “resoluciones espejo” que han dictado las Provincias, presentándose un panorama normativo nacional disímil, poblado de exigencias de diferentes requisitos y formalidades respecto de una misma realidad.<sup>63</sup>

Así, para dotar de un mayor control a las actividades efectuadas en el país por sociedades extranjeras se dictaron varias Resoluciones Generales por parte de la I.G.J., entre ellas, Resolución General I.G.J. N° 7/2003<sup>64</sup>; Resolución General I.G.J. N° 8/2003; Resolución General I.G.J. N° 9/2003<sup>65</sup>; Resolución General I.G.J. N° 11/2003<sup>66</sup>; Resolución General I.G.J. N° 12/2003; Resolución General I.G.J. N° 2/2005; Resolución General I.G.J. N° 03/2005<sup>67</sup>; Resolución General I.G.J. N° 04/2005<sup>68</sup>; Resolución General I.G.J. N° 5/2005<sup>69</sup>; Resolución General I.G.J. N° 6/2005<sup>70</sup>; Resolución General I.G.J. N° 7/2005<sup>71</sup>; las cuales establecen una serie de requisitos con el fin de:

---

<sup>63</sup> Entre otras, podemos mencionar, la Resolución N° 2 del 15/06/2.004 de la Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Córdoba, y la Resolución N° 321 de fecha 20/4/04 de la Dirección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe.

<sup>64</sup> Resolución General 7/03 I.G.J., Sociedades constituidas en el extranjero. Requisitos (*B.O.* 25/9/03). Requisitos a cumplir por las sociedades mencionadas que soliciten su inscripción en el Registro Público de Comercio.

<sup>65</sup> Resolución General 9/03, I.G.J., Sociedades constituidas en el extranjero (*B.O.* 17/11/03). Inscripción en el Registro Público de Comercio de reformas estatutarias o contractuales, variaciones de capital, modificaciones relativas a la persona del representante registrado y a la fecha de cierre de sus estados contables y cambio de sede social.

<sup>66</sup> Resolución General 11/03, I.G.J., Sociedades comerciales (*B.O.* 17/11/03) Inscripción de la cesación por renuncia de las personas que ocupen los cargos de Directores de sociedades anónimas, administradores de otros tipos de sociedades regularmente constituidas y representantes de sociedades constituidas en el extranjero, inscriptas a los fines del art. 118, párr. tercero, de la Ley N° 19.550. Procedimiento *B.O.* 25/9/03.

<sup>67</sup> Inscripción conforme arts 118 tercer párrafo y 123 de la Ley 19.550. identificación de accionistas, apoderados en asambleas. Identificación de fideicomisos. Negativa o imposibilidad de la identificación obsta la inscripción Boletín Oficial, 10 de Marzo de 2005 B360093 2005 04 00 0649.

<sup>68</sup> Normas reglamentarias de resguardo de la eficacia del régimen normativo previsto en la ley 19.550, tanto para el emplazamiento de dichas sociedades como a la legitimación y publicidad del ejercicio de derechos por parte de las mismas. *B.O.* 06/04/2005.

<sup>69</sup> *Boletín Oficial*, 27de abril de 2005. Inscripción de las Sociedades Extranjeras en el Registro Público de Comercio.

<sup>70</sup> *Boletín Oficial*, 31 de Mayo de 2005 B360096 2005 07 00 1329. IGJ–Sociedad Extranjera–Deberes Formales–Prórroga del plazo.

<sup>71</sup> La I.G.J., en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la Resol 7/2005 recopiló todas las normas vigentes en sede administrativa de la I.G.J., referidas a las sociedades constituidas en el extranjero.

1. Identificar a los verdaderos propietarios de los paquetes accionarios en caso de inversiones extranjeras determinando su origen, fijando su responsabilidad y combatiendo su enmascaramiento a través de personas jurídicas interpuestas (R.G. 7/2003);

2. Registrar los actos aislados cumplidos por sociedades constituidas en el extranjero respecto de bienes inmuebles (R.G. 8/2003);

3. Verificar en forma efectiva la sede social y el lugar de asiento de los negocios (R.G. 6/2004);

4. Controlar fundaciones y asociaciones civiles sin fines de lucro que, utilizando las franquicias de tales, realizan indirectamente una actividad comercial y lucrativa (R.G. 7/2004, 9/2004);

5. Controlar la actuación de los representantes de estos entes en la Argentina (R.G. 11/2003);

6. Limitar la utilización de estructuras off shore (R.G. 2/2005)<sup>72</sup>.

Cabe aclarar que la Resolución General de la IGJ 7/2005 recopiló todas las normas vigentes en sede administrativa de la I.G.J. En su capítulo III, Art. 229 al 236, regulan lo atinente a la información, análisis, medidas, etc provenientes de sociedades que actúen esporádicamente en la República, todo lo cual, ya había sido establecido por la Resolución N° 8/03., que instituyó un *registro de actos aislados*<sup>73</sup>. En virtud de las facultades de fiscalización atribuidas a la I.G.J. por el art. 6 de la ley 22.315, se la autoriza a verificar la pertinencia de la calificación de “acto aislado”, o similar, atribuida a determinadas operaciones realizadas en el país por sociedades extranjeras, pudiendo requerir información –por escrito o mediante comparecencia personal– de aquéllos que han intervenido en el acto, realizar por sí o en coordinación con otros organ-

<sup>72</sup> JUNYENT BAS, FRANCISCO, “La definición de la personalidad en el caso de las sociedades extranjeras”, *Suplemento especial de La Ley “Sociedades ante la I.G.J.” Ed. La Ley*, 2005, p. 41.

<sup>73</sup> El tema ha suscitado a la autorizada doctrina nacional a discutir en extenso, desarrollándose un amplio debate:

(1) *En contra* de lo dispuesto por la resolución: RIVERA, JULIO CÉSAR “Las garantías de la propiedad y del acceso a la justicia para las sociedades constituidas en el extranjero. Comentario a una sentencia de la Corte de Casación francesa.” *LL*, 2005–A, 950. “La Resolución 8 de la IGJ, crea el desopilante registro de actos aislados de sociedades constituidas en el extranjero, sobre cuya inconstitucionalidad ni hace falta argumentar, porque que el mismo Registro cree un Registro de actos jurídicos es sencillamente increíble.”, “Algunas reflexiones acerca del registro de actos aislados de sociedades constituidas en el extranjero. Resolución general 8/2003 de la I.G.J. *Sup.Esp. Sociedades Comerciales* 2004 (diciembre), 28. “En nuestra opinión este *modus operandi* no se ajusta a la normativa vigente, toda vez que no integra la facultad calificadora del registrador inmobiliario –arg. ley 17.801, decreto 2080/80, decreto 451/99– la de constatar el cumplimiento del art. 118 de la L.S.C. No obstante ello, la resolución 8/2003 de la I.G.J. viene a consolidar –en lugar de extirpar– esta práctica registral “contra legem”. Pareciera que el Organismo de marras ha excedido su competencia administrativa imponiendo “formas” e “inscripciones registrales” a actos jurídicos que –por imperio constitucional: Arts. 14, 20, 75, inc. 12º, etc. están reservadas al Poder Legislativo.” Cfr. MANÓVIL, RAFAEL M., “Una lectura crítica de la resolución Inspección General de Justicia 2/2005”, *LL*, 2005–B, 1090. ROCA, EDUARDO A., “La Inspección General de Personas Jurídicas y la representación de las sociedades extranjeras”, *LL*, 2002–C, 959. MAMULIÁN, NICOLÁS – BARREDO, FEDERICO A., “La inviolabilidad del derecho de propiedad de los extranjeros”, *LL*, 16/09/2004, 7. DÍAZ ROBLEDO, FABIÁN, “Sociedades extranjeras. Resoluciones 7 y 8 de la I.G.J.”, *LL*, 2004–B, 1103. ERIZE, LUIS ALBERTO, “Las sociedades extranjeras: nuevos requisitos para el ejercicio de los derechos de los inversores”, *LL*, 2003–F, 1331. PAOLANTONIO, MARTÍN, “La necesidad de acotar el “activismo” de la Inspección General de Justicia:

mos inspecciones en el inmueble, etc. Asimismo, busca combatir, entre otros, la legitimación de activos de origen ilícito, la evasión o elusión tributaria mediante la planificación fiscal internacional, la trasgresión de normas indisponibles en materia de derecho de familia y sucesorio, la limitación de la responsabilidad patrimonial, etc.<sup>74</sup>.

Expresa, además, que la calificación de “aislado” de un acto no puede quedar librada a la manifestación de las partes, ni a las resultas de la actividad de las mismas en controversias

el caso “Jasler S.A.”, *LL*, 2004–A, 1476. LÓPEZ TILLI, ALEJANDRO M., “Las sociedades extranjeras a la luz de las recientes resoluciones de la Inspección General de Justicia”, *ED*, 205–969. RAMAYO, RAÚL ALBERTO, “La Transformación de una Sociedad Comercial Extranjera en Sociedad Local”, *ED*, 206–871. MONTELEONE LANFRANCO, ALEJANDRO P., “Breve glosa a la Resolución 7/2003 de la Inspección General de Justicia”, *LL*, 2004–B, 1044. STRATTA, ALICIA JOSEFINA, “La regulación de las sociedades extranjeras por la Inspección General de Justicia”, Buenos Aires 2004, *EL DERECHO Colección Académica*. TRUFFAT, E. DANIEL, “Resolución General IGJ 7/2003: ¿Nuevos vientos o un huracán, en el tratamiento de las Sociedades Extranjeras”, *Sociedades Extranjeras. Ed El Derecho*, Buenos Aires 2004, p. 89.

(II) *A favor* de lo dispuesto por la Resolución 8/2003: NISSEN, RICARDO A., “Necesarias aclaraciones sobre la labor de la Inspección General de Justicia y la Resolución General IGJ N° 8/2003”, en *LL*, 29/12/2004, 1.” Quien creó el Registro de Actos Aislados, conforme los términos de la Resolución General N° 8/2003 no ha sido el Registro Público de Comercio, sino la Inspección General de Justicia, la que, como organismo integrante del Poder Ejecutivo Nacional, tiene indudables potestades reglamentarias delegadas dentro de su competencia, a tenor de lo expresamente dispuesto por el art. 99 inc. 2° de la Constitución Nacional y por el art. 21 inc. b) de la ley 22.315, con lo cual, su afirmación sobre la supuesta inconstitucionalidad de aquella resolución –además de no haber sido pronunciada por ningún tribunal y habiendo ya transcurrido mas de un año desde la publicación de esa normativa– carece de todo sustento legal. la Inspección General de Justicia se encuentra legalmente autorizada a crear registros de datos, en tanto el art. 22 de la ley 25.326, de “Habeas Data” expresamente dispone que “Las normas sobre creación, modificación o supresión de archivos, registros o bancos de datos pertenecientes a organismos públicos deben hacerse por medio de disposición publicada en el Boletín oficial o diario oficial”, de manera tal que lo único desopilante en todo esta cuestión lo constituyen las opiniones de RIVERA quien, a pesar de su condición académica, exhibe una notoria confusión en materia de derecho registral mercantil.” HIGHTON, FEDERICO R., “Sociedades extranjeras: Restricción a la inscripción de las que carezcan de arraigo en su país de origen (resolución general IGJ. 7/2003). Registro de actos aislados que realicen en el país las no inscriptas (resolución general IGJ. 8/2003)”, *JA* 2003–IV–1535. “Ello no significa modificar por vía reglamentaria el art. 118 ley 19550, porque no se está exigiendo la inscripción de la sociedad que realiza un acto aislado sino la del acto que realiza”. Cfr: JUNYENT BAS, FRANCISCO, “La definición de la personalidad en el caso de las sociedades extranjeras”. *Sup.Esp.Sociedades*”, *La Le* 26 abril 2005. FAVIER DUBOIS (H.), EDUARDO M., “La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades “off shore”, *LL*, 2005–B, 1028. GRISPO, JORGE DANIEL Y SCIGLITANO, NATALIA LAURA, “Sociedades Extranjeras. Resoluciones de la IGJ. Jurisprudencia administrativa y Judicial”. Buenos Aires 2005, *Ed LA LEY*. RICHARD, EFRAIN HUGO, “La actuación de Sociedades constituidas en el extranjero. A propósito de la resolución 7/03 de la IGJ”. En “*Sociedades Extranjeras*”, *Ed El Derecho*, Buenos Aires 2004, p. 54. VÍTOLO, DANIEL ROQUE, “La Sociedad constituida en el extranjero que no se encuentra inscripta en la Republica Argentina”. En “*Sociedades Extranjeras*”, *Ed El Derecho*, Buenos Aires 2004, p. 63. MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., “Sociedades Extranjeras: ¡se acabó la fiesta!”. En “*Sociedades Extranjeras*”, *Ed. El Derecho*, Buenos Aires, 2004, p.103.

NISSEN, RICARDO A., “Necesarias aclaraciones sobre la labor de la Inspección General de Justicia y la Resolución General IGJ N° 8/2003”. En *LL*, 29/12/2004, 1. “Lo que se tuvo en

judiciales, toda vez que, en caso de que esa calificación no fuera veraz, se frustraría el régimen legal instituido para las sociedades constituidas en el extranjero.

Conforme ha sido expresado precedentemente, el registro se refiere a los inmuebles inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, pero con la intención de extenderlo a operaciones relativas a otros bienes y a otras jurisdicciones.

A los fines del registro, la I.G.J. “cruzarán” información con el registro inmobiliario, AFIP, bancos y otras instituciones, o la recabará directamente de inspecciones *in situ* o requerimientos a los representantes de las sociedades o terceros.

De esta manera le será posible a la I.G.J. determinar si la actuación de la sociedad en el territorio del país es aislada (art. 118 segundo párrafo), habitual (art 118 tercer párrafo) o principal (art. 124 LS). En caso de que a criterio de la I.G.J. la actuación de la sociedad no sea aislada, emplazará a la misma para que cumpla con la inscripción del art. 118, o se adecue a nuestra ley societaria conforme el art. 124, según sea el caso, bajo apercibimiento de solicitar judicialmente la liquidación y disolución de la sociedad cuando correspondiere<sup>75</sup>.

La resolución I.G.J. 8/2003 si bien trasunta una clara intención de evitar que el uso de sociedades foráneas sea un vehículo de fraude a la ley argentina, genera la potencialidad de inseguridad jurídica. “No es posible que actos posteriores de una sociedad le hagan perder la caracterización de una “actuación aislada” con efectos retroactivos”<sup>76</sup>.

#### **IV.– Dictamen de la Fiscal General en el Fallo “Inspección General de Justicia v. Bryce Services Corp.”**

En el fallo bajo comentario, la Sra. Fiscal General emite un extenso dictamen en relación a la expresión de agravios de la Sociedad Bryce Services Corp. (detallados supra en el punto I), en virtud de lo cual determina que dichos agravios no pueden prosperar, en cuanto sostienen que el Inspector General de Justicia se ha excedido en sus funciones. La Fiscal General, con argumentos jurídicos, políticos, económicos y sociales, realiza una defensa, no sólo de la constitucionalidad de las Resoluciones Generales de la IGJ, sino de la utilidad de las mismas como herramientas en contra del lavado de dinero, delitos económicos, evasión

---

cuenta para la creación de ese registro de actos aislados fue el interés general comprometido en la seguridad jurídica de las transacciones, el carácter de orden público de que participa el régimen de extranjería previsto por el ordenamiento societario argentino, la defensa de los intereses de quienes intervienen en el tráfico mercantil local y la necesidad de evitar el tratamiento desigual con respecto a los negociantes locales, en orden a la publicidad de su actuación”.

<sup>75</sup> Critica la posición adoptada por la resolución: RIVERA, JULIO CÉSAR, “Las garantías de la propiedad y del acceso a la justicia para las sociedades constituidas en el extranjero. Comentario a una sentencia de la Corte de Casación Francesa”, *LL*, 2005-A, 950. “A nuestro juicio sería inconstitucional exigir el registro de la sociedad extranjera en los términos del art. 118 LS para legitimarla procesalmente a los efectos de recuperar un crédito. Es que tal requisito no pasaría un test de razonabilidad que se comprueba con una sola consideración; la negativa del registro a incorporar a una persona jurídica extranjera jamás podría traer como consecuencia la privación del derecho de propiedad. Si ha podido prestar, tiene que poder recibir. De otro modo la afectación de la garantía de la propiedad sería ostensible”.

<sup>76</sup> ROVIRA, ALFREDO L., “El concepto de establecimiento como nexo relevante para determinar los recaudos a exigir a las sociedades extranjeras que pretenden actuar en la República”, *Lexis Nexis, JA, SJA* 22-09-2004, ps.13 y 14.

fiscal, fraude a la ley y a los acreedores; y como instrumentos de defensa de la política económica, el orden público y la soberanía nacional. Dichos argumentos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) Sostiene, en primer lugar, que el procedimiento instituido por la RG 8/2003 fue dispuesto en ejercicio de las facultades atribuidas al Inspector General por el art. 3º de la Ley 22.315<sup>77</sup>, que establece la facultad de la I.G.J. de fiscalizar la actuación de sociedades constituidas en el extranjero y el cumplimiento del régimen de publicidad registral establecido en el art. 118 de la LSC. A su vez, la creación de un Registro de Actos Aislados halla respaldo en la atribución del organismo de requerir información para el cumplimiento de sus fines, y dicho Registro cumple con los requisitos establecidos por la ley 25.326<sup>78</sup> de Protección de Datos Personales, ya que son recabados para el cumplimiento de funciones propias de los poderes del Estado;

b) Cita la doctrina de los “poderes inherentes” sentada por la Corte Suprema de los EE.UU., tesis según la cual, otorgado un poder a un organismo, como es el caso de las facultades de fiscalización atribuidas a la Inspección General de Justicia, corresponde entender que se le han dotado todos los poderes implícitos necesarios para el ejercicio del que ha sido expresamente conferido, y sin los cuales, sería sumamente difícil y embarazosa, sino imposible, la ejecución del poder expresamente otorgado;

c) Indica que desde el caso “Delfino A. M. y Cía.”<sup>79</sup>, la Corte Suprema de la Nación ha reconocido la facultad del Poder Ejecutivo o de un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de una ley, siempre que no se altere su espíritu. En el presente caso, la resolución general IGJ. 8/2003 no altera la distinción realizada por el legislador entre las sociedades extranjeras que realizan actos aislados y las que desarrollan actividades comerciales en forma habitual en la Argentina, sino que fija los detalles necesarios para la correcta aplicación de la LSC;

d) Sostiene que el designio de la Resolución General 8/2003 no es instrumentar una cruzada nacionalista en contra de los inversores foráneos, sino que su propósito surge de sus

---

<sup>77</sup> Artículo 3. “La Inspección General de Justicia tiene a su cargo las funciones atribuidas por la legislación pertinente al Registro Público de Comercio, y la fiscalización de las sociedades por acciones excepto la de las sometidas a la Comisión Nacional de Valores, de las constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, de las sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro, de las asociaciones civiles y de las fundaciones”.

<sup>78</sup> Buenos Aires, 4 de Octubre de 2000 Promulgada Parcialmente: 30 de Octubre de 2000. *Boletín Oficial*, 02 de Noviembre de 2000.

Artículo 1. La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal. En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periódicas.

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), Fecha: 20/06/1927, Partes: A. M. Delfino y Cía. Publicado en: Colección de Análisis Jurisprudencial – CS Fallos – Colección de Análisis Jurisprudencial. (Publicado en: [laleynonline@laley.com.ar](mailto:laleynonline@laley.com.ar)).

propios considerandos: 1) velar por los principios de soberanía y control del régimen registral de la ley 19.550; 2) distinguir aquellas sociedades que funcionan efectivamente en el exterior y canalizan sus inversiones productivas, de aquellas cuyo único objeto es la de eludir el derecho argentino; 3) la moralización de la vida empresarial y del tráfico; 4) prevenir la interposición de personas para violar la ley; 5) limitar la eventual legitimación de activos de origen ilícito y la infracción a normas tributarias;

e) Advierte en los últimos tiempos un uso creciente en el país de sociedades “off shore”, a los fines de eludir obligaciones tributarias, las obligaciones derivadas del régimen sucesorio, deberes de asistencia familiar, división de la sociedad conyugal, responsabilidad ante los acreedores y toda clase de simulación y fraude a derechos de terceros; siendo estas sociedades protagonistas en ocasiones de grandes escándalos financieros;

f) Explica la Fiscal General los distintos criterios para distinguir el ahorro tributario lícito del ilícito, y concluye que el ahorro fiscal del contribuyente es considerado inadmisibles cuando éste utiliza formas jurídicas con el único fin de reducir sus impuestos y sin ninguna finalidad comercial. Sostiene que el proceso de verificación creado por la resolución general I.G.J. 8/2003 tiende a desalentar la evasión tributaria, pues permite distinguir aquellas sociedades extranjeras que tienen una real finalidad de inversión –resolución general IGJ. 22/2004– de aquellas que se han constituido con el solo fin de eludir impuestos, o para sustraer bienes de la garantía de los acreedores o del cumplimiento de obligaciones familiares u otras leyes imperativas;

g) A todo ello debe sumarse, sostiene, el flagelo producido por el ingreso al país de activos de origen delictivo, ya que el lavado de dinero trae consecuencias nefastas para las sociedades en que se instala. Sus procesos no encuadran en las leyes de los mercados ni en las sanas prácticas económico-financieras que deben gobernarlos. La influencia política y económica del crimen organizado debilita la estructura social, los estándares éticos de la colectividad y finalmente las instituciones democráticas de la sociedad. A su vez, las facilidades que un país otorgue al ingreso de dinero ilícito serán proporcionales al ingreso de las organizaciones delictivas que los generan: el narcotráfico, la venta ilegal de armas, de seres humanos o de sus órganos, el juego, el contrabando, el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, el financiamiento de actividades terroristas, etc;

Finalmente, la Fiscal presume que la Sociedad Bryce Services Corp. no es una sociedad “bona fide”, es decir aquella que ejerce actividad comercial principal en el exterior y que únicamente ha realizado en el país una compra aislada, en virtud de haber sido constituida en las Islas Vírgenes Británicas –que figura en la “lista negra” de países de baja o nula tributación–, y al no haber demostrado que ejerce actividad alguna en el país de constitución. Todo ello sumado a la significación económica de haber adquirido una cantidad importante de inmuebles, que excede el concepto de “acto aislado”; dictamina en definitiva que el planteo recursivo de la sociedad extranjera frente a la intimación del Inspector General de Justicia debe ser rechazado, lo que así resuelve, en definitiva, el Tribunal.

## **V.– Adquisición de bienes inmuebles situados en la República por sociedades constituidas en el extranjero**

El tratamiento diferenciado que se da en la LSC a los supuestos de actuación de la sociedad extranjera en la República, plantea el problema a la doctrina y jurisprudencia respecto a la adquisición de bienes inmuebles en el país y su encuadramiento como acto

aislado, ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social, o constitución de sociedad.<sup>80</sup>

El tema reviste importancia por tratarse de la adquisición de derechos reales sobre inmuebles en Argentina, materia en la que está en juego, no sólo el derecho de propiedad sino la política del Estado (Nacional, Provincial o Municipal) en el plano fiscal, económico, social, etc.

En general, la doctrina sólo menciona el Fallo Plenario de la Cámara Nacional Civil y Comercial<sup>81</sup> que denegó la inscripción de una hipoteca sobre una propiedad ubicada en el país en el Registro de la Propiedad Inmueble, con la sola transcripción del poder extendido por el representante de la sociedad extranjera, la cual no había sido previamente registrada, entendiéndose que como acreedora hipotecaria debía realizar una serie de actos –conservatorios o ejecutorios– que no encuadraban en la categoría de actos aislados. Se resolvió que en tal caso se estaba en presencia de un ejercicio habitual.

Miccio<sup>82</sup>, al tratar el tema expresa: “Asimismo, consideramos que la adquisición de un inmueble rural puede ser tenido como un acto aislado, no así la explotación de ese inmueble, lo que importa necesariamente actividad habitual”. Por nuestra parte, consideramos que al momento de la inscripción en el Registro Público del instrumento por el que se adquiere el inmueble rural, puede no saberse si será explotado o no por la sociedad extranjera, y si la sociedad no se encuentra registrada en el país, el Estado no podrá controlar si lo hace o no en el futuro.

Lovagnini<sup>83</sup> considera que el supuesto bajo análisis constituye un acto aislado, y por lo tanto, la sociedad extranjera lo puede hacer, cumpliendo con las exigencias de la primera parte del art. 118 de la LSC. Al respecto expresa: “...En cuanto a la sociedad extranjera que desea realizar un acto aislado en el país, como por ejemplo, la compra o venta de un inmueble, la misma está perfectamente habilitada para dicho acto sin tener que cumplir ningún requisito especial, aunque hay algunos autores que entienden, que en ese caso, es necesario la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio y se basan en el antiguo fallo de las Cámaras Civiles de 1920... pero esto hoy no tiene vigencia alguna, ya que el Organismo de Contralor (Inspección General de Justicia), entiende que no es necesario la inscripción de una sociedad extranjera que tiene por único objeto comprar o vender un único inmueble, y la práctica también lo ha demostrado, ya que las sociedades extranjeras pueden comprar o vender un inmueble sin tener que acreditar inscripción alguna ante el Registro Público de Comercio”.

Podemos considerar dentro de esta misma tesitura a Favier Dubois<sup>84</sup> que al tratar el tema de la realización de actos aislados expresa: “...sin aludir exclusivamente a que sean (actos) de comercio, les autoriza a practicar actos civiles sin ningún requisito previo. Ello, sin perjuicio de la vigencia temporaria del Plenario de la Cámara Civil del 30/10/20 vedándoles la adquisi-

<sup>80</sup> URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA / PEREYRA LUIS CRUZ, ob. cit., p. 154.

<sup>81</sup> Cam. Civ. en pleno, 30/10/20, J.A., 6–60. Ver referencia y su vigencia temporaria en: FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (H), “Las Sociedades Constituidas en el extranjero frente a la Ley 19.550”, *Errepar, Doctrina Societaria y Concursal*, Diciembre de 2001.

<sup>82</sup> MICCIO, SILVIA SUSANA, *Sociedades Extranjeras. Actuación Extraterritorial*, D.F. 385–52, p. 52.

<sup>83</sup> LOVAGNINI, RICARDO JOSÉ, “Régimen Jurídico de las Sociedades Extranjeras”, *L.L.* – Año LXII N° 217, 13 de Nov. 1998.

<sup>84</sup> FAVIER DUBOIS (H), EDUARDO M., ob.cit., pág. 165.

ción de inmuebles, lo que determinó la creación pretoriana de inscripciones, en el Registro Público de Comercio, de sociedades extranjeras “al solo efecto de la titularidad inmobiliaria”, que ya no se practican, por no exigirlo el Registro Inmobiliario”.

Quienes afirman que es obligatoria la inscripción de la sociedad adquirente de bienes inmuebles en Argentina, sostienen que, si para adquirir inmuebles por parte de sociedades constituidas en el país se requiere su inscripción, el mismo criterio debe aplicarse para las extranjeras, a fin mantener el principio de igualdad ante la ley. La localización jurídica registral de la sociedad extranjera permite la eficacia frente a cualquier tercero por la titularidad de ese derecho y sus obligaciones y prerrogativas. Una vez efectuada su registración, la misma le servirá para cualquier otra compra o acto jurídico en el país. Así como el contrato está vinculado al Derecho argentino (conf. art. 10, C.C.), debe asegurarse un “centro de gravedad” suficiente, que se logra con la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio<sup>85</sup>.

Al respecto, Iñiguez, expresa que: “debemos hacer explícito la tendencia en constituir sociedades solamente para que sean propietarias de bienes inmuebles, por lo tanto, es un dato de comportamiento social que nos ha motivado para distinguir entre la ley aplicable a la sociedad y seguridad jurídica en el marco de derechos reales. Las vinculaciones internacionales se realizan por la actividad empresaria a través de formas societarias y ponemos el mayor énfasis en recalcarlo, pero como en materia de inmuebles su regulación se hará por la ley del país de situación, es menester considerar ese principio para solicitar su registración, porque su vinculación es real y más estática”<sup>86</sup>.

Rovira<sup>87</sup> entiende que “... debe tenerse en cuenta que aún cuando la sociedad constituida en el extranjero sólo actúe en el país para la adquisición de un inmueble, se considera aún vigente el fallo de las cámaras civiles en pleno del 30/10/1920....”.

La Convención de La Haya concerniente al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras de 1956, permite la reglamentación especial de la adquisición de bienes por parte de una sociedad extranjera en uno de los Estados parte. Esto revela que estos actos no son considerados por la Convención como de capacidad genérica o aislados, sino que recibe un tratamiento especial por el signo de permanencia que caracteriza la conexión real (*rei situs*) de la relación.

El Anteproyecto de Reforma de la LSC y el Proyecto de Código de DIPr, específicamente contemplan el supuesto de la adquisición de inmuebles situados en la República –arts. 123 y 60 respectivamente–, y someten a la sociedad constituida en el extranjero a las mismas exigencias de la constitución o participación en sociedad local: deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio acreditando su existencia con arreglo a las leyes del lugar de su constitución.

## **VI.– El contralor de sociedades constituidas en el extranjero por parte de la Inspección General de Justicia**

Sin perjuicio de los sólidos argumentos sostenidos por la Fiscal General en el fallo “Inspección General de Justicia v. Bryce Services Corp.”, y por más loables que puedan ser

<sup>85</sup> URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA / PEREYRA LUIS CRUZ, ob. cit., p. 184.

<sup>86</sup> IÑIGUEZ, MARCELO DANIEL, “Inscripción de Sociedades Extranjeras para la Adquisición de Bienes Inmuebles en la República Argentina”, *www.latinlex.com/doctrina*, 28/08/2000.

<sup>87</sup> ROVIRA, ALFREDO L., “Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúen en la República”, *L.L.* – T. 155, Sec. Doctrina, p. 983.

los propósitos de las Resoluciones Generales en pos de lograr la justicia, consideramos que ellas no han podido superar las certeras críticas que en su contra han sido formuladas.

En efecto, se ha dicho que la normativa analizada es inconstitucional por violar el sistema de la atribución de competencias, las garantías constitucionales y los principios contenidos en la legislación común y es, además, inidónea por su técnica, lo que produce inútiles inconvenientes en el tráfico sin traer ninguna solución<sup>88</sup>.

Fundamentalmente, se ha atacado la constitucionalidad de las resoluciones generales, ya que en virtud del art. 75 inc. 12 de la Constitución, y en concordancia con el Título preliminar IV del Código de Comercio, la competencia legislativa y de interpretación legal de la legislación mercantil corresponde al Poder Legislativo Nacional. Y si bien se autoriza al Poder Ejecutivo a regular los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley, “no compete al decreto emanado del Poder Ejecutivo integrar la ley para regular relaciones privadas, pues el Poder Ejecutivo carece de atribución para hacer semejante cosa, y esto es así porque la Constitución Nacional no asigna tal atribución en norma alguna, y porque el art. IV del Título Preliminar del Código la reserva –al menos en materia mercantil– sólo al Poder Legislativo”<sup>89</sup>.

La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo ha sido objeto de constante crítica y discusión en nuestro país, fundamentalmente por la práctica sistemática de los gobiernos de turno en los últimos años, de dictado de decretos reglamentarios, pasando por alto el sistema republicano y la división de poderes establecido por la Constitución Nacional. También provoca preocupación, cuando el Poder Ejecutivo delega tal facultad en organismos administrativos – en el tema que nos ocupa, la I.G.J.–, con fundamento en la mejor posición en que se encuentran respecto al legislador, mayores conocimientos respecto al régimen societario, y la celeridad requerida frente a las maniobras realizadas por las sociedades extranjeras.

Mediante esta potestad reglamentaria, la I.G.J. ha emitido resoluciones que legislan decididamente sobre derecho de fondo y modifican principios inspiradores de todo el ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, en la RG 7/2003 se afirma que la presunción de fraude a la ley alcanza a las sociedades extranjeras que pretendan inscribirse o que ya estén inscriptas en el país conforme a los arts. 118 y 123 de la ley 19.550. Por tanto, se exige de ellas, como condición para mantener su status, que acrediten ciertas circunstancias que, a juicio del Inspector General, destruirían dicha presunción<sup>90</sup>. Lo que equivale a decir que, contrariamente al ordenamiento jurídico, en donde es la buena fe lo que se presume, la sociedad extranjera debe destruir una presunción de fraude en su contra, con la cual nuestro país le otorga una “cálida bienvenida”, y con el agravante de que el sujeto pasivo es titular de una legítima personería jurídica otorgada por un Estado extranjero.

Este punto de partida es manifiestamente contrario a los principios generales basilares del ordenamiento, recogidos por la doctrina y jurisprudencia, y excede manifiestamente las facultades del funcionario que la pretende como propia, porque implica arrogarse potestades que la ley solamente otorga al legislador, o en todo caso a los jueces<sup>91</sup>.

Asimismo, la mencionada Resolución General 8/2003, establece un registro no previsto en ley alguna y un sistema policíaco para la determinación de quienes infrinjan la obligación

<sup>88</sup> STRATTA, ALICIA JOSEFINA, *La Regulación de las Sociedades Extranjeras por la Inspección General de Justicia*, Ed. Universitas, 2004, 1º ed., p.105.

<sup>89</sup> CNCCom., Sala D., 26/3/79, en ED, 83-181, citado por ALICIA JOSEFINA STRATTA, Ob. Cit., p. 16.

<sup>90</sup> STRATTA, ALICIA JOSEFINA, ob.cit., p. 11.

<sup>91</sup> STRATTA, ALICIA JOSEFINA, ob.cit., p. 24.

de inscribirse. En consecuencia, si por vía de las presunciones que las mismas resoluciones establecen, llega la Inspección a la conclusión de que una sociedad ha infringido la resolución 7/2003 por considerar que ha reiterado actos, si la intimada no cumple con la obligación creada por la resolución 8/2003, la Inspección podrá solicitar judicialmente la liquidación de los bienes. Evidentemente, estas presunciones exceden las potestades normativas que surgen del principio de la división de poderes y la atribución de funciones<sup>92</sup>.

Lo que ocurre en la práctica entonces, es que la actuación de la autoridad administrativa, teniendo como base la voluntad del funcionario de turno, sus creencias societarias y su ideología, constituye una manifiesta arbitrariedad, provocando un ataque certero a la seguridad y certeza jurídica.

Rovira, frente a la problemática de la inseguridad jurídica en la que Argentina se ha visto inmersa, en cuanto a la actuación local de las sociedades extranjeras mediante los llamados “actos aislados”, critica el esquema de regulación que efectúan los entes de contralor, por considerar que, no obstante los esfuerzos realizados por deslindar los presupuestos, es decir, determinar qué es acto aislado y cuál no lo es, las sociedades que quieran actuar en el país se encuentran a merced de la interpretación que los jueces nacionales realicen de su actuación o, de la que realicen autoridades administrativas en determinados supuestos regulados por estas resoluciones. “Todo ello, expresa, no hará más que atentar contra las inversiones extranjeras desviándolas hacia otros países cuyas legislaciones otorguen una mayor claridad y consecuente seguridad jurídica...”<sup>93</sup>.

Así, el Inspector ha defendido “dictar desde la Inspección General de Justicia normas generales tendientes a eliminar o restringir la constitución y la circulación de ese flagelo denominado ‘sociedades off shore’ en la República”, alegando que nada bueno puede esperarse de esta especie de sociedades” que, según su criterio, “donde aparecen dejan secuelas de víctimas, pues para ello y no para otra cosa han sido inventadas”<sup>94</sup>.

Tal punto de partida es inadmisibles para cualquier país necesitado de inversiones extranjeras como el nuestro, cuya actividad principal, a las puertas del siglo XXI sigue siendo la producción de productos primarios. Los términos “sociedad off shore” o “planeamiento impositivo” no son sinónimos de lavado de dinero, fraude a la ley y evasión fiscal. Y cualquiera que sea el sistema de contralor societario que se adopte, el mundo civilizado no “repele” a la sociedad extranjera, sino que busca las mejores condiciones en que puedan coordinarse los sistemas para realizar operaciones empresarias eficientes.

Como ha sido expresado, las regulaciones de la I.G.J. han sido duramente cuestionada por parte de la doctrina, por entender que el organismo de contralor se ha excedido en sus facultades al exigir, por vía reglamentaria, recaudos que no se encuentran comprendidos en la ley sustancial aplicable. Al mismo tiempo, otro sector de la doctrina defiende la nueva reglamentación<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> STRATTA, ALICIA JOSEFINA, ob. cit., p. 27.

<sup>93</sup> ROVIRA, ALFREDO L., “El concepto de establecimiento...”, ob. cit., como nexa relevante para determinar los recaudos a exigir a las sociedades extranjeras que pretenden actuar en la República” *Lexis Nexis, JA, SJA* 22-09-2004, ps.13 y 14.

<sup>94</sup> NISSEN, RICARDO, “Editorial”, firmado en su carácter de Inspector General de Justicia, en *LL*, 30/12/03, citado por STRATTA, ALICIA JOSEFINA, ob.cit., p. 105.

<sup>95</sup> Así, entre otros, BASZ expresa que “... Ante el escozor que ha provocado en los operadores de las Sociedades ‘Off Shore’, la Resolución 2/2005 de la IGJ, deseo concluir manifestando mi adhesión a la postura de la IGJ, que no ha hecho más que plasmar una necesidad imperiosa de

## VII.- Algunas dudas e inquietudes que genera la vigencia de la nueva normativa reglamentaria sobre sociedades constituidas en el extranjero

Cabe señalar, que todas las Resoluciones Generales de la I.G.J. dictadas a partir del año 2003, no son innovadoras sino reguladoras de normas de fondo preexistentes y de larga data, contenidas en la Ley 19.550. “Lo novedoso, fue la férrea decisión del Director de la I.G.J. de poner en marcha un efectivo contralor sobre las sociedades extranjeras, que impone al Organismo el art. 8º de la Ley 22.315 y que lamentablemente no se había cumplido, al menos, con todo el rigor que corresponde por mandato legal y en defensa de los intereses nacionales, la transparencia del tráfico comercial, descorriendo el velo que cubría actividades fraudulentas en perjuicio del Fisco Nacional y de terceros que se encontraban inermes frente a manejos irresponsables”.<sup>96</sup>

Así, según Ferrara Muñiz, en un marco de estricta legalidad y, en virtud de lo reglado por el art. 3º de la ley 22.315 y arts. 1º, 2º inc. b) y Capítulo III arts. 25 a 28 del Dec. 1493/82, se dictaron las Resoluciones Generales Nº 7/03, 8/03, 11/03, 12/03, 22/04, 2/05, 3/05 y 4/05, y la jurisprudencia establecida en los casos “Sofora Telecomunicaciones S.A.”, “Bolton Group S.A.” y “BRP Holding LLC”, entre otras.

La intención, según los responsables del organismo de contralor, no es perseguir a nadie, sino sincerar el sistema y propiciar las verdaderas inversiones, útiles y productivas al desarrollo del país, desalentando las audacias especulativas y las ficciones “non santas”.

Otro importante asunto tenido en cuenta, según Ferrara Muñiz, es el principio de igualdad ante la ley, consagrado como garantía de rango constitucional. “No parece justo ni sano, que las sociedades extranjeras se encontraran en un plano de desigualdad con las nacionales, sin que se les exigiera lo que en derecho corresponde”.<sup>97</sup>

Según el funcionario de la I.G.J. “pese a los malos augurios de las escasas e infundadas críticas al sistema implantado”, en la actualidad se inscriben más sociedades que antes y, se han incrementado las adecuaciones y demás trámites, triplicando en cantidad, a las cancelaciones registradas hasta el momento, de sociedades que no encontraron salida y dejaron sin efecto la inscripción.

Sin embargo, según los datos que maneja el Ministerio de Justicia de la Nación, la intensidad del control se materializó en los cerca de 7.000 apremios que realizó la IGJ a fines del año 2005 a las entidades que no se “nacionalizaron”, por no acreditar que tenían activos significativos en su país de origen o en otras jurisdicciones. Aseguran desde el mencionado Ministerio, que esa presión provocó que sólo se instalen en la Argentina el 10% de las sociedades extranjeras en comparación con las que lo hicieron en 2002, disminución que no es producto de la falta de inversión, sino una consecuencia de la intensidad de los controles efectuados, dado que sólo se inscriben las verdaderas entidades foráneas y no las ficticias.

Si bien, compartimos los fines morales y ejemplificativos que llevaron a la I.G.J. al dictado de la Resolución general Nº 7/05, la cual recopiló todas las normas vigentes en sede

---

protección de los intereses nacionales, impidiendo la transgresión del ordenamiento jurídico vigente, utilizando el instituto del ‘Fraude a la Ley...’”. BASZ, VICTORIA, “Reflexiones sobre la Resolución 2/2005 de la IGJ”, *infobaeprofesional.com*

<sup>96</sup>FERRARRA MUÑIZ, EMILIO V, Inspector Calificador Legal de la I.G.J., Coordinador Sociedades Extranjeras y Asuntos Especiales, “Sociedades extranjeras. Cumplimiento de las resoluciones de la I.G.J. Vencimiento de los plazos”, <http://www.camsocanon.com/camsocanon/igj.asp>

<sup>97</sup>FERRARA MUÑIZ, EMILIO V, pub. cit.

administrativa de la I.G.J.<sup>98</sup>, no obstante, consideramos que las resoluciones en estudio exceden las facultades de la I.G.J. y las amplias atribuciones reglamentarias que le conceden, tanto la ley 19.550 (arts. 6°, 299 y 300) como la ley 22.315 (art. 8°) y el dec. 1493/82 (arts. 25, 26 y 27).

La resolución 7/05, continúa en la misma línea de las anteriores resoluciones, compilándolas de manera uniforme y al agregar más requisitos a cumplir para las sociedades que actúen en la Capital Federal, se extralimita de la potestad atribuida por la LSC, al exigir a las sociedades constituidas en el extranjero que pretendieren actuar, constituirse, o participar en la jurisdicción de la I.G.J., a cumplimentar con una mayor cantidad de requisitos a la hora de la registración en la dependencia, que los que la misma ley prevé para el caso. En cuanto al Registro de Actos Aislados, creado a través de la Resolución N° 8/03, es una cuestión que nuestra Carta Magna sólo atribuye a los órganos legislativos y no a un organismo administrativo de contralor.

Asimismo, no nos parece legítimo que la I.G.J. tome para sí la facultad de regular el actuar de sociedades off shore, atribución que es privativa del Poder Legislativo Nacional y, por lo tanto, es el que debe poner al alcance de las sociedades extranjeras, todos los elementos necesarios para su acatamiento al orden jurídico argentino, mediante su adecuación conforme al art. 124 de la LSC.

Nos interesa destacar el impacto económico que subyace en las resoluciones de la I.G.J., en cuanto frenan a los posibles caudales de inversión. Es lógico que una sociedad extranjera que pretende establecerse o ejercer actos esporádicos en otro Estado, constata la seguridad jurídica que brinda la legislación en su conjunto y la uniformidad de aplicación de las normas que regularán su actuación.

A nuestro entender, las resoluciones de la I.G.J. y demás organismos de contralor de provincias, lejos de brindar la protección y seguridad que pretenden, incorporan requisitos que la LSC no menciona, confundiendo a las sociedades extranjeras que deseen realizar actos aislados, participar en sociedades locales o instalar representaciones permanentes en Argentina, por tener que observar disposiciones obligatorias distintas dentro de un mismo Estado.

### **VIII.– Reflexiones finales**

El objeto del presente trabajo ha sido el tema de la actuación extraterritorial de sociedades constituidas en el extranjero en la República, en particular, al ejercicio por parte de éstas de actos aislados, en el marco del fallo de la Cámara Nacional Comercial de la Capital Federal, Sala D, en el caso “Inspección General de Justicia v. Bryce Services Corp.” del 28/10/2005, el cual nos ha suministrado el punto de partida para realizar el examen de las disposiciones legislativas aplicables en la materia, y la compatibilidad con las resoluciones adoptadas por la I.G.J., las cuales, al igual que las facultades atribuidas al Inspector General de Justicia, han sido objeto de duras e insistentes críticas que cuestionan su constitucionalidad.

Al respecto consideramos correcto el fallo dictado, en virtud de que la compra de los inmuebles referidos por parte de la sociedad extranjera excedió los límites de lo que puede considerarse “acto aislado”.

---

<sup>98</sup> Entre otras, las N° 7, 8 y 12 de 2003; 22 de 2004; 2, 3 y 4 de 2005; que tienen por objeto regular las cuestiones atinentes a la actuación en el país de sociedades extranjeras, a fin de proceder a su contralor y fiscalización, ya sea que realicen ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, constituyan o participen de sociedad en la República, o tengan su sede o el principal objeto está destinado a cumplirse en Argentina.

Sin embargo, nos permitimos disentir con la Fiscal General, pues por más loables que puedan ser los fines y los valores que pretenden defender las Resoluciones Generales de la I.G.J., consideramos que cualquier acto administrativo que limite los derechos que protegen a la persona física y jurídica, tanto nacional como extranjera, asegurados en la Constitución Nacional y en múltiples tratados internacionales ratificados por nuestro país, como son, entre otros, el de propiedad –garantizado por la Constitución Nacional en su Art. 17–, y el de defensa en juicio de la persona y de los derechos –principio receptado en el Art. 18 de la misma–, lo convierten en inconstitucional. En consecuencia, consideramos que las resoluciones de la I.G.J., pueden afectar y ser contrarias a los principios citados, y limitar el ejercicio de los mismos al momento de la inscripción en el Registro que ella misma se ha encargado de constituir.

Si bien tras el fallo del caso “Inspección General de Justicia v. Bryce Services Corp.”, que consideró que no corresponde recurrir judicialmente las intimaciones que pudiera efectuar la IGJ., en la medida en que constituyen facultades genéricas otorgadas por la ley 22.315, mediante las cuales se advierte sobre el inicio de una acción futura cuyo contenido sería la solicitud de disolución y liquidación de la sociedad infractora, la I.G.J. tuvo luz verde para continuar en su labor fiscalizadora, quedó también en claro que ante las intimaciones de la IGJ para la adecuación de las inscripciones de la sociedad infractora, la misma puede y debe hacer valer sus defensas –para discutir si los actos realizados han sido realmente aislados o si han excedido el ámbito, así como la inconstitucionalidad de las resoluciones–, en el proceso judicial posterior que inicie el organismo.

A fin de mostrar a nuestro país frente al mundo con la seriedad y seguridad jurídica que corresponde, es imprescindible defender la legalidad, la cual no puede ceder ante el fundamento de la celeridad y, menos aún, ante la subjetividad de un funcionario. En consecuencia, es necesario establecer por vía legislativa un sistema registral serio, que sustituya al conflictivo y burocrático actual, a fin de “lograr un equilibrio entre el principio de fomento de las inversiones extranjeras y la razonable potestad de supervisión del Estado donde las personas jurídicas extranjeras desarrollan sus actividades”<sup>99</sup>.

La compatibilidad de las Resoluciones adoptadas por el ente mencionado con la legislación vigente ha despertado el interés de doctrinarios, funcionarios, profesionales, comerciantes y empresarios. El debate que genera la cuestión, dejan entrever la necesidad de un estudio profundo y medurado de la regulación de la actuación extraterritorial de las sociedades comerciales con el objeto de adecuarlas a la nueva realidad del mundo global. En este aspecto, no cabe duda que el interés general comprometido en la seguridad jurídica de los negocios e inversiones internacionales, exige encuadrar correctamente la actuación en la República de las sociedades constituidas en el extranjero, a fin de incentivar la inversión de capitales, pero asegurando la vigencia del orden jurídico societario para evitar el fraude a la ley argentina. En esta tarea, no puede el legislador o la autoridad de contralor, partir de la patología, ya que en nada contribuye a la finalidad misma del instituto que se regula o reglamenta.

Desde esta perspectiva, consideramos que es hora de superar el debate sobre las facultades de la I.G.J. en su función de fiscalización y control, de conformidad a los arts. 6 y 7 de

---

<sup>99</sup> Recomendación de la Sección de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I., en ocasión de las V Jornadas de Derecho Internacional Privado “Sociedades Multinacionales: Constitución y Contralor de funcionamiento”.

la ley 22.315. Al respecto, consideramos que la polémica sobre las facultades reglamentarias de la I.G.J. debe leerse a la luz del art. 99 inc. 2º<sup>100</sup> de la Carta Magna. La doctrina constitucional<sup>101</sup> enseña que el reglamento administrativo es un acto de contenido general, y que cualquiera sea la denominación que en sus respectivas áreas de competencia administrativa emite el poder ejecutivo, el jefe de gabinete, los ministros, y los organismos y reparticiones de la administración pública –en el cual se enmarca la actuación de la IGJ–, las facultades reglamentarias permiten ejercer la función administrativa propia del Estado. De ahí que debe tenerse en claro, que si bien la reglamentación no puede alterar el texto de la ley nacional, la labor de contralor no puede ignorar la verdad jurídica objetiva, lo que constituye una pauta de actuación de todo funcionario del Estado.

Se compartan o no los loables objetivos expuestos en los considerandos de las Resoluciones Generales de la I.G.J., consideramos que es necesario lograr una correcta vinculación de las sociedades constituidas en el extranjero con el ordenamiento jurídico argentino, sin retroceso de las garantías y libertades económicas reconocidas por la Constitución Nacional.

u u

---

<sup>100</sup> Artículo 99. “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (-) 2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias...”.

<sup>101</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, Editorial Ediar, Primera Reimpresión. Tomo 3, Buenos Aires, 2004, p. 243.

---

## LEGISLACIÓN

---

PAGINA 142  
BLANCA

**CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA  
REPUBLICA ARGENTINA**

**PERIODO 01-08-2005 al 11-08-2006**

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.

Ley 26.118	<p><b>1. COMERCIO INTERNACIONAL</b></p> <p><b>2. COMUNICACIONES Y TRANSPORTE</b></p> <p><b>3. COOPERACIÓN CULTURAL, CIENTÍFICA, TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, INDUSTRIAL Y COMERCIAL</b></p> <p>Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial adoptada por la Trigésima Segunda Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO– del 03 de noviembre de 2003. Aprobación Sancción: 05/07/2006 Promulgación: 25/07/2006 B.O.: 27/07/2006</p>
------------	---

Ley 26.120	<p><b>4. COOPERACIÓN FRONTERIZA</b></p> <p><b>5. CURSOS DE AGUAS INTERNACIONALES</b></p> <p><b>6. DERECHO AERONÁUTICO Y ESPACIAL</b></p> <p>Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, adoptado en Nueva York, Estados Unidos de América, el 23 de mayo de 1997, y Protocolo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, adoptados en Kingston, Jamaica, el 27 de marzo de 1998. Aprobación. Sanción: 19/07/2006 Promulgación: 09/08/2006 B.O.: 11/08/2006</p> <p><b>7. DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR</b></p> <p><b>8. DERECHO FISCAL</b></p> <p><b>9. DERECHO HUMANITARIO</b></p> <p><b>10. DERECHOS HUMANOS</b></p> <p>Protocolo de Asunción sobre compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR, suscripto en Asunción el 20 de junio de 2005. Aprobación Sanción: 07/06/06 Promulgación: 30/06/06 B.O.: 03/07/06</p> <p><b>11. DERECHO INTERNACIONAL PENAL</b></p> <p>Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción adoptada en Nueva York (EEUU) el 31 de octubre de 2003. Aprobación Sanción: 10/05/2006 Promulgación: 06/06/2006 B.O.: 09/06/2006</p> <p><b>12. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO</b></p> <p><b>13. DERECHO LABORAL Y SOCIAL</b></p> <p>Convenio con el Reino de los Países Bajos sobre la Exportación Recíproca de Prestaciones de la Seguridad Social, adoptado en Buenos Aires (Rep. Argentina) el 16 de diciembre de 2002. Aprobación Sanción: 17/05/2006 Promulgación: 16/06/2006 B.O.: 21/06/2006</p>
Ley 26.109	
Ley 26.097	
Ley 26.101	

Ley 26.120	<p><b>14. DERECHO MARÍTIMO</b></p> <p>Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, adoptado en Nueva York, Estados Unidos de América, el 23 de mayo de 1997, y Protocolo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, adoptados en Kingston, Jamaica, el 27 de marzo de 1998. Aprobación. Sanción: 19/07/2006 Promulgación: 09/08/2006 B.O.: 11/08/2006</p>
Ley 26.121	<p>Enmiendas al Convenio Constitutivo de la Organización Marítima Internacional (Institucionalización del Comité de Facilitación), adoptadas por Resolución A. 724 (17) de la Asamblea de la Organización Marítima Internacional, el 7 de noviembre de 1991. Aprobación Sanción: 19/07/2006 Promulgación: 09/08/2006 B.O.: 10/08/2006</p>
	<p><b>15. ENERGÍA Y MATERIALES NUCLEARES</b></p>
Ley 26.082	<p><b>16. EXTRADICIÓN</b></p> <p>Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República del Perú, suscripto en Buenos Aires el 11 de junio de 2004. Aprobación Sanción: 22/02/2006 Promulgación: 14/03/2006 B.O.: 15/03/2006</p>
Ley 26.083	<p><b>17. INTEGRACIÓN</b></p> <p>Protocolo para la Adhesión del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) al Acuerdo sobre el Sistema Global de Preferencias Comerciales entre Países en Desarrollo (SGPC), suscripto en Ginebra –Confederación Suiza– el 28 de noviembre de 1997. Aprobación Sanción: 22/02/2006 Promulgación: 14/03/2006 B.O.: 15/03/2006</p>
Ley 26.105	<p>Acuerdo para la Facilitación de Actividades Empresariales en el MERCOSUR, suscripto en Belo Horizonte (Rep. Federativa de Brasil) el 16 de diciembre de 2004. Aprobación Sanción: 07/06/2006 Promulgación: 30/07/2006 B.O.: 03/07/2006</p>
Ley 26.106	<p><b>18. MEDIO AMBIENTE</b></p> <p>Enmienda del Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, adoptada en Beijing (Rep. Popular de China) el 03 de diciembre de 1999. Aprobación Sanción: 07/06/2006 Promulgación: 30/06/2006 B.O.: 03/07/2006</p>
Ley 26.107	<p>Acuerdo sobre la Conservación de Albatros y Petreles, suscripto en Canberra el 19 de junio de 2001. Aprobación Sanción: 07/06/2006 Promulgación: 30/06/2006 B.O.: 04/07/2006</p>



---

## JURISPRUDENCIA

---

PAGINA 148  
BLANCA

**LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” DE MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER DE LA CONTROVERSI A PRESENTADA POR LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY A LA REPÚBLICA ARGENTINA SOBRE “OMISIÓN DEL ESTADO ARGENTINO EN ADOPTAR MEDIDAS APROPIADAS PARA PREVENIR Y/O HACER CESAR LOS IMPEDIMENTOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DERIVADOS DE LOS CORTES EN TERRITORIO ARGENTINO DE VÍAS DE ACCESO A LOS PUENTES INTERNACIONALES GRAL. SAN MARTÍN Y GRAL. ARTIGAS QUE UNEN LA REPÚBLICA ARGENTINA CON LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY”.**

En la Ciudad de Montevideo, a los seis días del mes de septiembre de dos mil seis, el Tribunal Arbitral “Ad Hoc” del MERCOSUR constituido para decidir la controversia entre la REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY y la REPUBLICA ARGENTINA sobre “Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR integrado por los Árbitros Señores Dr. Luis Martí Mingarro, Dr. José María Gamio y Dr. Enrique Carlos Barreira, nacionales, respectivamente de España, Uruguay y Argentina.

El Tribunal ha estructurado la presente decisión Arbitral en el orden que se indica a continuación:

**SUMARIO**

I – Resultandos.

- I – A) El Tribunal Arbitral “Ad Hoc” en el momento de su constitución.
- I – B) Incidencias y trámites relativos a la composición e integración del Tribunal Arbitral “Ad Hoc”.
- I – C) Las Partes y su representación en el proceso.
- I – D) Solicitud de suspensión de la tramitación del procedimiento.
- I – E) La invitación de presencia en el proceso de los Estados Terceros.

- I – F) Reclamo de la República Oriental del Uruguay.
- I – G) Respuesta de la República Argentina.
- I – H) Proposiciones y producción de la prueba.
- I – I) Alegato Final por escrito de la República Oriental del Uruguay.
- I – J) Alegato Final por escrito de la República Argentina.
- I – K) Plazo para la emisión del presente Laudo.

II – Considerandos.

- II – A) El planteo de la Parte Reclamada según el cual habría habido una novación y amplia ción del objeto demandado.
- II – B) El planteo de la Parte Reclamada según el cual el Reclamo es abstracto por carecer de objeto fáctico.
- II – C) La Sede del Tribunal.
- II – D) Los hechos que generaron las manifestaciones de los vecinos de la costa argentina que dieran lugar a la controversia.
- II – E) Sobre la existencia de incumplimiento por omisión frente a la normativa del MERCOSUR.
- II – F) Sobre la referencia a los Derechos Humanos.
- II – G) La conducta debida ante las circunstancias existentes.
- II – H) La responsabilidad del Estado Federal por las omisiones de los Gobiernos Provinciales.
- II – I) La actitud de los vecinos de Gualeguaychú.
- II – J) La relevancia de los perjuicios.
- II – K) El pedido de que se condene a la Parte Reclamada a adoptar las medidas apropiadas para prevenir o hacer cesar la posible reiteración futura de hechos similares.

III – Conclusiones.

IV – Decisión.

## I–RESULTANDOS

### – I-A –

#### **EL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” EN EL MOMENTO DE SU CONSTITUCIÓN**

1) El 21 de junio de 2006 tuvo lugar la sesión constitutiva del Tribunal Arbitral “Ad Hoc” a la cual asistieron los tres árbitros y en la cual se levantó Acta de Sesión n° 1 y se adoptaron las Reglas del Procedimiento adoptadas por el Tribunal Arbitral “Ad Hoc”, en cuyo transcurso los Árbitros Dres. Luis Martí Mingarro y José María Gamio hallaron recíprocamente, en buena y debida forma sus respectivas designaciones como Árbitros de conformidad con el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias y su Reglamento, para entender en la controversia. 2) Comprobaron asimismo, que se encuentran incluidos en la lista de Árbitros establecida de acuerdo con el artículo 11 del Protocolo de Olivos y han firmado la declaración

de aceptación requerida a los Árbitros en el artículo 21 del Reglamento del Protocolo de Olivos.<sup>3</sup>) Por su parte el Árbitro designado por Argentina Dr. Héctor Masnatta manifestó que, en su opinión, la designación del Dr. Luis Martí Mingarro no reunía los requisitos legales suficientes para ser efectiva, dejando a salvo su estimación personal y científica respecto del mencionado Árbitro.

4) Con las reservas del Dr. Masnatta los restantes dos Árbitros consideraron que el inicio del Procedimiento fue establecido por la Nota N° 423/06 del 04/05/06 de la Coordinación Nacional de Uruguay en el GMC que fue debidamente notificada; que el plazo de procedimiento comenzó el día 10 de junio del corriente año según lo establecido por el artículo 16 del Protocolo de Olivos; que la Presidencia sería ejercida por el Dr. Luis Martí Mingarro, de acuerdo con el artículo 10, numeral 3 inciso ii del Protocolo de Olivos; que la sede del Tribunal se fijaba en la Ciudad de Montevideo, capital de la República Oriental del Uruguay, de conformidad con el artículo 38 del Protocolo de Olivos y que quedaban aprobadas las Reglas de Procedimiento adoptadas por el Tribunal.

5) Asimismo se invitó a las dos Partes a designar sus Respective Representantes y a constituir sus respectivos domicilios en la ciudad de Montevideo, a los fines de practicar las notificaciones, invitándose a la Parte Reclamante a someter el escrito de presentación dentro de los 10 días contados desde el siguiente a la notificación y también a ambas Partes a comunicar su posición en relación con la intervención de terceros países en los términos del artículo 14 de las Reglas de Procedimiento.

– I – B –

**INCIDENCIAS Y TRÁMITES RELATIVOS A LA COMPOSICIÓN E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC”**

6) El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina había manifestado su disconformidad con el proceso de designación del Tercer Árbitro.

7) La oposición y cuestionamiento de la República Argentina referida a la designación del Tercer Árbitro, Titular y Suplente, dio lugar a la formulación por parte de la representación de ese país, de un Recurso de Revisión presentado ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

8) El referido Tribunal Permanente, mediante el Laudo 2/2006 del 6 de julio de 2006, expresó, por mayoría, que no era admisible la substanciación peticionada por la Parte argentina pero que sin embargo, ésta determinación no dejaba a la Parte recurrente en estado de indefensión sino que meramente se declaraba no admisible el recurso de revisión en este estadio procesal, no emitiendo juicio de valor sobre el mérito de las alegaciones sustentadas por la Parte argentina, que bien podían ser nuevamente presentadas como contenido de un eventual recurso de revisión contra el laudo arbitral que en definitiva recayera.

9) El 7 de julio de 2006 el Representante de la República Argentina comunicó a la Secretaría del MERCOSUR que el Arbitro Titular de la República Argentina Dr. Héctor Masnatta había presentado su renuncia y que en su lugar asumiría el Dr. Enrique Carlos Barreira que revestía hasta ese momento el carácter de suplente por ese país.

10) Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal Arbitral “Ad Hoc” quedó, desde esa fecha, compuesto en la siguiente forma: Dr. Luis Martí Mingarro (Presidente), Dr. José María Gamio (co-Árbitro) y Dr. Enrique Carlos Barreira (co-Árbitro)

- I-C -

**LAS PARTES Y SU REPRESENTACIÓN EN EL PROCESO**

11) La República Oriental del Uruguay constituyó domicilio en la calle Colonia 1206, segundo piso, Montevideo (Dirección General para Asuntos de Integración y MERCOSUR, Ministerio de Relaciones Exteriores) y designó para actuar, indistintamente, como sus representantes ante este Tribunal y a los efectos del trámite de esta reclamación, a los Doctores Carlos Amorín, Hugo Cayrús Maurín, Myriam Frascini y José María Robaina. Por su parte la República Argentina constituyó domicilio en la Representación Argentina para MERCOSUR y ALADI, sita en Plaza Independencia 759, Piso 6, Montevideo, República Oriental del Uruguay y designó como Representante Titular ante el Tribunal Arbitral al Dr. Juan Vicente Sola y como Representante Alterno a la Dra. Nora Capello.

- I-D -

**SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

12) En su momento la Representación de la República Argentina solicitó la suspensión de las actuaciones en base a la trascendencia de sus objeciones sobre la constitución del Tribunal, y habida cuenta de la presentación por su parte del recurso de revisión que había formulado ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

13) En el momento procesal en que la representación de la República Argentina solicitó la suspensión del procedimiento se daba una circunstancia ciertamente excepcional, cual era la existencia de un recurso de revisión que la representación de ese Estado Parte había formulado ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, el cual fue rechazado “in limine”. Por ello, ante el pedido de suspensión, el Tribunal Arbitral “Ad Hoc”, luego de la sustanciación de los traslados pertinentes a las Partes, expresó que en atención a lo ya resuelto por el Tribunal Permanente de Revisión la causa alegada para la suspensión carecía de vigencia y, consecuentemente, por resolución unánime del 26 de julio de 2006 desestimó la pretensión de suspensión, por haber devenido abstracta.

- I-E

**LA INVITACIÓN DE PRESENCIA EN EL PROCESO DE LOS ESTADOS TERCEROS**

14) Conforme a las Reglas de Procedimiento, aprobadas para este proceso arbitral, las Partes que intervienen en la controversia habrían de dar su opinión sobre la posibilidad de invitar a Estados Parte del Tratado MERCOSUR en los que concurra la condición de terceros respecto de la concreta controversia.

15) Sobre este particular el Tribunal Arbitral “Ad Hoc” cuidó de brindar a las Partes la oportunidad de pronunciarse al respecto. La República Argentina por medio de su escrito de fecha 01/08/2006 hizo saber al Tribunal que no entendía pertinente la participación de Estados Terceros en un diferendo que consideraba estrictamente bilateral. Por su parte la República Oriental del Uruguay al evacuar este traslado entendió que dado que las Partes ya habían tenido la oportunidad inicial que les brindaba el apartado 5º de la parte dispositiva del Acta N° 1 para manifestarse y que, como nada dijeron, le concernía al Tribunal Arbitral “Ad Hoc” adoptar la resolución que entendiera pertinente sobre sí procede o no invitar a Estados Terceros. Consecuentemente por resolución del 8 de agosto de 2006, el Tribunal resolvió declarar que no procede cursar invitación a Estados Miembros del MERCOSUR para que comparezcan en las presentes actuaciones a los efectos y en los términos del Art. 14 de las Reglas de Procedimiento.

– I-F –

### **RECLAMO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

16) Con fecha 3 de julio de 2006, la Representación de la República Oriental del Uruguay presenta, en tiempo y forma, Escrito de Presentación, en el cual fundamentó su reclamo.

17) El fundamento de la reclamación de la República Oriental del Uruguay lo constituye los cortes, en territorio argentino, de rutas de acceso a puentes internacionales que comunican con Uruguay, dispuestos por movimientos ambientalistas argentinos en protesta por la construcción de plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, limítrofe entre ambos países. Los cortes en la Ruta 136, de acceso al puente internacional Gral. San Martín, comenzaron el 19 de diciembre de 2005 y, con suspensiones, se extendieron hasta el 2 de mayo de 2006. Los Cortes en la Ruta 135, de acceso al puente internacional Gral. Artigas, comenzaron el 30 de diciembre de 2005 y con suspensiones, se extendieron hasta el 18 de abril de 2006

18) También según la Reclamante existieron interrupciones de la circulación, de corta duración, en el puente que une las ciudades de Concordia (Argentina) y Salto (Uruguay), destacando la actora que el 22 de febrero de 2006 se frustró un intento de bloqueo de esa ruta por la intervención de las autoridades argentinas.

19) A tenor del reclamo uruguayo fuera de la situación específica antes mencionada, las autoridades argentinas omitieron tomar las medidas apropiadas para hacer cesar los cortes de ruta pese a que el número de manifestantes era, en general, muy reducido. Ni siquiera se promovió la denuncia penal correspondiente como, en algún momento, el Gobernador de la Provincia de Entre Ríos insinuó. El propio Presidente de la República, según informaciones de prensa, habría manifestado que “no puede pedir (a los manifestantes) lo que no le darán”. El Ministro del Interior habría ido más allá al expresar: “nada se les puede decir a los ambientalistas”.

20) Según la Representación del Uruguay frente a los cortes de ruta, tanto el gobierno nacional argentino como el provincial de Entre Ríos fluctuaron entre el tímido ejercicio de la disuasión e inaceptables manifestaciones de complacencia.

21) La República Oriental del Uruguay entiende que los referidos cortes de ruta le ocasionaron importantes daños y perjuicios así como también a sectores y agentes económicos de este país, fundamentalmente vinculados a negocios de exportación e importación, turismo y transporte terrestre de pasajeros y mercaderías.

22) Para la Parte Reclamante el Tratado de Asunción, por el cual se decide constituir el Mercosur, establece que el mercado común implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países a través de la eliminación, entre otras, de las restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y “de cualquier otra medida equivalente” (art. 1).

23) Alega Uruguay en su Reclamo que por “restricciones” se entiende, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de “cualquier naturaleza” mediante el cual un Estado Parte impida o “dificulte”, por decisión unilateral, el comercio recíproco (Anexo I al Tratado de Asunción art. 2º lit .b).

24) Señala la representación de la Reclamante que es un valor entendido que a partir del 1º de enero de 2000, el MERCOSUR constituye una zona de libre comercio universal (salvo algunas excepciones) por lo que a partir de dicha fecha todas las restricciones que impidan o dificulten el comercio recíproco constituyen barreras y obstrucciones al comercio, incompatibles con los compromisos asumidos

25) Afirma la República Oriental del Uruguay que la libre circulación de servicios, fue establecida por el Protocolo de Montevideo, vigente entre los Estados Partes, y elimina las medidas que en cualquier forma afecten ese comercio, incluso las dispuestas por autoridades provinciales, municipales o locales y por las instituciones no gubernamentales (art. II).

26) Para Uruguay en el ámbito del referido Protocolo, existen compromisos asumidos por Argentina, entre otros, los relativos a turismo y transporte los cuales han sido afectados por las medidas que dan motivo a esta controversia.

27) Entiende la Reclamante que en materia de libre circulación de personas, los cortes de ruta han desconocido compromisos vigentes entre las Partes en virtud de instrumentos jurídicos internacionales relativos a Derechos Humanos así como también exigibles en la Argentina por sus normas internas.

28) También invocó la Representación de la República Oriental del Uruguay el Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT) vigente entre “países del cono sur” del continente –entre otros los Estados Partes– y que fue asumido por instrumentos del Mercosur como medio idóneo para avanzar en la integración en materia de transporte terrestre. La obstrucción a la libre circulación de pasajeros y cargas afectó operaciones de transporte al amparo del Convenio ATIT, no sólo entre los Estados Partes sino también respecto a movimientos de tránsito desde o hacia terceros países Partes de este acuerdo.

29) En su fundamentación, también menciona Uruguay las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que vinculan a las Partes, tales como las relativas a trato de la nación más favorecida, libertad de tránsito, acceso a los mercados –entre otras– las cuales resultaron afectadas por las medidas denunciadas.

30) A pesar que los actos materiales que obstaculizan la libre circulación son realizados por particulares, el incumplimiento lo imputa la República Oriental del Uruguay al Estado Argentino por la omisión en adoptar las medidas adecuadas, razonables y eficaces para evitar dichos actos. El Reglamento del Protocolo de Olivos incluye en la materia que puede ser objeto de una controversia, entre otras, las “omisiones” incompatibles con la normativa del MERCOSUR (art.27).

31) En tal sentido, Uruguay trae al caso el asunto resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Comisión c/Francia – Asunto C-265/95) en el cual, frente al bloqueo de rutas en Francia dispuesta por particulares, el órgano judicial estableció la responsabilidad de este Estado por la omisión en restablecer la libre circulación.

32) Así que, según la Reclamante, el incumplimiento continuado de Argentina por omisión frente a los cortes de ruta –dispuestos y luego levantados por voluntad de los particulares– hace suponer que de reiterarse los mismos en el futuro, dicho Estado observará la misma conducta generando, así, un permanente estado de duda e inseguridad.

33) Finalmente solicita la República Oriental del Uruguay que: a) el Tribunal decida que Argentina ha incumplido sus obligaciones derivadas de los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción, artículos 1º, 2º y 10 par. 2º del Anexo I de dicho Tratado; artículos II, III y IV del Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios así como de principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia; y b) que la República Argentina, de reiterarse los impedimentos a la libre circulación, debe adoptar las medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar tales impedimentos y garantizar la libre circulación con Uruguay.

– I – G –

### RESPUESTA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

34) El 26 de julio de 2006 fue presentado, en tiempo y forma, Escrito de Respuesta de la República Argentina, mediante el cual fundamentaba su oposición y ofrecía su prueba.

35) Afirma la Representación de la República Argentina que Uruguay ha innovado y ampliado el objeto respecto al contenido de la solicitud de negociaciones directas. Mientras que en ésta el objeto eran “impedimentos a la libre circulación”, la demanda refiere a la “omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación”.

36) Además, para Argentina el reclamo carece de objeto en virtud de que, a la fecha de la demanda, los cortes de ruta habían cesado, situación que se mantiene. Es, asimismo, inespecífico y abstracto porque solicita al Estado argentino que, de reiterarse en el futuro esas manifestaciones, adopte medidas sin determinar cuáles serían éstas.

37) En su opinión, la República Argentina formula objeciones a que la ciudad de Montevideo sea sede del Tribunal Ad Hoc por cuanto esto supone un menoscabo a la independencia del mismo y le otorga ventajas a uno de los Estados Partes, sobre todo en lo relativo a la producción de prueba.

38) Al referirse la República Argentina a las etapas previas de esta controversia, afirma que la solicitud de Uruguay de mantener negociaciones directas, fue contestada por nota de 3 de marzo de 2006 en la cual se manifestó la disposición del Gobierno Argentino “en mantener un diálogo bilateral franco y exhaustivo”.

39) Por otra parte la Representación Argentina realiza observaciones a la integración del Tribunal Ad Hoc fundadas en aspectos de procedimiento.

40) Respecto a los hechos, la Parte Reclamada da cuenta que los cortes de ruta fueron precedidos de una movilización realizada el 30 de abril de 2005, conocida como “El Abrazo Solidario” que reunió en las proximidades de la ciudad Argentina de Gualeguaychú, por cinco horas, a más de 40.000 personas en protesta por la construcción de las plantas de celulosa en territorio uruguayo.

41) Según los alegatos la opinión de la República Argentina a partir del mes de diciembre de 2005 comenzaron los cortes de ruta aunque éstos, contra lo que afirma la Parte reclamante, no se tradujeron en perjuicios ni desde el punto de vista del comercio bilateral ni del turismo

en virtud de que ambos rubros, en el período de los cortes, lejos de disminuir, aumentaron a favor de Uruguay.

42) Además, la Representación Argentina entiende que los agentes económicos que utilizaban los puentes, tampoco pueden invocar perjuicios por cuanto los cortes de ruta eran, en general, anunciados con antelación y así podían dirigirse a vías alternativas de comunicación entre los dos países.

43) La Representación de la República Argentina en el proceso arbitral pone de manifiesto que su Gobierno comprendió, sin alentar, las manifestaciones llevadas a cabo por entender que constituyen el ejercicio de un legítimo derecho. Ello no impidió que se realizaran gestiones para que los cortes de ruta fueran dejados sin efecto.

44) Según la República Argentina las circunstancias determinaron una contraposición entre los derechos de libre expresión del pensamiento y de reunión, por un lado, y el derecho a la libre circulación de bienes, por otro. Se debe tener presente que las normas internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en la República Argentina tienen rango constitucional mientras que las normas de integración revisten rango legal.

45) En cuanto a la libre circulación de bienes, la República Argentina expone que cabe recordar que las metas fijadas en el tratado fundacional del Mercosur aún no se encuentran plenamente vigentes.

46) Por otra parte, sigue alegando la República Argentina, cuando el proceso de integración establece la obligación de eliminar las restricciones no arancelarias, éstas refieren a medidas gubernamentales. Con similar alcance son las normas que rigen la Organización Mundial de Comercio así como la Comunidad Económica Europea.

47) La República Argentina, en su opinión entiende que, respecto a la libre circulación de servicios, el Protocolo de Montevideo que la regula, sólo establece compromisos de abstenerse de adoptar medidas gubernamentales que la afecten.

48) La República Argentina recuerda que Uruguay invoca, asimismo, el Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre (ATIT) aunque éste no consagra libertad alguna de circulación ya que se trata de un acuerdo administrativo destinado a establecer criterios técnicos para otorgar permisos de circulación internacional de transportes terrestres.

49) Para la República Argentina la libre circulación de personas, que se afirma por Uruguay como lesionada por los cortes de ruta, no está aún operativa en el ámbito del MERCOSUR como, por el contrario, lo está —a vía de ejemplo— en la Comunidad Europea.

50) Tampoco según la respuesta argentina está vigente en este proceso de integración regional el derecho al libre tránsito en cuanto puede afectar a los transportes de bienes desde o hacia terceros países.

51) La Representación de la República Argentina funda su opinión en que los Derechos Humanos pueden justificar una restricción al ejercicio de los derechos consagrados por un tratado de integración. Menciona, en tal sentido, el precedente del caso Schmidberger, resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el sentido de otorgar prioridad al derecho a la libre expresión del pensamiento sobre el derecho a la libre circulación de bienes el cual resultó afectado por el corte de una ruta internacional dispuesto por un movimiento ambientalista (Sentencia del TJCE de 12 de junio de 2003, Asunto C-112/00).

52) En el campo de los Derechos Humanos, según afirma la República Argentina con especial relevancia cabe reconocer a los derechos de libre expresión del pensamiento y de reunión así como al derecho de protesta entendido, éste, como el medio de exigir el cumplimiento de otros derechos. A ellos cabe agregar el derecho a elegir aquel foro público en el cual la protesta se pueda ejercer con mayor eficacia.

53) Así, afirma la Representación Argentina, aceptada la validez de estas normas, la requerida liberación del puente hubiera supuesto una represión inaceptable para las disposiciones de derecho público argentino.

54) Frente a lo expuesto, según lo alegado por la República Argentina la disuasión ante los cortes de ruta no constituye sino la única alternativa legítima que se presenta a los gobernantes.

55) En la formulación de su alegación sostiene la República Argentina que la policía en el territorio de las provincias corresponde a la policía de las provincias. Imponer la intervención del gobierno federal sobre el territorio de las provincias sólo puede hacerse al costo de la alteración del sistema político democrático en la provincia.

56) En el estado actual del Derecho Internacional según alega la Representación Argentina en materia de responsabilidad por hechos ilícitos, según el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se excluye la responsabilidad del Estado por los hechos de los particulares.

57) Para la República Argentina el Estado sólo será responsable por el comportamiento de una persona o grupo de personas si ellas actúan de hecho por disposición o bajo la dirección o el control del Estado al observar ese comportamiento (art. 8 del Proyecto). Este no es, bajo forma alguna, el presente caso.

58) Manifiesta la representación argentina que toda otra conducta que hubiere observado ese país hubiera implicado el riesgo de provocar reacciones difíciles de controlar y graves alteraciones del orden público.

59) Menciona la República Argentina que la Parte actora afirma que en otras manifestaciones populares, similares a las de este proceso, las autoridades argentinas las disolvieron mediante la fuerza pública. No obstante, tales manifestaciones, a diferencia de la que refiere el presente caso, se trataba de acciones violentas, según responde la República Argentina.

60) También sostiene la República Argentina que la circulación de bienes y personas, entre los dos países, contó siempre con vías alternativas de acceso y, a efectos de facilitar su uso, los servicios de Aduana y Migración argentinos, en esos puntos, fueron reforzados durante las medidas. Con ello se demuestra que no hubo omisión.

61) Tampoco hubo omisión según la Representación Argentina por la acción disuasoria de las autoridades argentinas que, en definitiva, se demostró eficaz al punto que los manifestantes levantaron los cortes de ruta.

62) Por escrito del 27 de julio de 2006, el Representante de la República Argentina efectuó determinadas erratas incurridas en el escrito de Respuesta al reclamo que individualiza.

## – I – H –

### PROPOSICIONES Y PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

63) Las Partes formularon proposición de prueba, lo que fue tratado en la Resolución de 28 de julio de 2006 del Tribunal haciendo lugar a la prueba documental, testimonial e informativa ofrecida por ambas Partes, determinando que debían presentar el listado de preguntas a los testigos al menos con tres días de antelación. Admitió las reservas de proponer prueba Informativa por ambas Partes y, de conformidad con el Artículo 17 de las Reglas de Procedimiento, convocó a las Partes a una sesión en la que pudieran presentar brevemente sus exposiciones para fundamentar sus respectivas posiciones. Por último convocó a las Partes a una comparecencia a celebrar los días 9 y 10 de agosto de 2006.

64) El día 9 de agosto de 2006 se dio comienzo a la Audiencia, en cuyo transcurso, la Representación argentina presentó cuestión de previo y especial pronunciamiento basada en las amenazas que alega haber sufrido el testigo por ellos propuesto Don Anibal Oscar Oszust. El Tribunal le recibió testimonio y encargó a la Secretaría del MERCOSUR que diera traslado de esta cuestión a las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina y la República Oriental del Uruguay para que dieran curso a las actuaciones que procedieran.

65) Posteriormente de conformidad con la propuesta de las Partes y con el objeto de facilitar, en lo posible, la presencia de los testigos convocados, en compatibilidad con sus cargos y ocupaciones, el Tribunal "Ad Hoc" examinó los testigos en el orden que seguidamente se establece: Aníbal Oscar Oszust, Daniel Sica, Ricardo Echegaray, Alejandro García, Raúl Cuence, y Jorge Campaña, todos ellos de nacionalidad argentina, correspondientes a la Parte Reclamada. Se inició posteriormente el examen de los siguientes testigos: José Carlos González Huerta, Javier Larrondo, Yanina Corsini, Antonio Carámbula, Benjamín Liberoff, Víctor Sosa Echevarría, Luis Alberto Borsari Brenna, Antonio Serrentino, Pablo Garbarino Lazcano, Leopoldo Cayrús Tarreh y Daniel Sureda Tortosa, todos ellos de nacionalidad uruguaya y solicitados por la Parte Reclamante.

66) La Representación de Uruguay manifestó que el testigo cuya declaración ofreciera, señor José Larramendi, no pudo declarar debido a que tuvo que retirarse del Edificio antes de la Audiencia por enfermedad de un familiar y el testigo Gustavo Teske se vio impedido de concurrir.

67) Ambas Partes formularon las respectivas preguntas a los testigos y el Tribunal interrogó asimismo cuando lo entendió oportuno a los mencionados testigos en el transcurso de la audiencia.

68) En la segunda parte de la reunión que tuvo lugar en la mañana del día 10 de agosto, las Partes hicieron sus exposiciones para fundamentar sus respectivas posiciones, en el orden establecido por el Tribunal Arbitral Ad Hoc. Tanto las declaraciones de los testigos como los alegatos de las Partes fueron grabados en soporte magnetofónico, que se entregó a las Partes y quedó unido a las actuaciones.

69) El Tribunal Arbitral Ad Hoc, expresó "in voce" en este acto su resolución de admitir toda la prueba documental presentada hasta el momento por las Partes, incluido el documento utilizado en la declaración del Dr. Sica. De conformidad con las Partes, que así lo asumen, el Tribunal resolvió que se admitiría como prueba documental e informativa la que se presentara hasta el mismo día de vencimiento del plazo de presentación de los alegatos escritos que finalizaba el día 17 de agosto de 2006.

### - I -

#### **ALEGATO FINAL POR ESCRITO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

70) Dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 18 de las Reglas de Procedimiento, ambas Partes presentaron en tiempo y forma sus alegatos finales.

71) La Representación uruguaya solicitó que hiciera lugar al reclamo presentado en la forma ya impetrada y que decidiera: "a) que la República Argentina ha incumplido sus obligaciones derivadas de los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción; artículos 1º, 2º y 10

párrafo segundo del Anexo I de dicho Tratado; artículos II, III y IV del Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios, así como de principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables a la materia, por la omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los Puentes Internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay; y b) que la República Argentina, de reiterarse los impedimentos a la libre circulación a los que alude el literal a) precedente u otros de similares características, debe adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar en forma inmediata los impedimentos a la libre circulación, y garantizar la libre circulación con la República Oriental del Uruguay.”

– I – J –

### ALEGATO FINAL POR ESCRITO DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA

72) La Representación argentina solicitó que el Tribunal resolviera: “a) que la presente controversia carece de objeto y las solicitudes de Uruguay se fundan en abstracciones; b) que el derecho de libertad de expresión, ejercido por los ciudadanos argentinos, constituye un derecho humano fundamental reconocido en todos los ordenamientos constitucionales y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, vinculantes para la Argentina y el Uruguay, y que, además, gozan, en Argentina, de jerarquía constitucional; c) que no cabe invocar legítimamente una restricción a la libertad de expresión – derecho humano protegido – en desmedro de otro derecho – libertad de circulación de bienes y servicios – que está legalmente protegido pero que no reviste esa calidad de derecho humano; d) que las manifestaciones en rutas efectuadas en forma intermitente entre el 6 de enero y el 2 de mayo de 2006 constituyen una muestra de la libre expresión ciudadana, que fueron puestas en conocimiento del público con antelación suficiente y no implicaron, en ningún caso, un impedimento total a la libre circulación de bienes y servicios entre ambos países; e) que el Gobierno argentino no ha adoptado medida alguna que constituya una violación de los principios de libre circulación de bienes y servicios, previstos en los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción, en los artículos I y II, III y IV y Anexos del Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios, en el Acuerdo sobre Transporte Terrestre Internacional (ATIT) y en otros principios o disposiciones de derecho internacional aplicables a esta materia; f) que el Gobierno argentino ha actuado, a nivel nacional, provincial y municipal, con el objetivo de disuadir a sus ciudadanos de utilizar las manifestaciones en rutas como forma de expresión de su protesta y ha arbitrado los medios necesarios para facilitar la libre circulación de bienes y servicios durante la etapa de vigencia de las mismas; g) que tal actuación resulta razonable atento las circunstancias del caso bajo análisis y las normas constitucionales e internacionales vigentes aplicables al mismo; y h) que los compromisos asumidos por la Argentina en el contexto en que se desarrolla esta controversia no pueden ser objeto de una interpretación extensiva que suponga reprimir el ejercicio de un derecho humano en una situación claramente no prevista en los tratados de derechos humanos en vigor para ambos países”.

- I - K -

**PLAZO PARA LA EMISIÓN DEL PRESENTE LAUDO**

73) El 18 de julio de 2006 el Tribunal Arbitral “Ad Hoc” acordó por unanimidad prorrogar el plazo para la emisión del Laudo en las presentes actuaciones por 30 días, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 21 de las Reglas de Procedimiento, por lo que el plazo se extendió hasta el 7 de septiembre del 2006.

**II**

**CONSIDERANDOS**

- II - A -

**EL PLANTEO DE LA PARTE RECLAMADA SEGÚN EL CUAL HABRÍA HABIDO UNA NOVACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEMANDADO**

74) La Parte Reclamada sostiene que la Reclamante amplió el objeto de su pretensión original pues según la normativa del MERCOSUR en especial el art. 14 párrafo segundo del Protocolo de Olivos, los escritos de demanda y contestación determinan el objeto de la controversia que deben basarse en las cuestiones que fueron consideradas en las etapas previas, añadiendo que en las etapas de negociaciones directas, la controversia se denominaba de un modo (“impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes”) y dado que al iniciarse el procedimiento arbitral, dichas manifestaciones habían cesado, Uruguay habría adaptado unilateralmente a la nueva circunstancia denominándola (“omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación”) tal como figura en el escrito de Reclamo de Uruguay.

75) El Tribunal considera que la modificación terminológica indicada no pudo perjudicar el derecho de defensa de la Parte Reclamada, pues la convocatoria a las negociaciones directas y la demanda en este proceso, por sus denominaciones, están haciendo referencia a los mismos hechos y si bien en la primera de las denominaciones podría entenderse que se trata de la imputación a actos directos del Gobierno argentino, hay que tener en cuenta que era de público y notorio conocimiento que los cortes eran realizados por particulares, a lo que cabe añadir que en la Nota del 9 de marzo de 2006 (remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay a su par de Argentina, que la Parte Reclamante agregara como Recaudo 5 sin que la Parte Reclamada la haya negado), se reitera el pedido de negociaciones directas, haciendo expresa mención a los cortes de ruta “realizados por particulares que ocuparon las mismas, afectando la libre circulación de personas, bienes y servicios” agregando que “ante esta situación el Estado argentino omitió adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los referidos cortes, a efectos de restablecer la libre circulación entre ambos países”.

## - II - B -

**EL PLANTEO DE LA PARTE RECLAMADA SEGÚN EL CUAL EL RECLAMO ES ABSTRACTO POR CARECER DE OBJETO FÁCTICO**

76) La Parte Reclamada afirma que el proceso carece de objeto en virtud de que, a la fecha de presentación de la demanda, los cortes de ruta habían cesado antes de la presentación del escrito de Reclamo de la República Oriental del Uruguay, situación que, sostiene, se habría mantenido hasta el momento en que se responde dicho escrito.

77) Al respecto, el Tribunal advierte que no ha habido pronunciamiento expreso de quienes mantuvieron los cortes de ruta en el pasado en el sentido de que no los habrán de reiterar en el futuro; ni tampoco ha habido pronunciamiento de las autoridades de la Parte Reclamada en el sentido que, de producirse tales reiteraciones, habría de seguir una conducta distinta a la observada cuando tales cortes de ruta ocurrieron.

78) El Tribunal no desconoce que se ha sostenido que cuando se solicita que uno de los Estados Partes deje sin efecto determinadas normas legales o reglamentarias, por considerarlas incompatibles con los compromisos asumidos en los acuerdos internacionales tendientes a la facilitación del comercio y a la integración económica, y la norma cuestionada es derogada por el Estado Reclamado antes de que el tribunal se constituya o se dicte el pronunciamiento final, el procedimiento culmina por considerarse que la cuestión ha devenido abstracta desde que el soporte normativo del obstáculo al comercio habría desaparecido (1). No es necesario para ello que la norma cuestionada haya sido puesta en práctica, bastando que haya un peligro de daño que puede tornarse en daño real mediante su activación en cualquier momento. Dicho peligro, como un arma apuntando al corazón del posible afectado, es suficiente para considerar que el mantenimiento de ese estado de cosas es contrario a los compromisos contraídos, debiendo resolverse mediante la desactivación del peligro potencial.

79) A diferencia del supuesto antes señalado, en el caso que se encuentra a conocimiento del Tribunal, la Parte Reclamante no cuestiona la existencia de una "norma", actual o potencialmente lesiva de los compromisos existentes, sino que cuestiona la conducta omisiva del Gobierno de la Parte Reclamada en impedir que parte de su población despliegue "conductas" consideradas incompatibles con la normativa MERCOSUR, pues aquí no hay norma alguna que se cuestione y cuyos efectos nocivos pudieran desactivarse mediante su derogación. Se trata de una situación amenazante de ciertos particulares que habiendo ya realizado actos cuyos efectos la Parte Reclamante considera reñidos con los compromisos asumidos

---

1 En el sistema de la O.M.C, ver LUFF, DAVID: "Le droit de L'Organisation Mondiale du Commerce - Analyse Critique", Bruylent, LGDJ, Bruselas, 2004, pag. 794, citando al efecto el informe del grupo especial "Argentina, Medidas que afectan las importaciones de calzado, textiles, vestimentas y otros artículos, WT/DS56/R", 25 de noviembre de 1997, parágrafo 6,12 a 5,15). En igual sentido ver "Guía de las Normas y Usos del GATT - Índice Analítico" Ediciones de la OMC, Ginebra 1995, Volumen 2, páginas 719 y 720) se expresa que en el informe de 1982 del Grupo Especial en el asunto "Estados Unidos, Prohibición de importaciones de atún, procedentes de Canadá" se examinó una prohibición impuesta por los Estados Unidos el 31 de agosto de 1979 que fue levantada durante las actuaciones del grupo especial el 4 de septiembre de 1980.

en el ámbito del MERCOSUR, pueden reanudarlos en cualquier momento, con la posibilidad cierta de que, en tal supuesto, el Gobierno argentino continúe manteniendo una conducta permisiva.

80) Al tratarse de vías de hecho que, pese a la queja del Gobierno de la Parte Reclamante – tal como surge de la Prueba documental aportada por Uruguay que no ha sido refutada por la contraparte (2) –, han sido toleradas por el Gobierno de la Parte Reclamada, cabe pensar que, de reanudarse aquellas vías de hecho, se reitere la conducta permisiva que, en virtud de su repetición adopta el carácter de un “standard” de conducta, para este supuesto, del Gobierno argentino. En otras palabras, las conductas reiteradas y sucesivas delimitan un “modelo” o “patrón” de conducta de la Parte Reclamada que es dable esperar se repita en los casos futuros en virtud del principio de congruencia en las conductas asumidas por la administración pública. Esta expectativa, de manera similar (aunque no idéntica) al caso de una norma cuestionable susceptible de ser activada, genera una situación de peligro potencial que el Estado Reclamado no ha tenido interés en desactivar, por lo que cabe considerar que en este caso nos hallamos ante el peligro latente de que se produzcan nuevos hechos similares a los anteriores, lo que descarta que nos hallemos ante una cuestión meramente abstracta.

81) Si bien al tratar los casos de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, cuya aplicación a casos como el presente en el cual se trata de incumplimientos de tratados de integración ofrece dudas, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (en adelante CDI) ha sostenido que la trasgresión a la norma internacional no necesariamente debe manifestarse en un acto o hecho instantáneo o continuado, sino que puede exteriorizarse también a través de una serie de acciones u omisiones que se prolonguen –aún con interrupciones– a lo largo del tiempo, a los cuales denomina “hecho compuesto” (3), y el caso presente no carece de complejidad, dada la diversidad de protagonistas –grupos, asambleas, poderes públicos– y las intermitencias, reiteraciones y continuidad de la situaciones contempladas.

## – II – C –

### LA SEDE DEL TRIBUNAL

82) La Parte Reclamada cuestionó la decisión tomada por el Tribunal Ad Hoc de establecer su sede en la ciudad de Montevideo, aduciendo que esto suponía un menoscabo a la indepen-

---

2 Recaudos Números 2, 3, 5, 6 y 7 de la Prueba uruguaya que no ha sido desconocida por la representación argentina.

3 El último Relator Especial de la CDI, sobre el proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos ilícitos, al comentar el art. 15, primer párrafo de dicho trabajo afirma que “Las acciones u omisiones deben ser parte de una serie pero la norma no requiere que la serie completa de hechos ilícitos haya sido cometido a los efectos de caer en la categoría de hecho compuesto con tal que un número suficiente de hechos haya ocurrido para constituir el incumplimiento. A la fecha que ocurre el hecho suficiente para constituir el incumplimiento, puede no estar claro que nuevos hechos han de seguir si la serie no está completa” - traducción propia - (CRAWFORD, James, “The International Law Commission’s Articles on State Responsibility”, Cambridge University Press, 2003, pág.143).

dencia del Tribunal por tratarse de la ciudad capital de uno de los Estados Partes involucrado en la controversia. Manifestó que se trata de un proceso arbitral que produce estrépito en el foro que podría llevar a una decisión injusta en razón de reunirse en una ciudad donde la cuestión se encuentra en el debate público cotidiano que podría influir negativamente en los Árbitros.

83) El Tribunal eligió la ciudad de Montevideo como sede para la realización de los actos procesales así como para sus deliberaciones en razón de encontrarse allí la Secretaría del MERCOSUR que constituye un importante apoyo administrativo para su labor y de conformidad con las facultades que al efecto le confiere el artículo 38 última parte del Protocolo de Olivos.

84) Dicha elección en forma alguna aparejó menoscabo para la independencia del Tribunal ni otorgó ventaja alguna a la Parte Reclamante como se ha insinuado, habiéndose desarrollado las pruebas testimonial y de informes sin incidentes dignos de mención. Además de ejercer una facultad expresamente contemplada en la normativa vigente, cabe resaltar que éste no es el primer caso en que un Tribunal Ad Hoc en el que el país en que se encuentra radicada la Secretaría del MERCOSUR está involucrado como contendiente, pese a lo cual ello no influyó en desigualdades procesales. Si bien puede ser que en este caso la opinión pública se encuentre más motivada a prestar atención que en los anteriores, ello no ha influido en las opiniones y libertad de decisión de ninguno de los Árbitros que integran este Tribunal.

#### – II – D –

### **LOS HECHOS QUE GENERARON LAS MANIFESTACIONES DE LOS VECINOS DE LA COSTA ARGENTINA QUE DIERAN LUGAR A LA CONTROVERSIA**

85) La controversia que hoy se ventila ante este Tribunal “Ad hoc” se origina en las manifestaciones efectuadas por las poblaciones de la ribera argentina del río Uruguay, en especial la población de la ciudad de Gualaguaychú, como reacción ante la construcción por dos empresas privadas en Fray Bentos, costa uruguaya del mismo río enfrente de la mencionada ciudad argentina, de dos fábricas de pasta de papel a las cuales ven como un futuro foco de contaminación ambiental que consideran en infracción a las cláusulas del Acuerdo que sobre la administración del río Uruguay tienen celebrado Argentina y Uruguay en el año 1975.

86) La Parte reclamada invoca, la existencia de esas manifestaciones desde el mes de septiembre de 2003 a través de la movilización denominada “Abrazo Solidario”, con la participación de vecinos de poblaciones argentinas y uruguayas que se manifestaron contra la construcción de las plantas procesadoras de pasta de papel en la zona (punto IV– 1, de la Respuesta argentina, no desconocida por la contraparte en sus alegatos).

87) La denominada “Asamblea Ambiental Ciudadana de Gualaguaychú” hizo sendas presentaciones ante el Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay (21 de julio de 2005) y al Presidente Néstor Kirchner, en este caso con pliegos conteniendo 35.484 firmas de pobladores de esa ciudad (prueba documental argentina, Anexo II, 1.2 y Anexo II, 1.3, no desconocida por la Parte Reclamante). En ellas denunciaron al Gobierno argentino y al Gobierno uruguayo el incumplimiento del tratado que estableció el Estatuto del Río Uruguay y solicitaron a ambos países la paralización de las construcciones hasta que se efectuara un análisis del

impacto ambiental sobre la cuenca a través de una comisión bipartita, de manera que, si de resultados de ello, hubiera discrepancia entre las delegaciones de ambos países sobre ese punto, la cuestión fuera ventilada ante la Corte Internacional de Justicia.

88) El 6 de octubre de 2005 reiteró el pedido al Ministro de Relaciones Exteriores argentino a fin de que se requiriera del Gobierno uruguayo la inmediata paralización de las obras que las empresas seguían construyendo a la vera del río Uruguay, solicitando que ante el rechazo uruguayo Argentina iniciara acciones ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya (Anexo II. 1.4 de la prueba argentina no negada por la contraparte).

89) Mientras tanto, y según se desprende de un informe de la Policía de la Provincia de Entre Ríos, acompañado por la Parte Reclamada (Anexo II.2 de la prueba documental), se produjeron cortes en los tres puentes internacionales que unen Argentina y Uruguay aunque con intensidad muy dispar.

90) En la ruta internacional N° 136 y Provincial N° 42 que une Gualaguaychú con Fray Bentos a través del Puente General San Martín, hubo un primer corte el 8 de julio de 2005 de 10 a 18 horas, sucediéndose luego un corte temporario de cuatro horas el 15 de agosto, reanudándose en el mes de diciembre con dos cortes realizados los días 8 (tres horas), 18 (cinco horas), 23 (10 horas y media) y 30 de diciembre de 2005 (13 horas). En el año 2006 los cortes comenzaron el 30 de enero de 2006 manteniéndose en forma esporádica y temporaria, hasta el 3 de febrero de 2006 en que comenzó un corte de ruta que se prolongó por 46 días hasta el 20 de marzo de ese año y, posteriormente, un corte que se prolongó por 26 días desde el 5 de abril a las 8 horas hasta el 2 de mayo del mismo año a las 16 horas. De tal manera, el Puente que une Gualaguaychú con Fray Bentos estuvo cortado aproximadamente 72 días corridos.

91) En cuanto a la ruta que une a la ciudad de Paysandú con Colón (a través del puente General Artigas), sufrió cortes por 35 días corridos (desde el 16 de febrero hasta el 23 de marzo de 2006), reiterándose luego por el lapso de 8 días (desde el 11 de abril hasta el 19 del mismo mes de 2006).

92) Por último, en el puente internacional ubicado sobre la represa de Salto Grande, se produjeron cortes los días 13 y 14 de enero y 22 de febrero de 2006 por lapsos de una hora, una hora y media, y treinta minutos respectivamente.

93) Los datos antes mencionados relativos a los cortes de los tres puentes internacionales coinciden, con pequeñas diferencias de días, con lo expresado por la representación uruguayo en su alegato (punto IV, página 20).

94) En razón de los cortes sucedidos, la Dirección General de Aduanas argentina por correo electrónico N° 47 del 8 de febrero de 2006 (Prueba documental argentina Anexos II.3 y II.4), instruyó a las aduanas acerca de una operatoria de emergencia a fin de garantizar el normal flujo del comercio internacional, reforzando las dotaciones de personal de las aduanas de Concordia y Colón para hacer frente al incremento de trabajo generado por el desvío de operaciones desde la aduana de Gualaguaychú.

95) De la prueba documental antes mencionada, así como de los testimonios recogidos en la audiencia testimonial, se desprende que los vecinos de Gualaguaychú procuraron llamar la atención, tanto de la República Oriental del Uruguay por su omisión en impedir la continuación de construcciones que ellos consideraban potencialmente dañinas, como de la República Argentina por su falta de reacción categórica ante ese proceder, lo que inclina a este Tribunal a comprender el sentimiento de la alarma y consecuente protesta de los mismos, con independencia de la mayor o menor justificación de sus actuaciones.

96) Debe tenerse en cuenta que el levantamiento de los cortes por los vecinos de Gualaguachú se produjo dos semanas después del discurso del Presidente de la Nación de Argentina del 19 de abril de 2006, en el cual les manifestó que no compartía los cortes de ruta y en el cual les solicitó que los dejaran sin efecto (Prueba documental argentina Anexo II.6, no negada por la representación uruguaya).

97) Dos días, después del levantamiento de los cortes de ruta, es decir el 4 de mayo de 2006 quedó formalmente registrado el ingreso de la demanda de Argentina contra Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya por la controversia suscitada en relación con el Acuerdo del río Uruguay.

98) Con anterioridad a esto último y ante la situación de los cortes de rutas, el 16 de enero de 2006 el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay había hecho llegar al Embajador argentino en ese país una Nota (Recaudo N° 1 de la prueba documental de Uruguay) respondiendo una Nota del 12 de enero de 2006 del Secretario de Relaciones Exteriores de la República Argentina referida a las autorizaciones concedidas por Uruguay a dos empresas para construir sendas plantas industriales de producción de celulosa sobre la margen izquierda del río Uruguay, así como una autorización para construir y operar una terminal portuaria destinada al uso exclusivo de una de esas plantas industriales, reiterando una nota anterior. En la segunda parte de esa nota el Canciller uruguayo manifestaba su preocupación por los cortes de ruta de acceso en territorio argentino a los pasos fronterizos, que obstaculizaban la libre circulación de personas y bienes en violación a los acuerdos del MERCOSUR, generando daños importantes a ambos países.

99) El 13 de febrero de 2006, el Presidente de Uruguay se dirigió al Presidente argentino solicitando el levantamiento de dichos cortes (Recaudo N° 2 de la prueba documental uruguaya).

100) El 22 de febrero de 2006 el Ministro (interino) de Relaciones Exteriores de Uruguay dirigió una nota a su par argentino expresando que ese país había decidido plantear la controversia correspondiente a la violación de la libre circulación en contravención a la normativa MERCOSUR y disposiciones y principios del derecho internacional, solicitando el inicio de negociaciones directas contempladas en los arts. 4 y 5 del Protocolo de Olivos.

101) El 3 de marzo de 2006 el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina contestó, expresando que la nota uruguaya no establecía que acciones precisas se le imputaban a la República Argentina, ni tampoco se determinaban las normas internacionales que ese país consideraba vulneradas, expresando que la Argentina no impedía la libre circulación a través de esas vías de acceso que unen a ambos países.

– II – E –

### **SOBRE LA EXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR OMISIÓN FRENTE A LA NORMATIVA DEL MERCOSUR**

102) Se ha planteado el interrogante respecto de si, en el ámbito del MERCOSUR, se encuentran plenamente vigente la libre circulación de bienes mencionada en el Tratado de Asunción y sus normas complementarias, así como la libre circulación de servicios referida en el Protocolo de Montevideo. En tal sentido se ha afirmado que las metas del Tratado de Asunción aún no se han alcanzado en su plenitud (Respuesta de la Parte Reclamada a fs. 47).

103) La integración económica puede ser considerada como una “situación” o como un “proceso”. Dado que la integración parte de la existencia de distintos ámbitos espaciales económicos en los cuales la mercadería u otros factores económicos originarios del exterior dejen de ser discriminados, como “situación” la integración consiste en la ausencia de las formas de discriminación entre las economías nacionales, pero como “proceso” consiste en el conjunto de medidas dirigidas a abolir en forma progresiva la discriminación entre las unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones (4) con el objetivo de conformar una nueva unidad económica.

104) Consecuentemente, no se puede negar que como “proceso”, el MERCOSUR se encuentra en permanente desarrollo. No obstante, también es dable señalar que, salvo determinadas excepciones, a partir del 31 de diciembre de 1999, el MERCOSUR constituye una zona de libre comercio (5) y que sin perjuicio de que hay una dinámica referente a compromisos que deben estructurarse, también es cierto que lo andado hasta el momento ha generado vínculos ciertos y en vigencia que implican compromisos exigibles por los Estados Partes.

105) Respecto a la libre circulación de servicios, no se ha puesto en cuestión la vigencia del Protocolo de Montevideo, que rige esta materia, así como tampoco el pleno vigor del mismo en cuanto a los servicios que resultaron afectados por los cortes de ruta (transporte, turismo, etc.) y cuyos efectos son analizados en este proceso. Por otra parte, no se considera del caso determinar la aplicabilidad a la cuestión en proceso del Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre (ATIT) en virtud de que su materia está ya alcanzada por el Protocolo de Montevideo, antes mencionado. Por último, tampoco resulta procedente analizar en forma específica, la libre circulación de personas en el ámbito del MERCOSUR en virtud de que, en forma indirecta, tal derecho resulta cubierto por las libertades de circulación antes tratadas.

106) El artículo 1° del Tratado de Asunción luego de expresar que los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, establece que este Mercado Común “...implica: la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”.

107) El Anexo I, art. 2 literal b) del Tratado de Asunción da una definición de carácter residual de las “restricciones” –como complementarias de los “gravámenes”– incluyendo en las mismas “cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante el cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco...”. Cabe preguntarse si la definición citada (“medida de cualquier naturaleza”), alcanza a las medidas denunciadas. Estas normas requieren de ciertas precisiones.

108) En primer lugar, el verbo “implicar” mencionado en el encabezamiento del artículo 1° del Tratado de Asunción, que significa “contener” o “llevar dentro de sí”, indica que la libre circulación allí mencionada constituye un objetivo esencial del acuerdo, a punto tal que no se puede concebir un Mercado Común sin ese requisito, a lo que cabe agregar el compromiso asumido en las restantes disposiciones del Tratado que promueven la eliminación de

---

4 BASALDÚA, RICARDO X, “MERCOSUR y Derecho de la integración”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pág. 23.

5 Así ha sido puesto de manifiesto en el § 85, punto vii del Laudo N° I sobre “Comunicados Nos. 37 y 7” del 28 de abril de 1999 y en el Laudo N° iv sobre “Aplicación de medidas antidumping”, § 135 y § 138 del 21 de mayo de 2001.

las barreras arancelarias y no arancelarias que impidieran o dificultaran esta libre circulación.

109) En segundo lugar, que si bien el corte de rutas no constituiría una restricción no arancelaria en sentido estricto, pues esta última presupone un acto administrativo, no es necesario apelar a esa asimilación para considerarla como una restricción objetiva a la libre circulación, pues la mención que la norma hace de los derechos aduaneros, de las restricciones no arancelarias y de cualquier otra medida equivalente, se hace a un mero título ejemplificativo.

110) En tercer lugar, la circulación de bienes a la que allí se alude es la “económica”, esto es que la mercadería permanezca o sea consumida, utilizada o industrializada en el espacio económico al que se la introduce (6) y si bien es un concepto que excede al de mero tránsito o traslado fronterizo, pues este último tiene un sentido espacial (geográfico o físico) aludiendo a la posibilidad de atravesar determinado espacio económico sin sufrir por ese mero hecho restricciones directas o indirectas, las barreras al tránsito implican barreras al comercio y, por ende a la libre circulación económica.

111) De la prueba producida por las Partes surge que las medidas denunciadas crearon –en el período considerado– dificultades significativas en los intercambios recíprocos, sobre todo a nivel de los agentes económicos, lo que se manifestó en la necesidad de buscar vías alternativas para el paso de frontera, generalmente, con aumento de las distancias a recorrer y el consiguiente incremento de costos. En algunos casos, servicios de transporte debieron ser suspendidos y, en otros, negocios vinculados con la actividad de tránsito por el puente Gral. San Martín, en forma primordial, sufrieron serias dificultades. En otras palabras, que los hechos relatados quebraron la libre circulación que el art. 1º del Tratado de Asunción considera presupuesto básico del compromiso entre los Estados Partes.

112) El Tribunal Arbitral Ad Hoc ha tenido ocasión de conocer en profundidad a través de todo el material probatorio de alta calidad aportado al proceso el conjunto de repercusiones que los cortes de los puentes han producido sobre los flujos económicos mas generales que podrían haber sido afectados, así como la manera en que quedaron perturbadas las conductas de los operadores económicos, de los ciudadanos y de las entidades públicas de uno u otro país que se vieron obligados todos ellos a modificar sus decisiones y estrategias, cambiar sus modos de trabajo, asumir las diferencias en las cargas de actividad administrativa aduanera, redistribuir no solo los itinerarios sino también los medios de transporte utilizados etc.

113) El tiempo de los cortes; la arbitrariedad e imprevisibilidad de los mismos, las alternativas en la presentación y duración de su práctica han sido tan variables y del tal entidad que el Tribunal Arbitral Ad Hoc no puede dejar de valorar como infracción a lo establecido en el artículo 1 del Tratado de Asunción la efectividad de las restricciones resultantes de todo ello para la libertad de circulación de mercancías y servicios.

114) Así que cualesquiera que hayan sido las cifras aportadas, y los balances sectoriales y generales que han sido traídos como prueba ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc, lo cierto es que el ejercicio por los vecinos de Gualeguaychú de su derecho de protesta ha sobrepasado en sus efectos los límites del respeto que tanto ellos como los Estados, en este caso el Estado Argentino deben al cumplimiento de la norma que obliga a garantizar la libre circulación de bienes y servicios. Libre circulación que por la intermitencia, insistencia y continuidad de los

---

6 BASALDÚA, RICARDO X., obra citada, pág. 113.

cortes quedo sin efecto para quienes forzados por aquella situación extraña a la normalidad económica hubieron de cambiar sus decisiones como ciudadanos o como agentes económicos de MERCOSUR. Prestatarios y prestadores de servicios hubieron de revisar sus decisiones merced a un factor exógeno e ilícito, cambiando sus estrategias para prestar servicios turísticos o de transporte o para servirse de ellos; alterando los tiempos y formas de comprar o suministrar mercancías; corrigiendo la composición de los precios y los tiempos de entrega: en definitiva sintiendo alterado el marco de libertad de circulación de mercaderías y servicios que señala el Tratado de MERCOSUR y que para una inmensa cantidad de gente quedo por un tiempo sin efecto, en un volumen económico extraordinariamente significativo y generando una situación gravosa para todos aquellos que tenían que recomponer sus conductas como resultado de los hechos infractores que se estaban produciendo con los cortes en los puentes.

115) Y eso es así en todo caso aunque el balance final de intercambio de flujos económicos no lo explicita ni quizás pueda explicitarlo, teniendo en cuenta que las fluctuaciones fueron dispersas en los sectores, en los tiempos y en los protagonistas afectados; y en todo caso al ser imprevisibles, discontinuas, y no siempre registrables, la difícil medida de su valor en magnitudes monetarias no es un parámetro que alcance a desvirtuar la realidad de la libertad de circulación perturbada y de la infracción que tal cosa comporta.

116) No obstante, en el caso que nos ocupa, la conducta de obstruir la vía de comunicación ha sido desarrollada por particulares y no por el Estado mismo, y en principio, la responsabilidad del Estado no resulta comprometida por los actos de las personas privadas, sino sólo por los actos u omisiones de sus propios agentes (7). No obstante, el Estado puede igualmente ser considerado responsable, ya no por el hecho ajeno, sino por el hecho propio, si omitiera la “conducta debida”, esto es, por la “falta de diligencia” en prevenir o corregir actos de los particulares que puedan causar perjuicio a otro Estado (8). En esta situación, “...no estamos ante una responsabilidad vicaria o indirecta sino frente a una responsabilidad por hecho propio” (9).

117) No nos hallamos aquí ante una disposición normativa que prescriba en forma específica que en el caso que ciertos particulares obstaculizaran el paso internacional de vehículos, el Gobierno del Estado Parte correspondiente está obligado a prevenir o hacer cesar esos impedimentos. No obstante, no toda conducta debida surge diáfana de una prescripción normativa específica.

118) La “conducta debida” se deriva del compromiso que los Estados Partes asumen de mantener la libre circulación entre los Estados del MERCOSUR por ser consustancial con el

---

7 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, en el “Manual de Derecho Internacional Publico”, editado por Max Sorenson, México, 1985, pág. 530.

8 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en la obra citada en la nota precedente, pág. 530

9 PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 584. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al afirmar que las vías de hecho para que las personas o países miembros se hagan justicia por sí mismas no se encuentran permitidas y de ninguna manera pueden legitimar la adopción de medidas unilaterales (Sentencia N° 391 de 11 de septiembre de 1998, en Proceso 2-AI-97; cf. Sent. del TJCA de 24 de noviembre de 2000 en Procesos 15-AI-2000 y 16-AI-2000).

objetivo perseguido, lo que implica la obligación de aplicar los “medios” para arribar a dicho objetivo aunque no se determinen cuales son las “medidas necesarias” para obtenerlo, lo que deja un amplio margen de posibilidades, entre las cuales el Estado obligado deberá elegir la que considere mas adecuada a las circunstancias.

119) Como vemos, la “conducta debida” surgiría de la interpretación de una pauta general de conducta. La norma presenta una “textura abierta” del lenguaje legal (10) esto es, una regla formulada en abstracto de una manera muy general, que origina legítimas dudas acerca de las formas específicas de conducta exigidas por ellas. En estos casos se deja librada a la discrecionalidad del obligado el optar por el mejor medio para acceder al fin.

120) Dado que todo conflicto de derecho implica tener que arbitrar entre diferentes valores en pugna, el deber del gobernante que se enfrenta con ese dilema, consistirá en tomar las medidas apropiadas, aplicando el “debido cuidado” en la elección de la que fuere mejor, dadas las circunstancias y teniendo en consideración todos los valores en juego, de manera de perjudicar de la menor manera posible los intereses contrapuestos; esto es, que no implique un sacrificio demasiado grande para otros intereses respetables para lo cual deberán tomarse las precauciones que eviten daño sustancial (11).

121) Si no hay criterio claro de las normas del MERCOSUR respecto de la conducta que en concreto se deba adoptar en las circunstancias que la realidad presenta, cabrá preguntarse si el Gobierno de la Parte Reclamada adoptó algún tipo de medidas para resguardar los compromisos asumidos en el seno de esa organización y, en tal caso, si los medios que se hubieran utilizado fueron adecuados a las circunstancias con el objetivo de obtener el fin propuesto y a la vez respetando los demás intereses en juego.

122) En relación con el planteo de la Parte reclamada que no se le puede exigir que para impedir las manifestaciones reprima a sus propios ciudadanos, el Tribunal considera que la cuestión no pasa por que se exijan al Estado Reclamado resultados sin reparar en los costos (tanto sociales como individuales) que ellos pudieran implicar, pues no se desconoce que se está afectando a ciudadanos de toda una comunidad que sostienen reclamos que, en sí mismos, no pueden ser calificados de injustos ya que, en su visión, se consideran amenazados con un futuro que implicaría una disminución en su calidad de vida; por lo que cabría detenerse y determinar si la Parte Reclamada ha acreditado en estos autos que le era imposible adoptar medidas mas eficaces, lo que no parece que haya sucedido.

123) La Parte Reclamada considera que las medidas que “impiden o dificultan” los intercambios deberían responder a una decisión positiva de un Estado Parte pero, como hemos dicho antes, la responsabilidad del Estado puede resultar comprometida por los actos de las personas privadas, si omite la “conducta debida” tendiente a prevenir que los mismos causen perjuicio a otro Estado, como es el caso de los cortes de rutas sin que el Estado Parte tome las medidas apropiadas para remover la referida actividad de obstrucción (12).

---

10 HART, H. L. A., “El concepto de derecho”, con traducción al español de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, 1995, pág. 157/159.

11 HART, obra citada en la nota precedente, pág. 165.

12 OPPENHEIM, L. “Tratado de Derecho Internacional Público”, Ed. Bosch, Barcelona – 1961, T. I Vol.I, ps. 387 y 388.

## - II - F -

**SOBRE LA REFERENCIA A LOS DERECHOS HUMANOS**

124) La Parte demandada ha procurado refutar el cargo según el cual habría incurrido en omisión, en el caso, en virtud de que en reiteradas oportunidades sus autoridades – tanto nacionales como provinciales– trataron de disuadir a los manifestantes respecto a los cortes de rutas. Una acción más enérgica –agrega– no habría sido procedente sino a riesgo de violar Derechos Humanos en vigor cuando no, de provocar graves alteraciones del orden público.

125) Se ha puesto en cuestión la competencia jurisdiccional del Tribunal Arbitral para entender en una materia que involucra aspectos de los Derechos Humanos que, como tales, resultan ajenos a la normativa del MERCOSUR (exposición del representante de la Parte Reclamada en la audiencia de 10 de agosto de 2006).

126) Los integrantes del Tribunal pertenecen a países en los cuales se ha experimentado el avasallamiento de los denominados derechos humanos, que nuclean el plexo normativo que ampara los aspectos más íntimamente ligados con la dignidad del ser humano, por lo que el planteo no deja de serles de alta sensibilidad.

127) La Parte Reclamada invoca la imposibilidad de adoptar, frente a los cortes de rutas, medidas más enérgicas que las de disuasión por cuanto ello importaría tanto como desconocer derechos humanos como los de libertad de expresión, de reunión y de manifestación que revestirían en su derecho interno, rango constitucional, mientras que el derecho de integración sólo reviste rango legal. De tal manera, la Parte Reclamada parece reposar en que el contenido del compromiso internacional depende de las posibilidades jurídicas que le brinda el propio derecho interno argentino en materia de derechos humanos.

128) Aceptar que el cumplimiento de la obligación internacional asumida en el Tratado del MERCOSUR, consistente en mantener la libre circulación, depende de las posibilidades del propio derecho interno, se contrapone con el principio de que los Estados no pueden eludir sus compromisos internacionales invocando normas de su derecho interno que surge del art. 27 de la Convención sobre el derecho de los Tratados de Viena de 1969.

129) Al respecto cabe tener presente lo que dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 –tratado en vigor entre ambos Estados Partes– en cuanto establece que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado ...”. A este respecto se ha señalado que el “derecho interno” del artículo 27 incluye, entonces, no sólo a las leyes nacionales que pudieran estar en conflicto con un tratado internacional, sino a la Constitución misma (13). La opinión expuesta es sustentada, asimismo, por decisiones jurisdiccionales en el ámbito internacional (14).

---

13 BARBOZA, JULIO, “Derecho Internacional Público”, Ed. Zavalía, Buenos Aires – 2004, p. 76; DE LA GUARDIA, Ernesto, “Derecho de los Tratados Internacionales”, Ed. Abaco, Buenos Aires - 1997, pág. 196 nota 11; PODESTA COSTA – RUDA, “Derecho Internacional Público”, Ed. TEA, Buenos Aires –1985, T. II, p. 112, para. 194.

14 “Tratamiento de los nacionales polacos en el territorio de Danzig”, 1933, PCIJ Series A/ B, Nº 44, p. 4; cf. “S.S. Wimbledon”, 1923, PCIJ, Series A, Nº 1; “Comunidades greco-búlgaras”, 1930, PCIJ, Series B, Nº 17, p. 32; “Zonas Francas y el Distrito de Gex”, 1930, PCIJ, Series A

Para justificar la conducta seguida, la Parte demandada invocó, asimismo, que toda otra acción del Estado –más allá de la disuasión– “hubiere implicado reacciones difíciles de controlar ... actos violentos por parte de los manifestantes ...” (Respuesta de la Parte Reclamada, fs. 109). Sobre este punto el Tribunal advierte que dicho planteo se refiere a un supuesto que no encuentra respaldo en la prueba producida en el proceso.

130) La representación argentina sostiene que el gobierno de ese país ha procurado siempre evitar, en el ámbito de su política interna, la aplicación de medidas que pudieran ser interpretadas como atentatorias contra los derechos humanos en tanto represivas de las manifestaciones que incluyen cortes de vías de comunicación, salvo que ellas desembocaran en violencia. En tal sentido es ilustrativo el discurso pronunciado por el Presidente de esa Nación en el acto de la firma de Convenios para la construcción de viviendas en la Provincia de Buenos Aires, celebrado el 19 de abril de 2006 incorporado como prueba documental por la representación argentina (Anexo II.6 no desconocido por la contraparte).

131) De estas palabras se desprende que, pese a cierta actitud crítica, la tolerancia con los cortes parece haber constituido una política del Poder Ejecutivo argentino. A tenor de la contestación del reclamo presentado por Argentina en esta controversia, esa política encuentra su explicación y significado en el respeto al derecho de protesta que esa representación considera un derecho humano amparado por la Constitución Nacional argentina.

132) En materia de acuerdos comerciales de cooperación y facilitación del comercio, el derecho internacional y el derecho interno así como las instituciones legales de uno y otro orden en materia de asuntos económicos (como es el caso del MERCOSUR) están inextricablemente entrelazados y no es posible entender el comportamiento de estos segmentos de derecho aislando unos de otros (15).

133) No escapa a este tribunal que en materia de acuerdos multilaterales de facilitación del comercio y con especial referencia al régimen de la OMC, se ha sostenido que cabe apartarse de los compromisos asumidos por acuerdos multilaterales de comercio siempre que fueren invocados principios y valores aceptados por la comunidad internacional (16) y que en los casos en los que la armonización de los derechos en juego resulta sumamente dificultosa o imposible, es inevitable que deba optarse por resguardar en la mayor medida los intereses y valores de mayor jerarquía, pues los “bienes jurídicos” no son otra cosa que objetos valiosos susceptibles de clasificarse jerárquicamente prefiriendo los más valiosos respecto de los menos valiosos (17). Pero el Tribunal considera que, aun cuando por vía de hipótesis nos halláramos ante ese caso, ello habilitaría algún grado de restricción pero nunca la anulación absoluta del valor que sea considerado menor, en aras de otro que sea juzgado de mayor jerarquía.

---

Nº 24, p. 12 y Series A/B, Nº 46, p. 96/167; “Caso de las Pesquerías”, ICJ Reports, 1951, p. 116 a 137; “Nottebohm” – Objeción preliminar, ICJ Reports 1953, p. 111 a 123; “Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas” ICJ Reports, 1949, p. 176 a 180; “Elettronica Sicula” S.p.A. (ELSI), ICJ Reports, 1989, pág. 15.

15 JACKSON, JOHN, “The World Trading System”, Second Edition, The MIT Press, USA, Fourth printing, 2000, pág. 26.

16 PÉREZ GABILONDO, JOSÉ LUIS, “Manual sobre solución de controversias en la OMC”, Buenos Aires, Editorial EDUNTREF, 2004, pág. 30/31.

17 RECASSENS SICHES, LUIS (“Filosofía del Derecho”, México, Editorial Porrúa, 2003, Capítulo Segundo, Nº 8, pág. 63) expresa: “Los valores presentan el espectáculo de guardar entre

134) La restricción del tránsito que, como hemos visto, desemboca en una restricción a la libre circulación económica en los espacios integrados, puede llegar a ser tolerada siempre que fueran tomados los recaudos necesarios para aminorar los inconvenientes que causaren y que sea adoptado en períodos cortos que no entorpezcan ni causen daños graves o continuados, lo que no se ha dado en este caso en el cual los cortes se han dilatado por espacio de más de tres meses en plena temporada estival de vacaciones en que el turismo de ambos países sufren mas gravemente sus consecuencias.

135) El Artículo 75 inc. 22, segundo párrafo (parte pertinente), de la Constitución de la Nación Argentina especifica que las declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos que han sido firmados y aceptados por la República Argentina y que allí se indican tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

136) En relación con la afirmación de que estos instrumentos no derogan los derechos y garantías enumerados en la parte dogmática de la Ley Fundamental, se ha especificado que ha existido por parte de la Asamblea Constituyente un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna de la primera parte de la Constitución, por lo cual la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir (18).

137) Ello supone, entonces, que los derechos legislados por tales tratados internacionales, junto a los demás enumerados por la Constitución Argentina (art. 14 y concordantes), no serían entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (arg. art. 33 Constitución de la Nación Argentina) y que son gozados por los habitantes de la Nación "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", aunque tales leyes reglamentarias no pueden alterarlos (arg. art. 28 Constitución de la Nación Argentina). Esto es, "la interpretación valorativa de la Constitución en orden a los derechos humanos contenidos en ella debe dar por presupuesto que: a) esos derechos son, ontológicamente, limitados, porque son derechos "del hombre en sociedad"...b) esos derechos son relativos y, por ende, admiten limitaciones razonables a tenor de lo que en ese punto habilita la Constitución. Habrá de tenerse en cuenta al interpretar tales limitaciones que ellas no pueden exceder el margen de lo razonable, es decir, no pueden destruir o alterar el derecho limitado" (19).

138) En sentido concordante, los propios tratados internacionales generales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional reconocen la relatividad de los derechos subjetivos de

---

sí relaciones de rango o jerarquía.. Hay especies de valores que valen más que otras clases - por ejemplo, los valores éticos valen más que los utilitarios - y además, dentro de cada familia de valores, también ocurre que unos valen más que otros, por ejemplo, vale más la pureza que la decencia, vale más la sublimidad que la gracia". En relación con la jerarquía de los valores, también GARCÍA MORENTE, Manuel "Lecciones Preliminares de Filosofía", Editorial Losada, 1963, pág. 380; FRONDIZI, Risieri, "¿Que son los valores?", México, Fondo de Cultura Económica, 1958, Capítulo IV, § 6, pág. 94 y siguientes.

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en autos "Chocobar, Sixto" del año 1996, (Fallos 319:3241).

19 BIDART CAMPOS, Germán J., "Teoría General de los Derechos Humanos", Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006, pág. 407

cada uno, ante los derechos subjetivos de los demás, y la posibilidad de su limitación por razones de bienestar general. Así, el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Bogotá, 1948) especifica que “el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos” y que “los derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre”. Por ello se expresa en el art. XXVIII de tal Declaración que “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. Por su parte, el art. 29.2. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, especifica que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Finalmente, el art. 32.2. del Pacto de San José de Costa Rica, expresa que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

139) De ello cabe concluir que, ni aún en el derecho argentino el derecho a la protesta es absoluto y debe limitarse cuando afecta el derecho de los demás tal como lo expresa el art. 29 apartado 2 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” de 1948, el art. 32 apartado 2 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica), del 22 de enero de 1969 (20) y, en especial respecto de la libertad de expresión, el art. 19 apartados 2 y 3 y artículo 21 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de las Naciones Unidas del 19 de diciembre de 1966, que son parte integrante de la Constitución de la Nación Argentina desde 1994 al haber sido incorporados en su art. 75 inciso 22.

## – II– G –

### LA CONDUCTA DEBIDA ANTE LAS CIRCUNSTANCIAS EXISTENTES

140) El problema de juzgar cuestiones en las cuales están íntimamente entrelazadas instituciones del derecho nacional enraizadas con garantías constitucionales como lo son los derechos humanos y compromisos asumidos en pactos internacionales de capital importancia como lo es del de la integración económica de América del Sur radica en que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1º, apartado 1 del Protocolo de Olivos, el Tribunal Arbitral “Ad Hoc” debe limitar su examen a la interpretación, aplicación y cumplimiento de la normativa del MERCOSUR, corriendo el riesgo de exceder su competencia jurisdiccional si interpreta las leyes nacionales de uno de los Estados Partes, en especial los derechos constitucionales de que gozan los ciudadanos y el poder del Estado para manejar su política interna. Se trata de un ámbito de discrecionalidad, relacionado con las políticas que internamente se fija el

---

20 Allí se expresa: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Gobierno argentino, propios de su soberanía política y que el principio de no intervención resguarda de toda intromisión de un Estado extranjero.

141) En el caso que nos ocupa los obligados deberían hallarse ante la necesidad de adoptar medidas que dependen del derecho interno y en las cuales hay un importante uso de la discrecionalidad, que indican que la razonabilidad y la buena fe son elementos independientes del posible incumplimiento incurrido, pues la violación de una norma por un Estado Parte no necesariamente significa que éste haya actuado de mala fe (21).

142) La buena fe debe presumirse y de la prueba acompañada no se desprende que Argentina haya promovido o alentado la actitud asumida por los vecinos. Más bien, la actitud de ellos fue la de llamar la atención del Gobierno argentino sobre el problema. No surge por lo tanto que haya existido en las autoridades argentinas la intención de impedir la libre circulación y burlar el compromiso del art. 1º del Tratado de Asunción, ya que la política de tolerancia adoptada por el gobierno argentino en relación con las manifestaciones de los vecinos de Gualaguaychú, parece no diferir de la adoptada en relación con los demás conflictos que hubo en las ciudades o rutas del interior de Argentina. Ello hace concluir a este tribunal que no ha habido en el Gobierno argentino intencionalidad discriminatoria para perjudicar el tráfico comercial con Uruguay.

143) Por otra parte, si bien los cortes de ruta producidos por la población y la actitud permisiva del Gobierno argentino produjeron innegables inconvenientes, los mismos afectaron tanto al comercio uruguayo como al argentino, ya que los manifestantes que protagonizaron los cortes de ruta no hicieron diferencias de tratamiento entre la mercadería de origen uruguayo o de origen argentino ni tampoco entre las importaciones o las exportaciones de uno u otro país.

144) Así las cosas, este Tribunal considera que el Gobierno argentino pudo haber tenido razones para creer que actuó dentro de la legalidad al ser tolerante con las manifestaciones de los vecinos que cortaron las rutas en cuestión, por considerar que violentar la actividad de los mismos podía implicar cercenarles derechos fundamentales y porque esos reclamos eran juzgados atendibles en razón de la creencia (cierta o errónea, aun no lo sabemos pues ello dependerá de las conclusiones a que se arribe con el tiempo) de que las obras cuestionadas en el territorio uruguayo generarán en el territorio argentino una repercusión negativa para su calidad de vida y para el futuro económico de la zona.

145) No obstante, en el singular caso que nos ocupa, los hechos han tenido efectos que trascienden las fronteras y afectan la libre circulación entre los Estados Partes del MERCOSUR; esto es, un bien jurídico que Argentina se ha comprometido a respetar.

146) Sin embargo y pese a la "buena fe" que pudiera haber inspirado el punto de vista de la Parte Reclamada, la elección de la "conducta debida" no depende del propósito de la parte, por bien intencionado que el mismo fuera, sino de la efectividad de las medidas adoptadas para obtener el resultado requerido, cumpliendo con los compromisos asumidos internacionalmente.

---

21 Cuarto Laudo del tribunal "ad hoc" del MERCOSUR sobre dumping de pollos (21/05/01) en donde el Tribunal dijo que la violación de una norma por un Estado Parte no significa necesariamente que haya actuado de mala fe. Con posterioridad, este criterio fue consagrado en la decisión del Órgano de Apelación de la OMC que entendió en "United States – Continued dumping and Subsidy FOCET Act of 2000 [US-Offset Act (Byrd Amendment)]", WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptada el 27 de enero de 2003, párrafo 297.

147) Como ya se ha expresado precedentemente, la base de la responsabilidad del Estado por los hechos antijurídicos de los particulares que residen en el territorio sometido a su jurisdicción no radica en una presunta complicidad con ellos, sino solamente en el hecho de que el Estado ha dejado de cumplir con sus obligaciones internacionales de impedir que dicho acto lesivo se pueda producir (22).

148) Los Estados, desde que son reconocidos como tales por el derecho internacional público, tienen el monopolio de la coacción para hacer cumplir, con la persuasión que ese poder implica, los deberes que prescriben tanto sus ordenamientos jurídicos internos como los que surgen de los tratados internacionales que celebran y que el manejo de ese poder puede ser ejercido sin necesidad de incurrir en represiones cruentas, bastando con ser categórico en el respeto de determinados cronogramas de las manifestaciones de protesta, la delimitación de los espacios físicos afectados a ese fin, con el objeto de equilibrar los intereses contrapuestos en juego para hacerlos compatibles con el compromiso internacional asumido por los países en uno de los más importantes emprendimientos de grandeza que se han dado en construir los países de América del Sur y que este Tribunal tiene la misión de defender.

149) En ese contexto, no parece compatible con el sistema del MERCOSUR que una interrupción del tráfico en el puente fluvial por el cual pasa el mayor tráfico terrestre en el comercio entre Argentina y Uruguay tenga una duración que superó los dos meses sin solución de continuidad y que, luego de un cese de dos semanas, volvió a interrumpirse otra vez, por más de un mes, sin que la actitud del Gobierno argentino ante esta reiteración haya tomado medidas que impidieran la repetición de esos hechos.

150) El Tribunal considera que no son asimilables a este caso ninguno de los precedentes de la Corte de Justicia Europea invocados en el Reclamo y en la Respuesta. No sólo por la diferencia cualitativa que tiene el derecho comunitario europeo, de claro carácter supranacional respecto del derecho del MERCOSUR que es índole interestatal y por el hecho de que la normativa aplicable es diferente de la que rige en nuestro caso, sino también por razón de la peculiaridad de los casos.

151) En el caso de la sentencia del 9 de diciembre de 1997 recaída en el caso “Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa s/ libre circulación de las mercaderías” (Asunto C-265/95) se trataba de la obstrucción de particulares a la circulación de vehículos por el territorio francés provenientes de otro país de la Comunidad, pero en el mismo el móvil que guiaba a los particulares que protagonizaron el hecho era netamente discriminatorio contra el ingreso de la mercadería de otro de los países. A ello debe añadirse que se produjeron hechos de violencia sobre los conductores y la carga, que no han existido en el caso que nos ocupa.

152) El caso de la sentencia del 12 de junio de 2003 recaída en el caso “Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzuge contra la República de Austria” (Asunto C-112/00), se trataba de un corte, en Austria, de la ruta que une el tráfico entre Alemania e Italia. Pero a diferencia del caso en análisis, se trataba de una demanda de daños y perjuicios entablada directamente por el particular y no un reclamo declarativo de incumplimiento de un Estado contra otro Estado, a lo que cabe añadir que el período de interrupción del tráfico fue de tan sólo 28 horas y no de tres meses como el que nos ocupa, se produjo en una sola oportunidad y se

---

22 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, en la obra colectiva “Manual de Derecho Internacional Público”, coordinada y editada por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.14, pág. 530.

trató de cortes previamente anunciados y autorizados por la autoridad con hora de inicio y de culminación.

153) Cada Estado soberano tiene pleno autogobierno, regula independiente y libremente su forma de Estado y de Gobierno, su organización interior y el comportamiento de sus miembros, su política interior y exterior (23), y los demás Estados no pueden inmiscuirse en las medidas concretas que aquél adopte en el orden interno para cumplir con sus compromisos internacionales. La contrapartida de ese derecho es el deber de la “diligencia debida” en la prevención de los hechos de esos individuos (24) que es impuesta por el derecho internacional, exigiendo determinados resultados (25) con prescindencia de indicar los medios que deba utilizar para obtenerlos, sin obligar a alcanzarlos de una específica manera o a través de un cierto órgano. En este sentido cabe puntualizar que cada Estado conserva su libertad para elegir los medios de ejecución que considere convenientes, de acuerdo con sus tradiciones y con los principios fundamentales de su organización política (26).

154) El Tribunal más que juzgar si un Gobierno pudo haber tenido razones atendibles para considerar que actuaba razonablemente bien, debe considerar hasta que punto fue acertada la conducta efectivamente llevada a cabo en relación a todos los valores en juego, entre los cuales no sólo deben tenerse en cuenta los derechos y legítimas afecciones de los ciudadanos de las fronteras amenazadas, sino también las restricciones que la actitud de ellos generó en los derechos y libertades de los operadores económicos que sustentan su actividad vital en la confianza de un orden público efectivo que garantice la eficacia de los compromisos asumidos por todos los Estados Partes del MERCOSUR.

155) Por otro lado el intérprete no debe manejar las normas jurídicas en un estado de indiferencia por los resultados. Legitimar los cortes de ruta implicaría, por una parte, despojar al Tratado de Asunción de una parte esencial de su razón de ser y, por la otra, alentar la reiteración de estos hechos por cuestiones que no siempre tendrán la relevancia de la presente, creando un estado de imprevisibilidad que desembocará en inseguridad jurídica y sentando un precedente contraproducente de cara al desarrollo futuro del MERCOSUR.

---

23 VERDROSS, ALFRED, “Derecho Internacional Público”, Madrid, Aguilar, 1969, traducción de Antonio Truyol y Serra, Capítulo X-II-A, pág. 135. En igual sentido OPPENHEIM, L. “Tratado de Derecho Internacional Público”, Barcelona, Editorial Bosch, traducción al español de López Olivan y Castro Rial, 1961. Tomo I, Volumen 1 (Paz), § 124, págs. 305/306; ROUSSEAU, Charles “Derecho Internacional Público”, Barcelona, Ediciones Ariel, 1960, traducción de Fernando Gimenez Artigues, § 96-b, pág. 87; NKAMBO MUGERWA, Meter James, en la obra colectiva “Manual de Derecho Internacional Público”, coordinada y editada por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, § 5.03, pág. 264.

24 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, en la obra colectiva “Manual de derecho Internacional Público”, coordinada y editada por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, § 9.14, pág. 531; ROUSSEAU, Charles, “Derecho Internacional Público”, Barcelona, Ediciones Ariel, 1960, traducción de Fernando Gimenez Artigues, § 471, pág. 368; OPPENHEIM, L., “Tratado de Derecho Internacional Público”, Barcelona, Editorial Bosch, traducción al español de López Olivan y Castro Rial, 1961. Tomo I, Volumen 2 (Paz), § 164, pág. 387.

25 VERDROSS, ALFRED “Derecho Internacional Público”, Madrid, Aguilar, 1969, traducción de Antonio Truyol y Serra, Capítulo VIII-B, pág. 75.

26 REUTER, PAUL, “Introducción al Derecho de los Tratados”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1999, §45, pág. 35.

## -II-H-

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FEDERAL POR LAS  
OMISIONES DE LOS GOBIERNOS PROVINCIALES**

156) La Parte Reclamada también ha expresado que “la policía de seguridad, en el territorio de las provincias, corresponde a las provincias”, razón por la cual no correspondería exigirle al Estado Federal lo que no está en el ámbito de sus competencias (respuesta, fs. 99). Sin embargo, por aplicación de los principios generales del derecho internacional específicamente mencionados en el protocolo de Olivos como base normativa de los tribunales “Ad Hoc” a los fines de dictar sus pronunciamientos, debe considerarse hecho del Estado, el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado (27).

## -II-I-

**LA ACTITUD DE LOS VECINOS DE GUALEGUAYCHÚ**

157) Como hemos visto, el hecho de que en la costa uruguaya no cesaran las construcciones que la población de la costa argentina considera agresivas del medio ambiente y que ello no fuera impedido por el Gobierno uruguayo, motivó una actitud de protesta por parte de los vecinos de la ribera argentina que, con el tiempo derivaron en los cortes de ruta reseñados precedentemente y que motivaran la controversia que se ventila ahora en este tribunal. La amenaza de un daño que dicha población percibe como cierto e inminente y la inicial falta de atención que atribuían a de ambos gobiernos ante sus peticiones, hace comprensible que en forma organizada, dicha población adoptara actitudes ostensibles en aras de divulgar, a través de manifestaciones de alto impacto en los medios de comunicación masiva, los argumentos en defensa de sus legítimos derechos.

158) No obstante, dichas manifestaciones fueron perdiendo su legitimidad originaria en la medida en que a través de las vías de hecho adoptadas, fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas que se vieron finalmente imposibilitadas de transitar y ejercer el comercio a través de las rutas internacionales en virtud del corte de las mismas, sin previsibilidad ni límite temporal preciso, por períodos desproporcionadamente extensos y durante la época de mayor intercambio comercial y turístico entre ambos países, tal como hemos

---

27 La Comisión de Reclamaciones entre Francia y Méjico afirmó que la responsabilidad internacional “... no puede ser denegada, ni aún en los casos en los cuales la Constitución Federal niega al gobierno central el derecho de control sobre sus Estados miembros o el derecho de requerirles conformarse en su conducta con las normas de derecho internacional” (Asunto Pellat, UNRRIA, 1929, vol. V, ps. 534 a 536). También se ha expresado que “el Estado Federal no se puede refugiar en su Constitución, que organiza la autonomía de sus elementos componentes, para librarse de su responsabilidad internacional ...” : QUOC DINH – DAILLIER – PELLET, “Droit International Public”, Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1992, p. 727. En igual sentido, el documento elaborado por la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados; art. 4 párrafo 1.

visto precedentemente. Ello implicó una restricción fáctica al intercambio comercial de Argentina y otros países que comercian con Uruguay a través del paso de mayor importancia entre ambos países.

159) Los comprensibles sentimientos de la población que se manifestaba de esa manera en la costa argentina no pueden, pese a ello, ser justificables en la medida en que, tal como lo expresaran los tribunales “ad hoc” del MERCOSUR en el Laudo VIII sobre la aplicación de impuesto IMESI a la comercialización de cigarrillos y en el Laudo IX sobre subvenciones a la Lana, en el derecho del MERCOSUR ante el presunto incumplimiento de los compromisos de uno de los Estados Partes no se justifica el incumplimiento de los compromisos por parte del otro.

160) En una sociedad civilizada los conflictos deben encauzarse a través de medios pacíficos para su solución y no a través de vías de hecho. Así es como sucedió, aunque con un desfase temporal que generó los desbordes de los vecinos de la costa argentina, al canalizarse ese conflicto a través de las vías institucionales correspondientes mediante la demanda entablada por la República Argentina contra la República Oriental del Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya por la invocada violación al Estatuto del río Uruguay.

161) Dicho conflicto reconoce una normativa que reviste carácter bilateral cuyo objeto excede a la materia de integración económica propiamente dicha, razón por la cual se ventila ante otra jurisdicción. El que tenemos entre manos, en cambio se refiere a la interrupción del tránsito por los puentes sobre el río Uruguay con las consecuente barrera de hecho a la libre circulación económica que compromete el cumplimiento de los objetivos asumidos en el ámbito del Tratado del MERCOSUR y, en segundo lugar, genera distorsiones en el comercio de Uruguay no solamente con Argentina sino también con otros países miembros y no miembros del MERCOSUR con los cuales dicho país comercia a través del tránsito terrestre por territorio aduanero argentino, razones ambas por las cuales la jurisdicción aplicable es la de este tribunal.

## – II – J –

### LA RELEVANCIA DE LOS PERJUICIOS

162) La Parte Reclamante ha expresado que no pretende un reclamo resarcitorio en estas actuaciones, sin perjuicio de hacer reserva de plantearlo ante el ámbito jurisdiccional pertinente, pese a lo cual, gran parte de la prueba producida en estas actuaciones se refirió a los perjuicios ocasionados por los cortes de ruta.

163) El sistema de solución de controversias del MERCOSUR, que se ha inspirado en los regímenes imperantes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA en sus siglas de idioma inglés) y en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, privilegia la remoción de las barreras comerciales al comercio mas que a la imposición de una segunda barrera al comercio consistente en retorsiones (28).

---

28 LOWENFELD, ANDREAS “Internacional Economic Law”, Oxford University Press, 2003, pág. 156, citando a John Jackson); ALONSO GARCÍA, Ricardo, “Tratado de Libre Comercio, MERCOSUR y Comunidad Europea - Solución de Controversias e interpretación uniforme”, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, pág. 63, citando a BLOCH, R. en “Aportes para la resolución de conflictos en el MERCOSUR”, Revista Comercio Exterior, 1995, pág. 25.

164) De tal manera la obligación de reparar debe ser interpretada en un sentido prospectivo, pues se procura remover la inconsistencia de la medida ilegal y limitar el daño hacia el futuro (29), a punto que sólo se prevén compensaciones en el caso en que la decisión recaída en la solución de controversias no es acatada dentro de un plazo prudencial (30), tal como se desprende, en el caso del MERCOSUR, del art. 31 del Protocolo de Olivos.

165) La comprobación de que una medida nacional ha violado el derecho del MERCOSUR no entraña más que una obligación de adecuarse a ese derecho. Las normas del MERCOSUR no obligan a una parte incumplidora a reparar el eventual daño causado por su medida ilícita (31).

166) Consecuentemente la prueba referida a los daños generados como consecuencia de los cortes de ruta deben ser considerados como la medida de la existencia de la infracción misma que se denuncia, así como de la demostración de un interés jurídicamente protegido que legitima activamente a la Parte Reclamante ante estos estrados. De lo contrario la violación podría ser inocua y una contienda de estas características en ese escenario transgrediría el principio de que se requiere interés para impulsar las acciones.

## – II – K –

### **EL PEDIDO DE QUE SE CONDENE A LA PARTE RECLAMADA A ADOPTAR LAS MEDIDAS APROPIADAS PARA PREVENIR O HACER CESAR LA POSIBLE REITERACIÓN FUTURA DE HECHOS SIMILARES**

167) La Parte Reclamante sostiene que las acciones de los particulares y la inacción argentina son incompatibles con los compromisos asumidos por Argentina en el seno del MERCOSUR y solicita que la Reclamada ofrezca garantías adecuadas de no repetición de las circunstancias pasadas.

168) La determinación de una conducta futura a la cual debería someterse uno de los Estados contendientes implicaría que el Tribunal se arrogara facultades legiferantes y tropieza con inconveniente que en tal caso dicha obligación vincularía a una sola de las partes y no a los restantes miembros del MERCOSUR, lo que atentaría contra el principio de igualdad y reciprocidad que impera en el Tratado de Asunción.

169) Sin perjuicio de lo expresado precedentemente y en relación con el pedido de garantías futuras, el establecimiento de reglas claras a las cuales deben atenerse los países a partir del pronunciamiento que recae en esas actuaciones, y de las cuales han carecido hasta el momento ya que este tipo de circunstancias no se encuentran reglamentados en el ámbito del MERCOSUR, determinarán con claridad los límites entre lo permitido y lo prohibido, por lo que no cabe esperar la reiteración de este tipo de conflictos.

---

29 Ello se advierte con claridad en los arts. 19.1 y 22 del Entendimiento de Solución de Diferencias de Marrakech de 1994.

30 PEREZ GABILONDO, JOSÉ LUIS, "Manual sobre Solución de Controversias en la OMC", Buenos Aires, 2004, págs. 232 y 233.

31 LUFF, DAVID, "Le droit de L'Organisation Mondiale du Commerce - Analyse Critique", Bruylent, LGDJ, Bruselas, 2004, pág. 925.

### III

#### CONCLUSIONES

170) La modificación terminológica realizada por la Parte Reclamante, consistente en haber sustituido la denominación formulada al comienzo de la etapa de negociaciones de “impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes”, por la de “omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación”, utilizada poco antes de iniciarse el procedimiento arbitral careció de virtualidad para afectar el derecho de defensa de la Parte Reclamada.

171) La decisión del Tribunal de establecer su sede en la ciudad de Montevideo, además de basarse en el legítimo ejercicio de una facultad expresamente conferida por el artículo 38 última parte del Protocolo de Olivos, se fundó en la razón práctica del apoyo administrativo que en ese lugar le brinda la Secretaría del MERCOSUR. Cabe recordar que es una decisión que se ha venido reiterando en sucesivas integraciones de los Tribunales “Ad Hoc” de MERCOSUR en el pasado, cualesquiera que fueran las partes en conflicto y que, desde luego, no ha aparejado menoscabo para la independencia del Tribunal ni de ninguno de sus miembros, ni tampoco ha otorgado ventaja alguna a la Parte Reclamante.

172) El Tribunal Arbitral “Ad Hoc” ha de descartar que nos hallemos ante una cuestión abstracta. Si bien los cortes de ruta protagonizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay habían cesado ya al momento del primer escrito de la Parte Reclamante, lo cierto es que no se puede considerar abandonada la actitud permisiva exteriorizada por la Parte Reclamada, pese al pedido de la Parte Reclamante para que hiciera restablecer las vías de comunicación. El carácter repetido y continuado de la actitud de condescendencia de la Parte Reclamada conforma un “standard” de comportamiento ante el problema, que deja abierta la expectativa de que pudiera repetirse en el futuro si se dieran las mismas o parecidas circunstancias.

173) Este Tribunal “Ad Hoc” pone de manifiesto su comprensión en cuanto al sentimiento de alarma y consecuente protesta de los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay. Ellos procuraron llamar la atención sobre unas construcciones potencialmente dañinas, y no alcanzaron reacciones categóricas de ninguno de los Gobiernos, argentino y uruguayo, a los que se dirigieron. No le es posible a este tribunal entrar a considerar la solución que el derecho deba dar a las mencionadas preocupaciones y aspiraciones.

174) No obstante, las manifestaciones basadas en los comprensibles sentimientos de la población que se manifestaba de esa manera, fueron perdiendo su legitimidad originaria en la medida en que a través de las vías de hecho adoptadas, fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas que se vieron finalmente imposibilitadas de transitar y ejercer el comercio a través de las rutas internacionales en virtud del corte de las mismas, sin previsibilidad ni límite temporal preciso, por períodos desproporcionadamente extensos y durante la época de mayor intercambio comercial y turístico entre ambos países, pues en una sociedad civilizada los conflictos deben encauzarse a través de medios pacíficos para su solución y no a través de vías de hecho.

175) Sin perjuicio que la conducta de obstruir las vías de comunicación fue desplegada por particulares, la Parte Reclamada no deja por ello de ser responsable por hecho propio en la medida en que ha omitido su deber de adoptar las medidas apropiadas para prevenir o corregir los actos de los particulares sometidos a su jurisdicción que causaren perjuicio a otro

Estado Miembro del MERCOSUR en transgresión a las normas de su tratado constitutivo. 176) La “conducta debida” por la Parte Reclamada ante estos hechos, surge del compromiso de asegurar y mantener la libre circulación en el ámbito del MERCOSUR, lo que implica la obligación de aplicar los medios necesarios para el logro de dicho objetivo.

177) Aceptar que el cumplimiento de la obligación internacional asumida en el Tratado del MERCOSUR, consistente en mantener la libre circulación, dependa de las posibilidades del propio derecho interno, se contrapone con el principio de que los Estados no pueden eludir sus compromisos internacionales invocando normas de su derecho interno que surge del art. 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969, reglas que de conformidad con lo dispuesto en el art. 34 del Protocolo de Olivos, es derecho aplicable por los tribunales arbitrales del MERCOSUR.

178) La política de tolerancia del Gobierno de la Parte Reclamada en relación con los cortes de ruta protagonizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay cuyas consecuencias son objeto de esta controversia, encontraría su explicación y significado, según lo expresa la Parte Reclamada en su escrito de respuesta, en los derechos humanos, especialmente los de expresión y reunión, amparados por la Constitución Argentina, la cual incorpora en su articulado diversos Tratados Internacionales que los consagran. No obstante, tanto la Constitución de la Nación Argentina como los propios Tratados Internacionales invocados reconocen que esos derechos no son absolutos y que su ejercicio es susceptible de limitaciones en cuanto afectare los derechos subjetivos de los demás, pues el mismo no puede exceder el margen de lo razonable, destruyendo o alterando el derecho de otros integrantes de la sociedad.

179) La restricción del tránsito que, en este caso, desemboca en una restricción a la libre circulación económica en los espacios integrados, puede llegar a ser tolerada siempre que fueran tomados los recaudos necesarios para aminorar los inconvenientes que causaren, de manera que no impliquen un sacrificio demasiado grande para otros intereses respetables; lo que no ha sucedido en este caso, ya que los cortes, además de repetirse en diversas formas e intensidades, se han dilatado por espacio de más de tres meses en un período del año de máxima actividad comercial y turística.

180) Este tribunal concluye que no ha habido en el Gobierno argentino intencionalidad discriminatoria para perjudicar el tráfico comercial con Uruguay. La buena fe debe presumirse y de la prueba acompañada no se desprende que el Gobierno de la Parte Reclamada haya promovido o alentado la actitud asumida por los vecinos.

181) El Gobierno de la Parte Reclamada pudo haber tenido razones para creer que actuó dentro de la legalidad al ser tolerante con las manifestaciones de los vecinos que cortaron las rutas en cuestión, por considerar que violentar la actividad de los mismos podía implicar cercenarles derechos fundamentales y porque esos reclamos eran juzgados atendibles en razón de la creencia (cierta o errónea) de que las obras cuestionadas en el territorio uruguayo generarán en la ciudadanía asentada en el territorio argentino una repercusión negativa para su calidad de vida y para el futuro económico de la zona.

182) Pese a la “buena fe” que pudiera haber inspirado el punto de vista de la Parte Reclamada, la elección de la “conducta debida” no depende del propósito de la parte, por bien intencionado que el mismo fuera, sino de la efectividad de las medidas adoptadas para obtener el resultado requerido, cumpliendo con los compromisos asumidos internacionalmente.

183) Los cortes de ruta producidos por la población y la actitud permisiva del Gobierno argentino produjeron innegables inconvenientes que afectaron tanto al comercio uruguayo

como al argentino, ya que los manifestantes que protagonizaron los cortes de ruta no hicieron diferencias de tratamiento entre la mercadería de origen uruguayo o de origen argentino ni tampoco entre las importaciones o las exportaciones de uno u otro país.

184) El Tribunal Arbitral "Ad Hoc" en las etapas probatorias ha tenido ocasión de conocer las repercusiones que los cortes de los puentes han producido sobre los flujos económicos mas generales que podrían haber sido afectados, así como la manera en que quedaron perturbadas las conductas de los operadores económicos, de los ciudadanos y de las entidades públicas de uno u otro país que se vieron obligados a modificar sus decisiones y estrategias, cambiar sus modos de trabajo, asumir las diferencias en las cargas de actividad administrativa aduanera y redistribuir, no sólo los itinerarios sino también los medios de transporte utilizados, con los correspondientes sobrecostos.

185) Cada Estado soberano tiene pleno autogobierno, regula independiente y libremente su forma de Estado y de Gobierno, su organización interior y el comportamiento de sus miembros, su política interior y exterior, y los demás Estados no pueden inmiscuirse en las medidas concretas que aquél adopte en el orden interno para cumplir con sus compromisos internacionales. La contrapartida de ese derecho es el deber de la "diligencia debida" en la prevención de los hechos de los particulares sujetos a su jurisdicción, que es impuesta por el derecho internacional exigiendo determinados resultados con prescindencia de indicar los medios que deba utilizar para obtenerlos.

186) El intérprete no debe manejar las normas jurídicas en un estado de indiferencia por los resultados. Legítimar cortes de ruta como los que aquí se han puesto de manifiesto, implicaría despojar al Tratado de Asunción de una parte esencial de su razón de ser y alentar la reiteración de estos hechos por cuestiones que no siempre tendrán la relevancia de la presente, creando un estado de imprevisibilidad que desembocará en inseguridad jurídica y sentando un precedente contraproducente para el desarrollo futuro del MERCOSUR.

187) Debe considerarse hecho del Estado, el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado, por lo que el Estado Federal de la Parte Reclamada responde aun por las acciones u omisiones de los Gobiernos Provinciales que pudieran implicar incumplimientos de las obligaciones internacionales asumidas por ese país.

188) El sistema de solución de controversias del MERCOSUR, privilegia la remoción de las barreras comerciales al comercio más que a la imposición de una segunda barrera al comercio por vía de retorsiones. De tal manera, la obligación de reparar debe ser interpretada en un sentido prospectivo, procurando remover los obstáculos y las dificultades y superar los fracasos ocasionales, como es el presente, limitando el daño hacia el futuro. Por eso sólo se prevén compensaciones en el caso en que la decisión recaída en la solución de controversias no es acatada dentro de un plazo prudencial.

189) La comprobación de que una medida nacional ha violado el derecho del MERCOSUR no entraña más que una obligación de adecuarse a ese derecho. Las normas del MERCOSUR no obligan a una parte incumplidora a reparar el eventual daño causado por su medida ilícita.

190) La prueba referida a los daños generados como consecuencia de los cortes de ruta deben ser considerados, en el presente supuesto, como la medida de la existencia de la infracción misma que se denuncia, así como de la demostración de un interés jurídicamente protegido que legítima activamente a la Parte Reclamante ante estos estrados.

191) Ante las petición de que el Tribunal arbitral "Ad Hoc" proceda a determinar una conducta futura a la que debería someterse la Parte Reclamada, el tribunal entiende improce-

dente arrogarse facultades legiferantes con vista a regular las conductas futuras de los Estados Partes; con el inconveniente insuperable de que, en tal caso, una obligación así creada vincularía a una sola de las Partes y no a los restantes miembros del MERCOSUR, lo que atentaría contra el principio de igualdad y reciprocidad que impera en el Tratado de Asunción.

192) El establecimiento de reglas claras a las cuales deben atenerse los países a partir del pronunciamiento que recae en esas actuaciones, determinará con nitidez los límites entre lo permitido y lo prohibido, por lo que no cabe esperar la reiteración de este tipo de conflictos.

193) El Tribunal Arbitral no ha encontrado mérito para modificar el sistema de atribución de costas establecido en el art. 36, primer párrafo, del Protocolo de Olivos, destacando que ambas Partes han defendido con vigor y lealtad sus respectivas posiciones procesales.

#### IV

### DECISIÓN

Por todo lo expuesto y de conformidad con el Protocolo de Olivos, su reglamentación y las normas y principios aplicables, este Tribunal "Ad Hoc" constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay sobre "omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay", y de acuerdo con los fundamentos que constan en los considerandos precedentes, el Tribunal por unanimidad DECIDE:

**PRIMERO:** Que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada.

**SEGUNDO:** Que, acogiendo parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, declara que la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, realizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay y que han sido reseñados en los párrafos 90, 91 y 92 de los considerandos de este laudo, no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países.

**TERCERO:** Que, desestimando parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, se declara que, en atención a las circunstancias del caso, no resulta procedente en derecho que este Tribunal "Ad Hoc" adopte o promueva determinaciones sobre conductas futuras de la Parte Reclamada.

**CUARTO:** Conforme a lo establecido en el párrafo 193 de los fundamentos de este laudo, no se hace salvedad alguna en cuanto a la imposición de costas, por lo que se estará a este respecto a cuanto prescribe el art. 36, primer párrafo, del Protocolo de Olivos. Los pagos



---

## RECENSIONES

---

PAGINA 186  
BLANCA

**ABRUZA, ARMANDO DANIEL (Coordinador).** *A cien años de la presencia permanente e ininterrumpida de la Argentina en la Antártida.* Asociación Argentina de Derecho Internacional. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Ushuaia, 2004, 297 páginas.

Se inscribe esta publicación en la prestigiosa nómina de ediciones de la AADI, en este caso entre las extraordinarias que traducen la realización de actividades particulares.

Si es posible destacar aquí cuál es la palabra más utilizada, sin dudas es “esfuerzo”, que en su sencillez resume la historia de la presencia argentina en la Antártida y del evento que aquí se cronica.

Destacado ya ese esfuerzo en la introducción por el Dr. Abruza, abarca no solamente lo apuntado, sino también la misma realización del Simposio Científico-Jurídico “A cien años de la presencia permanente e ininterrumpida de la Argentina en la Antártida”, que se llevara a cabo entre los días 8 y 9 de octubre de 2004, en la ciudad más austral del mundo.

Se compendian así las presentaciones de los panelistas, junto a palabras de autoridades provinciales y de la Asociación y a presentaciones correspondientes a especialistas en las más diversas disciplinas antárticas. Se trata en suma de características que derivan esencialmente de la problemática abordada, superando así la mera fundamentación de una reclamación territorial argentina.

Armando D. Abruza nos introduce en la temática y en la actividad que en ese momento se iniciaba.

A partir de allí es posible dividir esta obra en tres partes principales: la primera, reservada a lo jurídico-político, la segunda a los aspectos científicos propiamente dichos y la última a la promoción de la región.

En la primera, y dentro de la etapa heroica de la Antártida se destaca inicialmente la presencia de Juan C. Beltramino y Roberto Guyer, negociadores argentinos en la celebración del Tratado Antártico, quienes estuvieron presentes en tan importante evento, y nos dejaron sendos trabajos, que invitamos a recorrer por la importancia pero también por la frescura que trasuntan. En este caso encontramos una fundamentación histórica junto a pormenores de la tarea realizada por el grupo argentino en 1959, junto a los aspectos jurídico-políticos de la posición argentina.

Le siguen sendos capítulos reservados al sistema jurídico antártico, comenzando con un trabajo de Armando D. Abruza en el que se religa el sistema jurídico antártico con el moderno

Derecho del Mar y las transformaciones operadas a partir de la celebración de nuevos acuerdos internacionales, sean éstos particulares al sistema antártico, sean multilaterales. A renglón seguido Myriam Colacrai agrega el componente político, en el que se destacan sus consideraciones sobre la evolución de la política antártica argentina, marcadamente territorialista al comienzo de los años '60 y que avanzó hacia una concepción científica en épocas más recientes, óptica a la que no escapa la cooperación argentina con otros Estados.

Dentro de este apartado, otro capítulo centra el estudio en temas jurisdiccionales antárticos, siempre desde la posición argentina. Por un lado la presentación de Gustavo Barbarán, con un estudio particular del tema, quien, junto al análisis de algunas cuestiones complejas como la participación argentina y el art. 4 del T.A. y la relación entre éste y la Conferencia sobre Derecho del Mar que llevó a la firma de la Convención de 1982, efectúa un análisis desde la perspectiva de los intereses nacionales. Se agrega a éste la perspectiva jus privatista de Daniel Piombo, quien destaca la escasez de relaciones jurídicas en el ámbito privado antártico que provocó la ausencia casi total de regulación al respecto, derivada del vacío en las atribuciones soberanas. Quedan así relacionadas ambas concepciones de la soberanía en el continente blanco.

A partir del capítulo 4 se abre la apuntada segunda parte. En una primera instancia, con un trabajo de Mariano A. Memolli que rescata el rol de la ciencia en la política antártica argentina y la estructura instrumentada por nuestro país en este ámbito. A renglón seguido Eduardo B. Olivero nos acerca un interesante trabajo sobre "Estratigrafía del cretácico superior de Antártida y sus implicancias paleoambientales". Le sigue un interesante trabajo de Susana Díaz sobre "El agujero de ozono", en el que se explora sobre la evolución de estos estudios y algunas características de los mismos en el continente antártico.

La siguiente problemática abordada radica en los recursos vivos marinos antárticos, desde un nuevo enfoque: jurídico, a cargo de Ariel Mansi, desde el análisis de la Convención de Canberra sobre Recursos Vivos Marinos Antárticos, y el científico biológico, en manos de Enrique Marschoff, que, a partir de instituciones ya previstas en dicha Convención efectúa consideraciones sobre su aplicación en la materia de su especialidad.

La parte ambiental se inaugura también con un trabajo jurídico, esta vez a cargo de Ernesto J. Rey Caro, quien hace interesantes consideraciones sobre la evolución del Derecho Internacional Ambiental y particularmente del enfoque ambiental en la Antártida. Y para volver al equilibrio entre aspectos jurídico-políticos y ambientales apuntado en los apartados anteriores, José María Acero centra su estudio en la protección ambiental antártica a la luz del Protocolo de Madrid. Cierra esta apartado otro trabajo de Ariel Mansi, en esta oportunidad sobre la "Responsabilidad por daños al medio ambiente antártico". No son ajenos a esta contribución el enfoque jurídico pero también el político en materia tan específica, sin dejar de lado algunos aspectos de las RCTA.

La última parte se reserva a lo que llamamos la promoción no solo de la Antártida en general sino específicamente de nuestra provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y de su ciudad capital, Ushuaia. Se analizan aquí distintas actividades como la turística, oportunidad en que José M. Acero se detiene sobre la significación de esta actividad tanto para el medio ambiente como para la ciudad capital en particular, auténtica puerta de entrada al continente antártico. Precisamente es en esta condición en la que se detienen sucintamente Mónica Madoni y más extensamente Daniel Leguizamón, en este caso desde la óptica de la Secretaría de Turismo de la Nación, trabajo éste que vuelve sobre aspectos

jurídico-políticos, pero también sobre cuestiones económicas y productivas. Aparecen entonces serios planteamientos en lo que atañe a las competencias nacionales y provinciales relacionadas con la especial condición geográfica de nuestra Tierra del Fuego, de cara al continente blanco.

El último trabajo de esta parte corresponde a Miguel A. Portela quien analiza el T.A. desde la óptica de su provincia austral y a través de la legislación provincial.

Se cierra esta publicación con reflexiones finales correspondientes a algunos de los panelistas, como así también con la transcripción de preguntas que les fueran formuladas en el plenario final, y palabras del señor Gobernador de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

En definitiva es una cuidada publicación que nos acerca una visión actualizada de la problemática antártica y desde la óptica de la posición argentina.

Volviendo entonces sobre las palabras iniciales de esta recensión, el esfuerzo ha sido coronado con éxito.

*Graciela R. Salas*

**ALICE, MAURICIO. “El Sistema Jurídico Interamericano”. Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN). Colección Libros del ISEN. Buenos Aires, 2006, 203 páginas.**

La obra que se comenta, de la autoría de un experto, tiene dos vertientes; por un lado es fruto de los estudios, realizados por el autor, sobre los temas esenciales del Derecho Internacional y de los que han sido preocupación histórica de los Estados de América y, en especial, del realizado sobre las cuestiones actuales que revisten una importancia fundamental pues son las que se encuentran próximas a las acciones presentes de los países americanos y, en consecuencia, a nuestra diaria realidad individual. Por otra parte se calificó al inicio, a Mauricio Alice, de experto y en verdad lo es, a sus estudios suma su experiencia, ha sido partícipe de la acción de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como Representante Alterno de la República Argentina, ha trabajado en el laboratorio de la Organización en asuntos de particular relevancia. Todo ello sumado a su capacidad de análisis, a su agudeza para destacar lo esencial de cada tema, a la claridad y armonía de la exposición que realiza hacen que la lectura de su trabajo, sea a la vez, instrumento de aprendizaje, de profundización de conocimientos y aclaración de conceptos, realidades, acciones y perspectivas, y de disfrute intelectual.

El libro, como bien lo dice su prologuista, constituye una exposición “... *sistemática, ordenada y actualizada...*” y agrego “necesaria” en razón de su amplitud temática, de su precisión metodológica y conceptual y de su actualidad. Mauricio Alice acredita su vocación de investigador y docente.

El texto se encuentra dividido en cinco Capítulos; luego de unas necesarias precisiones introductorias, los dos primeros Capítulos titulados *La OEA y el Derecho Internacional frente a un Orden en transición*” y “*Antecedentes y evolución histórica*” contienen una apreciación de la realidad contemporánea que es el ámbito a regir por el Sistema jurídico regional y de sus antecedentes, desde los inicios de su formulación hasta la actualizada

legislación interamericana de nuestros días. Puntos destacados del análisis son, entre otros, las referencias al concepto y contenido de “comunidad internacional”, al rol de las Organizaciones en el desarrollo de las relaciones internacionales como medios de acción colectiva de los Estados y los comentarios, concretos o incidentales, relativos al surgimiento de nuevas entidades que operan internacionalmente con afectación de las pautas clásicas del ordenamiento jurídico internacional.

Al exponer acerca de los antecedentes del Sistema no se limita a una enumeración cronológica de acciones, convenios e instituciones de vigencia regional, sino que se adentra en la naturaleza y la connotación política de los distintos períodos del regionalismo americano; el Hispanoamericanismo, el Panamericanismo y el Interamericanismo realizando un prolijo análisis de los temas considerados en cada una de las etapas citadas.

El tercer Capítulo, *La Carta de la OEA*, está dedicado al aspecto institucional de la Organización regional. Su contenido se refiere a los aspectos dogmáticos: naturaleza, propósitos, principios y derechos y deberes fundamentales. La estructura orgánica; composición, competencias y funcionamiento de los órganos, órganos subsidiarios y Organismos Especializados es parte de sus comentarios. Constituye, sin duda, una exposición actualizada de los mecanismos institucionales y operativos de la Organización y un valioso texto de consulta.

En el Capítulo cuarto titulado *La Agenda Interamericana*, en un centenar de páginas (con mucho, el más extenso de la obra) nos trae a una realidad inmediata, su objeto es la problemática que nos preocupa: Democracia, Derechos Humanos, Seguridad Hemisférica, Terrorismo, Corrupción, Solución pacífica de controversias, Justicia, Libre comercio, entre otros de importancia.

Cada una de las cuestiones que analiza son tratadas con suficiencia, esto es en forma completa; incluye antecedentes, los actos internacionales en la materia particular que trata, las reuniones internacionales y los compromisos asumidos por los Estados incorporando, en la oportunidad correspondiente, los textos declarativos y vinculantes con sus fundamentos destacando, como corresponde a la naturaleza de la obra, las contribuciones y la realidad americana.

El quinto Capítulo es americanista, *Contribuciones del Sistema Interamericano al Derecho Internacional*. En él se señalan los aportes de América que, al adquirir dimensión universal, han contribuido al desarrollo progresivo del Derecho Internacional. Subraya cuestiones vigentes y de trascendencia, entre ellas las referidas a: el principio del *uti possidetis* de particular relevancia en la solución de controversias relativas a derechos territoriales y determinación de límites, de cada vez más frecuente invocación por los órganos judiciales internacionales; la asistencia recíproca, la seguridad colectiva, la solución pacífica de controversias; los principios de igualdad, soberanía, independencia y su corolario: el principio de no intervención; el tratamiento a las personas y bienes extranjeros que se expresan en las Doctrinas Drago y Calvo; el Derecho de Asilo; los desarrollos del Derecho Internacional del Mar y sus recursos, para concluir con la más reciente temática: corrupción, terrorismo y tráfico de armas.

Una acotación personal e interesada, la coincidencia de opinión, con el autor, acerca de la existencia de un Derecho Interamericano es una realidad en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Cátedra de Derecho Internacional Público que tengo la responsabilidad de encabezar; en ella fue creada la materia “Sistema y Derecho Interamericano” que ha tenido el honor de contar entre sus docentes al Dr. Mauricio Alice, en virtud de ello, disfrutamos del privilegio de escuchar, directamente, de primera

mano, sus documentadas palabras sobre las cuestiones contenidas en su obra, de informarnos y aprender.

De índole formal pero importantes, ilustrativas, oportunas y correctas son las referencias documentales y doctrinarias que incorpora al texto del trabajo, idéntico concepto merecen las notas a pie de página. La bibliografía, pertinente y actual, y los textos complementarios citados permiten, al estudiante, al estudioso y al lector interesado, contar con un valioso acervo adicional de consulta.

Para concluir, vuelvo a las palabras de mi amigo el prologuista, Jean-Michel Arrigi, la obra de Mauricio Alice nos permite a todos, docentes y estudiantes, cumplir una obligación, esta es conocer nuestra realidad jurídica e institucional, ampliar, ordenar y valorar lo realizado y trabajar para satisfacer lo que falta realizar. La obra que he tenido la ocasión de comentar es, en opinión de docente en Derecho, de gran valor científico y didáctico.

*Luis Ignacio Savid-Bas*

**ALONSO GARCIA, RICARDO / SARMIENTO, DANIEL. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia.* Thomson Civitas, Navarra (España), 2006, 474 páginas.**

Como bien se titula la obra los autores han realizado un trabajo que contiene explicaciones y concordancias entre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la normativa del acervo comunitario y la legislación española, con la jurisprudencia más significativa española y de tribunales internacionales europeos.

El extenso Prólogo contiene referencias históricas relativas al desarrollo de la normativa sobre los derechos humanos en Europa Occidental y, en particular, destaca que ha sido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea el que ha ido configurando los derechos fundamentales propios del ordenamiento comunitario al haber utilizado como fuentes de inspiración los tratados internacionales de los derechos humanos y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Explica brevemente los pormenores de la elaboración de la Carta y el importante papel que le cupo al Consejo Europeo.

Más adelante hace referencia a la incorporación de la Carta en la Parte Segunda del Tratado por el que se establece la Constitución Europea y las distintas implicancias que ello aparejó, especialmente el hecho de su dependencia a la entrada en vigor del segundo, momento a partir del cual la Carta se convertirá en Derecho Constitucional Europeo. Al respecto los autores entienden este instrumento jurídico es válido como acuerdo interinstitucional proclamado por los órganos principales de la Unión Europea, pero carente de efectos vinculantes *ad extra*.

A pesar de esta circunstancia consideran que a través de importantes casos judiciales se ha visto acogida por los Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y por el Tribunal de Primera Instancia. Por otra parte advierten que se ha visto mencionada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos desde 2000.

Por último, en el Prólogo hacen referencia a la utilización de la Carta por la justicia nacional y a la relación entre la misma y los derechos fundamentales proclamados por la Constitución española.

En la obra describen el contenido de la Carta, sistematizada de la siguiente forma: Preámbulo, Capítulo I Dignidad, Capítulo II Libertades Fundamentales, Capítulo III Igualdad, Capítulo IV Solidaridad (éste contiene el novedoso derecho al acceso a los servicios de interés económico general, el derecho al medio ambiente y a la protección de los consumidores), Capítulo V Ciudadanía, Capítulo VI Justicia. Finalmente, el Capítulo VII se refiere a las disposiciones generales relativas al ámbito de aplicación, el alcance de los derechos, el nivel de protección, la prohibición del abuso del derecho).

Cuenta el libro con Anexos referidos a la concordancia con la Constitución Europea y a la jurisprudencia que invoca la Carta ordenada por artículos y por órganos jurisprudenciales.

Puede decirse que constituye un material de consulta obligatoria para los estudiosos del derecho comunitario europeo atento a la prolija y completa recopilación de jurisprudencia y las valiosas referencias acerca de las modificaciones introducidas por la Constitución Europea.

María Cristina Rodríguez

**ALONSO GARCIA, RICARDO. *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio y Jurisprudencia. Tercera edición. Thomson-Civitas. Editorial Aranzadi. Navarra, 2006, 570 páginas.***

Esta tercera edición de la conocida y meritoria obra de Alonso García, que fuera reseñada en sus ediciones anteriores en este mismo Anuario, guarda la estructura de las ediciones anteriores, estando dividida en una Parte Introductoria y una Parte Documental.

La *Parte Introductoria* consta de: \*un *Estudio Preliminar* en el que el autor se refiere a aspectos sustanciales y evolutivos de la naturaleza de la integración europea, de la atribución de competencias de la Comunidad, a las relaciones interinstitucionales en el seno de la propia Comunidad, al contenido “constitucional” de la construcción europea, al tipo de normas, al desarrollo y ejecución del Derecho comunitario, entre otras relevantes cuestiones; \* *Bibliografía Básica*; y *Cronología de la composición del Tribunal de Justicia* desde 1958 a 2009.

La *Parte Documental* está dividida en cinco capítulos. El Capítulo I, relativo a *La naturaleza de la integración europea* que reúne las sentencias en los asuntos *Van Gend & Loos* y *Flaminio Costa*. El Capítulo II se ocupa de las *Competencias y proceso decisorio*, dividiéndose en cinco títulos (“Principio de atribución de competencias y la doctrina de los poderes implícitos”; “Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”; “La cooperación leal vertical y horizontal”; “Los principios institucionales de atribución y de equilibrio de poderes”; “La elección de la base jurídica”). El Capítulo III desarrolla las *Fuentes* discerniendo bajo diferentes títulos, según se trate de tratados, reglamentos, directivas, decisiones, instrumentos atípicos, principios generales del derecho o *soft law*. El Capítulo IV, referido a *Sistema jurisdiccional*, en nueve títulos, se ocupa de los aspectos generales de la cuestión prejudicial; de la cuestión prejudicial de interpretación; del recurso por omisión; de la cuestión prejudicial de validez; del recurso por incumplimiento; del recurso por responsabilidad extracontractual; del control previo de acuerdos internacionales y de las medidas cautelares. El Capítulo V se centra en los casos relativos a *Relación con los Derechos de los Estados*

*miembros*, distinguiendo la eficacia directa del Derecho comunitario y su primacía. Asimismo, se ocupa de los asuntos relativos a seguridad jurídica y responsabilidad pública por infracción comunitaria.

Al igual que las ediciones anteriores, ésta se manifiesta como una obra de consulta imprescindible para quienes se interesan por el derecho comunitario europeo y los procesos de integración en general.

*Zlata Drnas de Clément*

**BAZÁN, VÍCTOR, *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales. Un Análisis de Derecho Comparado. Porrúa Editorial. Méjico, 2003, 121 páginas.***

Pocos temas deben estar más vigentes en la actualidad que el de la problemática del control de constitucionalidad en los tratados internacionales.

Pero para poder echar luz sobre el tema, tendremos que averiguar el modo en que los Estados nacionales reciben las normas internacionales, o en caso de ausencia de ellas, cómo resuelven jurisprudencialmente las situaciones concretas.

Es que de acuerdo a cómo responda cada Estado en particular con respecto a su soberanía, su posición política, ideológica y jurídica, será también el modo de actuar que asuma frente al Derecho Internacional. Dicho en otras palabras, si se muestra permeable o no frente al contexto internacional dado.

Así comienza la obra del profesor Bazán, la que además contiene tres capítulos. El primero, “SEÑALAMIENTO DE LOS PERFILES DEL TRABAJO Y ANTICIPO DE LA POSICIÓN AQUÍ DEFENDIDA”, es una enunciación de los factores de análisis involucrados, estudiando las desventajas del control de constitucionalidad posterior o represivo de los instrumentos internacionales, teniendo en cuenta la exigencia de resguardar la supremacía constitucional.

En esta parte remarca una de las problemáticas más importantes: la presencia o ausencia de reglas expresas que establezcan el modo de recepción de las normas convencionales y consuetudinarias internacionales en el derecho interno y el lugar que ellas ocupan en el contexto de las fuentes del ordenamiento jurídico estatal.

En este capítulo el Dr. Bazán dice, sin vueltas ni eufemismos, que adscribe al modelo de contralor *previo* de constitucionalidad, pero con el añadido de una modalidad *obligatoria* de ejercicio de dicha actividad fiscalizadora, ya que en su concepto le brinda al sistema una mayor dosis de seguridad en beneficio de los instrumentos internacionales, una vez que éstos han sido incorporados al ordenamiento interno.

El Capítulo II, “RECORRIDO POR LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y REFERENCIA A CIERTOS CASOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES”, es una descripción de casos concretos en países como: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y Venezuela; cada uno de ellos con sus matices particulares.

Este estudio sobre cada uno de los países no es una mera yuxtaposición de datos del derecho comparado, sino que persigue encontrar los perfiles consonantes y disonantes, para poder pasar luego a proponer con argumentos sólidos, su visión personal respecto del tema

elegido, sin eludir expedirse sobre la formulación de una proposición de *lege ferenda* para un futuro hipotético de reformas constitucionales en los países en cuestión.

En el Capítulo III, “VISIÓN DE CONJUNTO, UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* Y REFERENCIAS COLATERALES SOBRE ALGUNAS APORTACIONES DEL DERECHO COMPARADO”, el Dr. Bazán sintetiza las líneas básicas que tipifican a los sistemas de control de constitucionalidad imperantes, en los países examinados en el capítulo anterior.

Además analiza los puntos de contacto y desencuentro en esos sistemas, valiéndose de la *praxis* jurisprudencial, cuando el caso lo requiere. Se pregunta también si es preferible el control de constitucionalidad *a priori* o *a posteriori* y da razones. Finalmente, trae un estudio de los casos de Méjico, Brasil y Uruguay.

En conclusión, se trata de un libro en el que se nota la cantidad de horas dedicadas al estudio de los diferentes sistemas y soluciones propuestas en los países analizados. Como lo dice el Dr. Sagués, prologuista de la obra, Víctor Bazán, catedrático de derecho internacional y de derecho constitucional, tiene la ventaja de conocer y comprender la cuestión desde la conjunta visión angular de estas dos disciplinas, circunstancia que le permite un juicio ecuánime.

*Diego García Montaña.*

**BERTONI, LILIANA. *Laudos Arbitrales en el MERCOSUR*. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2006, 401 páginas.**

La obra, prologada por el Arbitro del MERCOSUR Dr. Guillermo Michelson Irusta, constituye un nuevo aporte de la autora al estudio de los sistemas de solución de controversias en los sistemas de integración, centrándose en esta obra en el sistema arbitral desarrollado en el MERCOSUR.

El trabajo se divide en 12 capítulos de lectura ágil, aunque cabe hacer la salvedad de que el último de estos capítulos es un anexo documental.

La autora nos introduce en la temática con una sucinta descripción, en el Capítulo I, de los antecedentes que marcaron el desarrollo de los procesos de integración.

El Capítulo II, por su parte, contiene un breve pero completo panorama de los sistemas y métodos de solución de controversias adoptados en los sistemas de integración en el continente americano.

El Capítulo III está dedicado al estudio del sistema de solución de controversias del MERCOSUR propiamente dicho y se encadena íntimamente al Capítulo IV en el cual la autora realiza una exhaustiva exposición de la evolución experimentada por éste.

Cabe destacar que tanto en éste último capítulo como en capítulos subsiguientes la autora va desarrollando un minucioso análisis comparativo del sistema de solución de controversias mercosureño antes y después de la entrada en vigencia del Protocolo de Olivos.

El capítulo V centra su atención en la actuación de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* tanto en lo referente a la jurisdicción y ley competente como con relación a los plazos procesales.

Son interesantes y de valor informativo las dos fichas técnicas que contiene este capítulo que, además de la integración y objeto de cada uno de los procesos arbitrales entre otros datos, permiten una análisis del funcionamiento de cada uno de estos Tribunales *ad hoc* en relación a los plazos procesales.

Los Capítulos VI a IX constituyen sin duda la parte medular y más jugosa de la obra. En éstos se efectúa un detallado análisis de todos los procesos arbitrales concluidos en el MERCOSUR estando vigente el Protocolo de Brasilia y la *actuación del primer tribunal ad hoc reunido de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo de Olivos*. Constituye sin duda un valioso aporte en el que se puede apreciar un pormenorizado detalle del marco jurídico de la controversia, sus antecedentes, el objeto litigioso, los pasos procesales cumplidos por las partes y la Decisión del Tribunal. La información se presenta con un análisis individualizado de cada una de las controversias las que se exponen siguiendo un orden cronológico que se inicia con el examen del laudo emitido por el primer Tribunal Arbitral del MERCOSUR.

El Capítulo X está dedicado al novísimo Tribunal Permanente de Revisión creado a través del Protocolo de Olivos. La autora describe el funcionamiento de este Tribunal en su primera experiencia acaecida por la interposición del recurso de revisión por parte de la República de Uruguay en contra del laudo recaído a favor de Argentina en la controversia sobre la prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay.

Es interesante el minucioso análisis efectuado por la autora en el Capítulo XI sobre el nivel de cumplimiento de los laudos por los Estados partes en las controversias.

El anexo documental contiene el Protocolo de Olivos y su Reglamento y las Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales *ad hoc*.

En suma se trata de un estudio del que cabe ponderar su claridad expositiva y que constituye, sin lugar a dudas, un material de suma utilidad para la enseñanza y difusión del sistema de solución de controversias mercosureño.

Oscar Benítez

**CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO/VENTURA ROBLES, MANUEL E. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3ª Edición, actualizada y ampliada, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. San José de Costa Rica, 2005, 629 páginas.***

Los autores prologan brevemente esta tercera edición en la que han mantenido los anexos documentales y agregado dos ensayos de cada uno de ellos en la parte doctrinal.

La presente obra comprende además de los prólogos a la segunda edición, nueve trabajos que desarrollan las ideas sostenidas por los autores en las ediciones anteriores, en particular los cuatro ensayos mencionados. Todos ellos están estructurados en un eje común en relación con el acceso de la persona humana a la justicia internacional.

El Juez Cançado Trindade aborda en el primer trabajo referido al “Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional”, en el cual considera que lograr el *ius standi* de los individuos ante la Corte significará el punto culminante de la emancipación total del ser humano como titular de derechos inalienables que emanan directamente del derecho internacional.

El Juez Manuel E. Ventura Robles fundamenta en este trabajo titulado “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente” las razones para tomar las providencias necesarias para que la Corte Interamericana se torne en tribunal permanente en un plazo razonable, utilizando a tal fin un método cronológico para el análisis del desarrollo progresivo de las actividades de la Corte.

“La consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano en la Agenda de los Derechos Humanos del Siglo 21”, conferencia del Dr. Caçado Trindade con motivo de la distinción Doctor *Honoris Causae* de la Universidad Central de Chile, agosto 2003 es el trabajo siguiente en el que la persona humana vuelve a adquirir protagonismo como sujeto del derecho tanto interno como internacional en medio del proceso de humanización del derecho internacional, destacando que la titularidad jurídica internacional del ser humano es hoy una realidad innegable, el sujeto último del derecho tanto interno como internacional.

Del mismo autor es la conferencia “Hacia el nuevo *jus gentium* del siglo 21: el derecho universal de la Humanidad” con motivo de la distinción Dr. *Honoris Causae* de la Pontificia Universidad Católica del Perú noviembre 2003 donde destaca el desarrollo del Derecho Internacional Público a partir de la segunda mitad del siglo XX, muestra una evolución hacia un instrumental jurídico de liberación del ser humano. Vincula a la conciencia jurídica universal la llamada cláusula Martens la que considera ha sido afirmada en beneficio de todo el género humano y le otorga al jurista un rol de crucial importancia en la construcción de lo que considera el nuevo *jus gentium* del siglo 21: el derecho universal de la humanidad.

“El acceso directo de la víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ideal y una lucha de Antônio A. Caçado Trindade”. En este trabajo el Dr. Manuel E. Ventura Robles hace referencia a las reformas que se produjeron en los Reglamentos de la Corte y Comisión Interamericanas, importantes para el funcionamiento del sistema y a las aún pendientes, considerando en estas últimas a lo que históricamente es más trascendente referida a la modificación del art. 61 de la Convención para dar acceso directo a la de la Corte (*jus standi*) considerando que así la persona humana recuperará el papel central dentro del derecho internacional de los derechos humanos. Analiza la evolución que ha tenido esta propuesta en los distintos estudios presentados a las Asambleas Generales de OEA.

Esta propuesta de acceso directo del individuo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de autoría del Juez Antônio Caçado Trindade, muestra la evolución de su pensamiento jurídico que impulsa un proceso de humanización del Derecho internacional especialmente el Humanitario en el que considera que el papel central es del ser humano. El autor hace un análisis comparativo con la propuesta del Gobierno de Costa Rica.

Del Dr. Caçado Trindade con motivo de recibir el título de Dr. *Honoris Causae* en Paraguay 2004 es la conferencia que se incluye bajo el título “La emancipación de la persona humana en la reconstrucción del *jus gentium* en la que caracteriza nuevamente a esta evolución más amplia del Derecho Internacional Público como la de la reconstrucción del *jus gentium*, como un nuevo y verdadero derecho universal de la humanidad.

El juez Manuel E. Ventura Robles mediante el desarrollo de su voto razonado en el caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago considera “la necesidad de establecer en la OEA un grupo de trabajo permanente dedicado a supervisar el cumplimiento por parte del Estado parte en la Convención Americana de Derechos Humanos, de las sentencias y medidas provisionales que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ilustrando su trabajo con un

listado de la totalidad de casos contenciosos y medidas provisionales sometidas a la Corte a febrero 2005, y concluye con su conferencia titulada “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. La necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente (efectos de la aplicación del 4º Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de Junio de 2001 a Junio de 2004, en relación con el artículo 44.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “la que también contiene listados y cuadros de casos sometidos, de sentencias emitidas entre otros datos de interés.

El último trabajo publicado es la conferencia a cargo del Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade con motivo de la apertura oficial del Año Judicial de la Corte Europea de Derechos Humanos, en Estrasburgo, enero de 2004, titulada “The development of international human rights law by the operation and the case-law of the European and the Inter-American courts of human rights” en la que señala que la jurisprudencia de las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos es en la actualidad el patrimonio jurídico de los Estados y personas de ambos continentes, considerando que los métodos de interpretación de la Convención Europea es la mayor e histórica contribución de la Corte Europea al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su hermana menor: La Corte Interamericana también ha actuado en casos que reflejan la realidad de los derechos humanos en el continente americano construyendo su propia jurisprudencia en la interpretación de la Convención Americana siendo coincidente con la de la Corte Europea.

La segunda parte reitera los anexos documentales presentados en la 2º edición referidos a: el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de Noviembre de 2005; la Presentación del Presidente de la Corte Juez Antônio A., Cançado Trindade ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos el 19-47-2002 y la Intervención del Presidente de la Corte Juez A. A. Cançado Trindade ante el Plenario de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Barbados, 4 de junio de 2002, concluyendo así una actualizada publicación que brinda aspectos de sumo interés sobre la temática desarrollada.

*Marta Susana Sartori*

**CASADO RAIGÓN, RAFAEL (Director). “L’Europe et la mer. Pêche, navigation et environnement marin”. Collection de droit international. Editions Bruylant. Editions de l’Université de Bruxelles. Bruselas, 2005, 525 páginas en inglés y en francés.**

El número 61 de la Collection de droit international dirigida por el profesor Jean Salman, profesor emérito de la Universidad Libre de Bruselas, y dedicado al profesor Daniel Vignes, nos acerca una interesante colección de trabajos de no menos notables internacionalistas.

Agrupados en tres capítulos, ya delineados desde el título, la totalidad de los trabajos comparten a Europa como eje temático de las deliberaciones de la Asociación Internacional de Derecho del Mar, celebrada en Córdoba, España, en octubre de 2003.

Se trata de trabajos presentados en torno a tres aspectos específicos del Derecho del Mar: la pesca, la navegación y el medio ambiente marino. Lamentablemente no es posible hacer aquí un comentario de cada uno de los treinta y cuatro trabajos incluidos en esta publicación

atento los límites impuestos a las recensiones por el Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Es en virtud de esas limitaciones que decidimos caracterizar cada capítulo antes que detenernos en los trabajos particulares, destacando solamente aquellos casos que inclusive los propios moderadores han destacado en sus informes.

La distribución de los temas se aprecia acertada, y cada capítulo está precedido por una introducción de los respectivos moderadores, seguida por los diversos trabajos y contribuciones presentados por los asistentes, provenientes de una veintena de países de distintos continentes.

“*Europe et la pêche maritime*” es introducido por algunas consideraciones generales de Juan Antonio Carrillo Salcedo en sus “*remarques introductives*”, quien se refiere a alguna reglamentación europea específica que implica el abandono de principios tradicionales como la jurisdicción dominante del Estado ribereño y de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón en alta mar, a los que agrega posteriormente la aplicación del principio de no discriminación en relación a pescadores comunitarios en las jurisdicciones marítimas de los Estados que conforman actualmente la organización europea.

No escapa a sus apreciaciones el planteamiento de los Estados cuya posición es calificada como un fenómeno de “*jurisdiction progressive*”, “*jurisdiction rampante*” o “*creeping jurisdiction*”. Es en esta ocasión que hace una especial referencia al trabajo presentado por el Ernesto J. Rey Caro sobre “*Les relations conventionnelles de la République Argentine avec l’Europe en matière de pêche*” y a sus comentarios sobre la actual legislación argentina de pesca que llevaron a un interesante debate sobre el tema.

Es en este ámbito que se destaca la cerrada defensa de los intereses pesqueros españoles, en tanto potencia pesquera europea y a nivel mundial, especialmente en el trabajo presentado por Luis I. Sánchez Rodríguez sobre “*La pêche et les intérêts espagnols*”, junto a la posición clara de participantes de origen particularmente latinoamericano como Ernesto J. Rey Caro o Francisco Orrego Vicuña.

Integran esta parte los siguientes trabajos: *The common fisheries policy (rapport général)* (Carlos Domínguez Días); *La pêche et les intérêts espagnols* (Luis Ignacio Sánchez Rodríguez); *Une nouvelle approche de la relation halieutique Unión européenne – Maroc: d’un accord de dimension politique à une convention à vocation économique* (Abdelkader Lahlou); *OMC et développement durable de l’activité de pêche en Europe* (Anni Cudenneq); *Les réserves de pêche au profit des Etats côtiers et le problème communautaire de la non discrimination entre pêcheurs des Etats membres* (Serge Beslier); *Les nouvelles tendances du droit de la mer en Amérique latine e leurs effets à l’égard des pêcheurs européens* (Francisco Orrego Vicuña); *Le principe de précaution en matière de pêche après l’Accord sur les stocks chevauchants et sur les espèces hautement migratrices* (Gemma Adreone), y *Fishing Agreements between Argentina and Europe* (Ernesto J. Rey Caro).

La segunda parte “*L’Europe et la navigation maritime*” es sintetizada por Tullio Treves también en sus “*remarques introductives*”. Como surge del título, esta parte del trabajo está reservada al uso más tradicional del mar, como es la navegación. Luego de una sutil referencia a los antecedentes que llevaron a la firma de la Convención sobre Derecho del Mar y a la reforma de la Parte XI, se detiene en sendos fallos del Tribunal Internacional del Mar, el caso del *Saiga* y el caso del *Volga*, las cuestiones jurídicas planteadas en cada uno de ellos, y el desarrollo del moderno Derecho del Mar a partir de la firma de tan importantes instrumentos.

Efectúa luego algunas consideraciones sobre la aparición de ciertos fenómenos como las migraciones clandestinas por vía marítima, a partir de los cuales los problemas humanitarios y de Derecho Penal Internacional se cruzan con temas específicamente de Derecho del Mar.

El siguiente fenómeno que cita es la influencia sobre la navegación de grandes desastres como el del *Erika* o el del *Prestige*, que provocaron encendidos debates y que de alguna forma opacan los avances producidos después de la entrada en vigor de tan importante convención.

El tercer fenómeno sobre el que se detiene se relaciona con los desarrollos recientes de la navegación como resultado de los conflictos armados.

Se destacan nuevamente en esta parte los trabajos presentados por destacados especialistas españoles, particularmente Rafael Casado Raigón y sus colaboradores de la Universidad de Córdoba (España). Es desde la posición española que se abren específicos cuestionamientos, ante las marcadas relaciones con Marruecos y los más recientes problemas planteados en materia de la navegación en los estrechos internacionales.

Encontramos en este capítulo: *Problèmes généraux de la navigation en Europe (rapport général)* (Giuseppe Cataldi); *Le détroit de Gibraltar* (Rafael Casado Raigón, Miguel García García – Revillo, Eva M<sup>a</sup> Vázquez Gómez, Víctor L. Gutiérrez Castillo); *Le régime de passage dans le détroit d'Hormuz* (Djamchid Momtaz); *Legal aspects of definition of anchorage areas in the Baltic (as element of safety navigation)* (Sergei Aprelev), y *La navigation par les "détroits turcs" et sa spécificité par rapport aux autres détroits* (Hüseyin Pazarci).

Una tercera parte incluye distintos trabajos encabezados por el fresco informe general de Laurent Lucchini sobre "*Les contradictions potentielles entre certaines mesures de protection de l'environnement et la liberté de navigation*", partiendo de una contradicción potencial entre ambas y sus connotaciones desde tiempos inmemoriales, y poniendo de relieve las particularidades de diversos Estados europeos en el tratamiento de dicha relación. Se destaca asimismo la influencia en la evolución de esta contradicción de casos como el *Erika* o el *Prestige*.

Conforman este apartado: *Les contradictions potentielles entre certaines mesures de protection de l'environnement et la liberté de navigation (rapport général)* (Laurent Lucchini); *L'affaire du Prestige: cadre juridique communautaire* (José Manuel Sobrino Heredia); *Position des armateurs après l'accident du Prestige* (Françoise Odier); *Freedom of navigation versus pollution by oil from vessels: the point of view of Coastal States* (Valentín Bou Franch); *L'intégration des exigences environnementales dans la PCP* (Juan Ojeda Sanz); *Les problèmes actuels de la prévention de la pollution de la mer dans la zone littorale du Japon* (Yoshio Otani).

Un cuarto apartado se presenta bajo el título "*Conclusions générales*". Se reservó esta tarea a Daniel Vignes, quien rescata las vinculaciones principales de este evento científico con la Convención sobre Derecho del Mar y con Europa, y las divergencias planteadas en el tratamiento de ambos temas, especialmente en cuanto atañe a los derechos europeos, a la prevención de la contaminación del medio marino y a la reglamentación europea de estas relaciones. Concluye destacando el rol desempeñado por la Convención de Jamaica en el desarrollo del Derecho del Mar.

Cierra este compendio de trabajos con un capítulo en el que se incluyen informes complementarios presentados en relación a temas específicos.

Encontramos aquí: *The contemporary high seas fisheries regime: not a free-for-all, but how free?* (Joaquín alcaide Fernández); *Les accords de pêche entre la Communauté européenne et des pays tiers* (Eloy Ruiloba García); *Le régime juridique de la navigation par le canal de Suez* (Manuel Hinojo Rojas); *La nature juridique du passage inoffensif des navires de guerre étrangers dans la mer territoriale: régime contenu dans la convention des Nations Unies sur le droit de la mer et régime existant en marge de la Convention* (Carlos Espaliú Berdud); *L'identification d'une aire comme zone maritime particulièrement sensible: ses conséquences pour la navigation* (Leticia Rois Madarro); *International terrorism and maritime security: multilateralism vs unilateralism* (Esther Salamanca Aguado); *La lutte contre l'immigration clandestine par mer: problèmes liés à l'exercice de la juridiction par les États côtiers* (Andrea Caligiuri); *Port State measures at de WTO* (Enrique Martínez Pérez); *La catastrophe du Prestige: quelques leçons pour la Communauté Européenne et l'OMI* (Teresa Fajardo Del Castillo); *The struggle against maritime smuggling in the European Union as a limit to sea navigation* (Pablo Antonio Fernández Sánchez); *Evolution experimented in the precautionary principle within the marine environment protection compass as a consequence of the United Nations Conference on Environment and Development* (Trinidad Lázaro Calvo), y *Démarches effectives et de prévention dans l'offensive juridique internationale et communautaire pour une plus grande sécurité maritime: une croisade contre les pétroliers à simple coque* (Adela Rey Aneiros).

Se trata en definitiva de una cuidada publicación que nos acerca a los más modernos planteamientos en materia de Derecho del Mar.

Graciela R. Salas

**CASANOVAS Y LA ROSA, ORIOL et al. *Comunidad Internacional y Sociedad Internacional después del 11 de septiembre de 2001*. Gernika Gogoratuz. Gernika (España), 2005, 192 páginas.**

Resultado del Seminario conmemorativo del sesenta aniversario de la publicación “Comunidad Internacional y Sociedad Internacional” por el profesor Antonio Poch y Gutiérrez de Caviedes, la presente obra contiene un análisis de las consecuencias de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en el marco teórico de las relaciones internacionales, realizada por destacados estudiosos del Derecho Internacional y de las Relaciones Internacionales.

En la presentación de la obra Oriol Casanovas y La Rosa nos introduce en el tema “*Comunidad internacional como categorías de análisis de las Relaciones Internacionales*” donde explica las bases filosóficas de Poch y Gutierrez de Caviedes trasladando el pensamiento de este importante autor a un plano actualizado, lo que aclara se evidencia en las distintas ponencias presentadas en el Seminario.

Eduardo Vilaríño Pintos titula su ponencia “Perfil biográfico y trayectoria del profesor Antonio Poch y Gutierrez del Caviedes” en la que comienza realizando una semblanza de la personalidad de Poch y de su obra a través del tiempo. Aclara que el término *comunidad* en las relaciones internacionales se viene aceptando como si existiera lo que se desearía ver reflejado en los hechos, pero que hay que determinar si los deseos van acompañados por los hechos o son construcciones del vacío y que, por otra parte, la vida social constituye una

unidad porque toda ella es producida y vivida por el agente humano, con múltiples formas que matizan el hecho de la convivencia, que en su unidad última se le da el nombre de *Sociedad*. Continúa comentando algunas reflexiones de Poch acerca de la diferencias entre ambas, la manera en que se establece la sociedad internacional, plantea la inexistencia de una política internacional propiamente dicha y manifiesta que existe en realidad un cruce de políticas nacionales que se proyectan hacia el exterior, y recalca los principios de Hegemonía y Equilibrio que rigen en las relaciones internacionales.

Bajo el título "*Perfil bibliográfico y trayectoria del profesor Antonio Poch y Gutierrez de Caviedes*" la ponencia de Celestino del Arenal Moyúa trata de la significación de comunidad internacional y sociedad internacional en el marco de la doctrina española posterior a 1943, en la que pondera la obra de Poch y las consecuencias en el pensamiento de autores como Mijaja de la Muela, Truyol y Serra, Aguilar Navarro, Legaz Lacambra, Pastor Ridruejo, Díez de Velasco, Remiro Brotóns, entre otros. Entiende que en los trabajos de estos estudiosos del Derecho Internacional se destaca la dicotomía de la vida internacional como una comunidad o una sociedad, buscando el fundamento en la sociología e historia, o bien no profundizando el tema al emplear indistintamente los términos comunidad y sociedad, o tomando posición por el uso de comunidad para el ámbito universal y sociedad para las organizaciones internacionales cuya creación obedece a la voluntad común de los Estados. Finaliza concluyendo que los estudiosos de las relaciones internacionales que abordan el tema coinciden siempre en que se está frente a una sociedad internacional y afirma que de hecho "no hemos encontrado ningún internacionalista que use la expresión comunidad internacional, para referirse a la realidad internacional de nuestros días".

Caterina García Segura titula su ponencia "*Sociedad Internacional o desorden mundial después del 11 de septiembre de 2001*". Adopta como punto de partida dos premisas teóricas: 1) existe una sociedad internacional de Estados y 2) la sociedad internacional es ordenada. En la primera parte explica porqué la sociedad internacional es una sociedad de Estados y cita a Bull para quien es interestatal, anárquica y ordenada a la vez. Advierte el papel que juega el orden en la sociedad internacional construido a partir de intereses concretos, con basamento en la cultura europea, pero reconoce la existencia de lagunas y temas no resueltos por la teoría de la sociedad internacional, tales como la falta de consideración de actores no estatales y la no inclusión del factor económico en la globalización. Considera que el orden mundial establecido en 1945 era legítimo, multilateral, altamente institucionalizado y estable, pero lo califica como disociado de consideraciones de justicia. Luego pasa a considerar el impacto de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos aludiendo a los cambios en la estructura de la sociedad internacional: modificación de la identidad de los actores legítimos, la soberanía como atributo que depende de la relación de los Estados con Estados Unidos, el uso de la fuerza como recurso válido, y el desprecio del multilateralismo y del Derecho Internacional por la potencia hegemónica y sus aliados. Concluye preguntándose si el desorden introducido por las acciones de Estados Unidos se consolidará como un nuevo orden hegemónico imperial o si se recompondrá el orden anterior, afirmando, además, que "desde una perspectiva teórica, la gravedad de las causas del desorden actual requiere un enfoque crítico y no un enfoque reparador para que el orden recompuesto además de ser más estable sea justo".

Noé Cornago Prieto presenta una comunicación titulada "*Modulaciones de la idea de una comunidad internacional*" en cuyo inicio define el término modulación como "la selección de factores que intervienen en un proceso con el propósito de modificar su resultado", esto es

“el proceder que siguen más o menos conscientemente las diferentes perspectivas teóricas cuando abordan el problema de la controvertida existencia de una comunidad internacional”. Clasifica y explica las modulaciones en realista, liberal, materialista, sistémica, constructivista, reflexiva, cosmopolita, relativista y postestructuralista, para finalizar expresando que la pretendida distinción entre comunidad nacional e internacional constituye una suerte de política de contención especial de la comunidad política.

La comunicación de Paloma García Picazo lleva el título “*Sociedad/Comunidad internacional. ¿Una “comunidad imaginada”?* Algunas tentativas críticas”. Comienza afirmando que la invocación a la comunidad internacional es retórica puesto que no existe más que de modo limitado e imperfecto, es por lo tanto una comunidad imaginada y elabora cuatro proposiciones en las que sostiene que existen varias comunidades significativas a escala internacional: 1) que no son propiamente internacionales ni universales más que en potencia; 2) que la comunidad internacional representa los valores de Occidente (The West) en su versión mediatizada por los intereses de los poderosos en la actual escena internacional mientras las otras comunidades (The Rest) son el sistema de valores comunes no comprendidos sino vinculados a un Occidente mundial y los de otros ámbitos culturales, civilizatorios y religiosos que son importantes por la cantidad de población que incorporan y la capacidad de responder y resistir la influencia y el dominio de Occidente; 3) que los episodios del 11 de septiembre de 2001 implicaron el cierre sobre sí misma de la comunidad internacional (The West) como consecuencia del ataque de una de las comunidades adscritas a “The Rest”; 4) la humanidad se ve sometida a una contienda personificada por el sector fanatizado de “The Rest”, aspirante al dominio mundial, que desafía mediante el terror, al “The West” que ejerce el dominio, llevando a lo que denomina “sociedad mundial de riesgo”. Más adelante pasa a referirse a las comunidades imaginadas de la escena internacional, a los afirmadores críticos de la Sociedad/Comunidad Internacional y a los negadores de la Sociedad/Comunidad Internacional: el totalitarismo fundamentalista, realizando un enlace entre lo histórico y lo filosófico.

Rafael Grasa Hernández presenta un trabajo titulado “*The sixty years’ crisis: comunidad y sociedad en Ciencias sociales y Relaciones Internacionales*” en el que propone aproximarse al tema a través de las obras de Carr (The Twenty Years’ Crisis) y Poch ya citadas. Discurre acerca de los cambios producidos al fin de la guerra fría, tales como el fin de la singularidad de las Relaciones Internacionales en el campo de las ciencias sociales; el progresivo entremezamiento entre éstas y otras ciencias sociales, así como entre la teoría política y teoría internacional; el impacto de textos, autores y debates que proceden de la ética, la teoría y la filosofía política; el papel de liderazgo de otras ciencias sociales (ciencia política, sociología, economía); el impacto de la globalización. Realiza críticas a la obra de Poch pues entiende que en ella, pese a referirse a Tönnies no lo ha tratado en profundidad y señala las consecuencias de este hecho. Concluye afirmando la importancia de un programa de investigación centrado en la noción de comunidad.

En la comunicación titulada “*Sociedad postinternacional*” Josep Ibáñez Muñoz se pregunta acerca del carácter internacional de la comunidad o de la sociedad que trasciende las fronteras de los Estados. Considera oportuno partir de la escuela inglesa de las relaciones internacionales, en particular del tratamiento de H. Bull quien afirmaba en 1977 que el elemento sociedad siempre ha estado presente en el sistema internacional moderno aunque sólo sea como uno de sus elementos o de manera precaria. A su juicio la escuela inglesa ha sabido captar la complejidad de la sociedad internacional y de su evolución histórica en un

marco más amplio que trasciende la fronteras estatales. Advierte los cambios que han alterado la coincidencia entre la escuela inglesa y autores europeos de la segunda mitad del siglo XX por la aparición de actores no estatales como partícipes de la sociedad y la dimensión económica de las relaciones internacionales como parte de la política. Para Ibañez Muñoz la sociedad posinternacional puede ser definida como “el conjunto de relaciones sociales conformado por las interacciones que se dan en el seno de la sociedad internacional de Estados y entre todos los actores de las relaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, públicos y privados, según pautas de comportamiento orientadas a la preservación de objetivos elementales del orden social –limitación de la violencia, respeto de los compromisos, estabilidad de la propiedad”.

En la comunicación “*Sociedad, comunidad y audiencia*” Pedro Lozano Bartolozzi hace referencia a la función e influencia de los medios de comunicación a escala internacional en el pensamiento emocional y crítico de los individuos y de las sociedades, llegando a la noción de Audiencia como elemento clave del sistema comunicativo. Analiza la obra de Poch y afirma que el sistema transnacional actual se aproxima más a la realidad comunitaria puesto que se comparten intereses, mensajes, normas y valores. Reproduce la síntesis de la tesis de Poch realizada por Adolfo Miaja en la que se señalan las características de la comunidad y lo vincula con el concepto de Audiencia en su enfoque periodístico como internacionalista. Desde este último punto de vista sostiene que “si una Audiencia posee además intereses, principios, valores y normas comúnmente aceptadas y respetadas por sus miembros de modo estable, cabe afirmar que estamos ante una Comunidad”. Para Bartolozzi el mundo no es Sociedad Internacional ni Comunidad ya que nos ubicamos en un entramado de Audiencias diversas que conviven en un mismo medioambiente y conforman un ecosistema político.

Ángel Rodrigo Hernández titula su comunicación “*Comunidad internacional y Sociedad internacional en la doctrina iusinternacionalista española contemporánea*” fijando de antemano cuáles son los criterios que delimitan su trabajo. Cita el pensamiento de Pastor Ridruejo ejemplificando sobre el uso indistinto de las expresiones Comunidad y Sociedad internacional y los valores comunes que benefician a la primera (moralización, humanización, socialización y democratización). Más adelante menciona autores que han utilizado la expresión Sociedad internacional previa distinción conceptual o sin ella. Por último hace referencia al uso de la expresión Comunidad internacional por la doctrina iusinternacionalista española la que adopta ese término “en función de su valoración de los intereses y valores comunitarios y de la solidaridad existente en el sistema internacional”. Concluye señalando las dimensiones del concepto de Comunidad internacional que clasifica en descriptiva, prospectiva u utópica, normativa y constructiva y el cambio en los valores consensuados por los actores Estados como consecuencia de la imposición de los valores estadounidenses como valores universales.

“*Sociedad Internacional y Relaciones Internacionales. Un breve esbozo desde la escuela inglesa*” es el nombre de la comunicación de la profesora Irene Rodríguez Manzano. Comienza con una síntesis histórica relativa a la escuela inglesa para pasar a analizar el pensamiento de estudiosos pertenecientes a la misma sobre las diferencias entre sociedad y sistema internacionales, calificando al segundo como idea básica y previa a la sociedad internacional. Expresa que según esta escuela en el sistema internacional las unidades básicas de estudio son los Estados mientras que los individuos constituyen las bases de análisis esenciales de la sociedad mundial, en la que comparten identidad e intereses básicos y puede

existir paralelamente a la sociedad internacional. Por último comenta las críticas que se han realizado a la escuela inglesa por la distinción.

Mónica Salomón González titula su comunicación "*La Unión Europea como comunidad internacional: dilemas e interrogantes*". Recuerda el discurso de los ideólogos de la integración europea y al proyecto de la Constitución Europea que aluden a la "comunidad de valores", los que a su entender son universalistas de corte liberal-ilustrado con acento en la democracia. Señala que esta comunidad de valores se caracteriza por las estrategias de ampliación y de exportación del modelo comunitario, pero con cambios originados en la aplicación de la Unión Europea a 25 miembros que ha afectado el principio de solidaridad interna perviviendo la idea de "comunidad de seguridad". Se plantea la contradicción entre su condición de "comunidad de valores" y su accionar hacia fuera y por consiguiente la crisis del modelo en relación a la proyección externa de los propios valores, a lo que se agrega que la Estrategia Europea de Seguridad tambalea entre un sistema multilateral y el desconocimiento del papel de las Naciones Unidas, entre la legalidad y su propia seguridad frente a dos hechos que considera desestabilizantes: el terrorismo y la inmigración. Cuestiona el contenido del "documento Solana", pues entiende que su objetivo es mantener una sociedad internacional injusta y en la que la coacción tiene un relevante papel, y en este orden de ideas que Europa haya asumido como propia la estrategia estadounidense.

La obra finaliza con un Anexo que contiene el Curriculum vitae y publicaciones del profesor Antonio Poch y Gutiérrez de Caviedes.

María Cristina Rodríguez

**DIEZ DE VELASCO VALLEJO, MANUEL. *Las Organizaciones Internacionales*. 14ª edición. Tecnos, Madrid, 2006, 884 páginas.**

El origen de esta espléndida obra se remonta al año 1959, cuando el Prof. Diez de Velasco obtuvo por oposición su Cátedra en la Universidad de Granada y publicó sus "Nociones Elementales de Derecho Internacional Público". Hasta la séptima edición (1990), *Instituciones de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales* se desarrollaban en un solo tomo.

En esta edición han colaborado con el Prof. Diez de Velasco, redactando uno o más capítulos, los Profesores Victoria Abellán Honrubia, Jorge Cardona Lloréns, Concepción Escobar Hernández, Gregorio Garzón Clariana, Araceli Mangas Martín, Fernando Mariño Menéndez, Manuel Pérez González, Gil Carlos Rodríguez Iglesias y José Manuel Sobrino

La obra mantiene la estructura de sus primeras ediciones, dividiéndose en tres partes. La *primera parte* está dedicada a "Cuestiones Generales sobre las Organizaciones Internacionales", abordando aspectos tales como el origen, el concepto, los caracteres, la clasificación de las OI, como también aspectos relativos al status jurídico de las mismas.

La *segunda parte*, titulada "Las Organizaciones Internacionales de Ámbito Universal", estudia a las Naciones Unidas, sus propósitos y principios, la membresía, el sistema institucional, el rol de la Organización en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, la cooperación entre los Estados, la protección de los derechos humanos, entre otros temas.

La *tercera parte*, relativa a “Las Organizaciones Internacionales de Ámbito Regional”, abarca a las entidades de los cinco continentes e incorpora los importantes desarrollos operados en los distintos entes regionales, particularmente, en las Comunidades Europeas y la Unión Europea. Llama la atención la especial dedicación a la acción de la OEA en el ámbito de los derechos humanos, lo que resulta acertado dado que constituye uno de los mayores desarrollos de la organización regional americana.

Cada capítulo va acompañado de rica Bibliografía citada y complementaria y de Índices relativos a decisiones judiciales citadas y autores citados como también un detallado Índice de Materias, lo que facilita la búsqueda y correlación temática.

Esta espléndida obra, complementaria de *Instituciones del Derecho Internacional* constituye el más completo y logrado tratado de Derecho internacional público en lengua hispana.

*Zlata Drnas de Clément*

**FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO / HERBERT, RONALD (Coordinadores). *Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Operti Badán*. Fundación de Cultura Universitaria. Co-patrocinada por la Organización de Estados Americanos. Montevideo, 2005, 994 páginas.**

Si es posible conocer a una persona a través de sus amigos, a no dudarlo estamos ante la presencia de uno de esos hombres que a no dudar dejan huellas indelebles.

Éste es el caso de la obra que nos ocupa en este momento.

La presentación de los coordinadores Diego Fernández Arroyo y Ronald Herber, más allá del respeto y admiración que trasunta, nos ofrece una sintética semblanza del profesor Operti Badán

Para quienes lo hemos conocido en ocasión de algunas de sus actividades académicas y seguido su carrera académica desde la respetuosa distancia que impone el no compartir la rama del derecho que ha marcado su trayectoria, presentar un *liber amicorum* de estas características implica simplemente corroborar lo que ya conocíamos.

Se trata en definitiva de trabajos presentados en torno a tres ramas específicas del Derecho Internacional: Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración. Lamentablemente no es posible hacer aquí un comentario de cada uno de las treinta y siete contribuciones incluidas en esta publicación atento los límites impuestos a las reseñas por el Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

A pesar de ello, no podemos soslayar al menos la enumeración y distribución de los trabajos que se integran a esta importante publicación.

La primera parte y de hecho más extensa es el capítulo reservado al DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO que se integra con los siguientes trabajos: “*Jurisdicción competente y ley aplicable en el abordaje y en la asitenacia y salvamento*” (Fernando Aguirre Ramírez); “*Semblanza de Gonzalo Ramírez* (Gonzalo Aguirre Ramírez); “*Arbitraje internacional, público y privado*” (Luis Olavo Baptista); “*El cambio de los tiempos: los hispanoparlantes en la Conferencia de La*

*Haya de Derecho Internacional Privado*” (Alegria Borrás); “*A arbitragem internacional nos contextos interamericano e brasileiro*” (Nadia de Araujo); “*Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención Interamericana sobre competencia judicial en casos de Derecho Internacional Privado*” (Diego Fernández Arroyo); “*El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho Privado de la Unión Europea*” (José Carlos Fernández Rozas); “*Responsabilidad por hecho ilícito en el ámbito internacional con especial referencia a la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza. Recientes desarrollos y perspectivas para la Convención regional en la materia*” (Cecilia Fresnedo de Aguirre); “*Cuestiones sobre la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional*” (Édison González Lapeyre); “*El concepto de jurisdicción exclusiva en el art. 539. 1.4 del Código General del Proceso*” (Ronald Hebert); “*Medidas cautelares en el arbitraje. Una perspectiva comparatista*” (Jan Kleinheisterkamp); “*The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the Mercosur and the European Union*” (Hebert Kronke); “*La Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores: Algunos comentarios y reflexiones*” (Enrique Lagos); “*El control del consentimiento en matrimonios mixtos para prevenir la inmigración*” (Pilar Maestre Casas); “*Balance de la actuación que desarrolla la CIDIP en materia de protección internacional de menores: Regionalismo versus globalización*” (Pedro-Pablo Miralles Sangro); “*Los trabajos de la sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI, Washington D.C. 2002)*” (Gonzalo Parra-Aranguren); “*The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration*” (Verónica Ruiz Abou-Nigm); “*Las nuevas tendencias frente al sistema clásico del Derecho Internacional Privado, desde la doctrina norteamericana y alemana*” (Roberto Ruiz Díaz Labrano); “*La autonomía de la voluntad como principio de rango superior en el Derecho Internacional Privado Uruguayo*” (Jorge Tállice).

El apartado correspondiente al DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO agrupa las contribuciones: “*Nuevos desarrollos del Derecho Interamericano*” (Jean Michel Arrighi); “*A erosao do poder normativo do Estado em matéria laboral*” (Rui Manuel Moura Ramos); “*Constitución para Europa. Lineamientos generales*” (José María Gamio); “*A Constituição Brasileira de 1988 e as Relações Internacionais*” (Celso Lafer); “*Armonización del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*” (Julio César Lupinacci); “*La Corte Penal Internacional: desafíos y perspectivas*” (Roberto G. McLean U.); “*Interpretación de los tratados internacionales*” (Marco Gerardo Monroy Cabra); “*Interrogantes acerca de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, la soberanía y la seguridad jurídica*” (Beatriz Pallarés); “*La revisión de sentencias internacionales. Práctica reciente*” (Felipe Paolillo); “*Contribuciones al estudio de los Actos Unilaterales de los Estados: ¿Una labor de codificación posible?*” (Víctor Rodríguez Cedeño – María Isabel Torres Cazorla); “*El sistema plurilegislativo en México: la red de conexiones*” (Jorge Alberto Silva).

La tercera y última parte, DERECHO DE LA INTEGRACIÓN cierra con: “*Global life, local law? About the globalization of law and policy-making*” (Jürgen Basedow); “*El protocolo de Olivos: profundización institucional y régimen renovado de solución de controversias en el Mercosur*” (Berta Feder); “*Embargos y otras medidas cautelares en el Mercosur*” (María Blanca Noodt Taquela); “*Nuevos mecanismos institucionales del Mercosur: ¿desarrollos orgánicos o prótesis forzadas?*” (Roberto Puceiro Ripoll); “*El protocolo adicional sobre solución de controversias del acuerdo de complementación económica suscripto entre los Estados Partes del Mercosur y Chile*” (Ernesto J. Rey Caro); “*La solución de controversias en la Unión Europea y*

en el Mercosur” (Jürgen Samtleben); “*La asistencia jurídica internacional en materia penal en el Derecho convencional y de fuente nacional de la República Oriental del Uruguay*” (Eduardo Tellechea Bergman):

El renombre de sus autores y la calidad de las contribuciones, junto a la actualidad de los temas desarrollados nos eximen de mayores comentarios respecto a la utilidad de este libro tanto para alumnos como para estudiosos de los apuntados tres ámbitos del Derecho Internacional.

A no dudar, la tarea emprendida por los profesores Diego Fernández Arroyo y Ronald Herber, habrá sido ardua, pero altamente placentera, a juzgar por sus resultados.

Permítasenos finalmente y de esta sencilla manera, compartir el tan merecido homenaje brindado al profesor Didier Operti Badán.

Graciela Rosa Salas

**FLORES, MARÍA DEL LUJÁN. *La obligación del Estado de reparar daños transfronterizos*. Carlos Álvarez Editor. Montevideo (Uruguay), 2005, 338 páginas.**

Como lo adelanta el profesor Héctor Gros Espiell desde el prólogo, “*este libro constituye un estudio general, moderno y actualizado del gran tema de la responsabilidad internacional*”. Podríamos decir que con esta simple frase quedaría resumido el contenido y los alcances del mismo.

Sin embargo, y antes de introducirnos en su contenido, es posible afirmar que este trabajo constituye una auténtica síntesis de la moderna doctrina de responsabilidad internacional expuesta de una manera clara y sencilla, con el objetivo puesto en dilucidar el tema central cual es la obligación del Estado de reparar daños transfronterizos.

Con ese fin es que comienza a trabajar el tema a partir de conceptos fundamentales y de la doctrina más tradicional, cuya necesidad es reafirmada por su prologuista.

Con el objetivo en la determinación del fundamento de la obligación de reparar los daños transfronterizos derivados de actividades lícitas de un Estado en su territorio, luego de dedicar los primeros diez capítulos a pasar revista a la doctrina tradicional, la autora efectúa interesantes consideraciones e interrelaciones con otras áreas del Derecho, implicadas también en la problemática que nos ocupa, lo que coloca a su trabajo en un mayor nivel de actualización.

Es así que a partir del estudio de los derechos y deberes vinculados al daño transfronterizo (Capítulo XI), nos introduce no solo en el ámbito de la soberanía estatal, sino esencialmente en el de los derechos humanos afectados por el daño transfronterizo, que es, a nuestro modo de ver, el trasfondo de todo su trabajo. De hecho no ha podido soslayar un estudio del Derecho Internacional Ambiental, pero en su moderna versión, es decir ineludiblemente unido al concepto de desarrollo sustentable, vía a través de la cual se da la apuntada relación con los derechos fundamentales de las personas físicas pero también de las de existencia ideal.

El estudio se centra en tres líneas de análisis a partir de la responsabilidad internacional del Estado por daño transfronterizo: por hecho ilícito, por riesgo y por actividades no

prohibidas. De hecho, su enfoque se mantiene en un análisis desde la responsabilidad internacional teniendo siempre presente el proyecto de artículos aprobado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 2001.

Para ello parte de conceptos clásicos del Derecho Internacional general, tanto positivo cuanto consuetudinario, vinculados a la soberanía territorial del Estado, para transitar inmediatamente hacia el Derecho Internacional Ambiental, sus principios constitutivos, y de allí a los derechos individuales, completando así el marco general de su análisis.

No escapa a su análisis la heterogénea práctica de los Estados en distintos ámbitos, a lo que sigue un pormenorizado estudio de la ilicitud del daño transfronterizo y de las dificultades planteadas por la escasez de normas de Derecho Internacional general.

Efectúa una síntesis en relación a las teorías vigentes como en el caso de la responsabilidad objetiva y su fundamentación, la teoría del riesgo, la responsabilidad absoluta, entre otras, y las consecuencias que se derivan del ilícito internacional.

En este orden es de destacar que para la profesora uruguaya, del ilícito internacional que genera este tipo de daños, se deriva la obligación de reparar, no solo por la violación del Derecho Internacional, o por la existencia de un daño, sino esencialmente por la violación de “*un principio general de derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto*”.

Abona el contenido de los distintos capítulos con profusa jurisprudencia y cita de doctrina clásica y moderna, en una permanente búsqueda de precisión respecto de los conceptos utilizados.

Concluye con varios índices que con todo esmero nos permiten el acceso a los diversos contenidos en forma alfabética, y por capítulo, como así también en forma pormenorizada a los instrumentos jurídicos, casos de jurisprudencia, autores y bibliografía utilizados para la concreción de su trabajo.

Su trabajo, en suma es una oportunidad que, bajo el título de “La obligación del Estado de reparar daños transfronterizos”, se brinda la autora para hablar de Derecho Internacional general.

Graciela R. Salas

**GARCÍA GARCÍA-REVILLO, MIGUEL. *El Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Origen, organización y competencia*. Biblioteca Diplomática Española, Sección varios 9. Córdoba (España), 2005, 688 páginas.**

El objetivo del trabajo, tal como lo señala el propio autor en la *Introducción*, es el estudio del TIDM en todas sus facetas, particularmente, las que hacen a su origen, organización, competencia, procedimiento y jurisprudencia.

La obra se estructura en tres Partes, Conclusiones, Bibliografía y Anexo.

La *Primera Parte*, titulada *Origen, Constitución y Entrada en Funcionamiento del TIDM*, consta de cuatro capítulos que hacen un recorrido por la historia del Tribunal desde las primeras propuestas de creación hasta su entrada en funcionamiento.

La *Segunda Parte*, dedicada a la *Organización* del Tribunal, consta de cinco capítulos (“Composición”, “Estructura”, “Funcionamiento”, “Relaciones del Tribunal con terceros”,

“Personalidad y naturaleza jurídica”). Esta parte es rica en el análisis de cuestiones largamente discutidas, como son la dimensión institucional del Tribunal, su autonomía, su personalidad jurídica y la de Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, su capacidad de obrar, entre otros aspectos relevantes.

La *Tercera Parte* titulada *Competencia* se desarrolla en dos *secciones* relativas, respectivamente, a la competencia contenciosa y consultiva del Tribunal. La primera sección consta de dos capítulos relativos a la competencia *ratione materiae* y a la competencia *ratione personae*. La segunda sección estudia la jurisdicción consultiva del Tribunal expresamente otorgada por la Convención y la jurisdicción ampliada fruto del Reglamento del Tribunal. El Doctor García García-Revillo sigue en el desarrollo la estructura tradicional, aun cuando observa que es difícil trazar una línea divisoria clara entre la jurisdicción contenciosa y consultiva por la constante transformación de esta última en el ámbito de la práctica de la Corte Internacional de Justicia e, incluso, del TIDM.

El autor ha buscado a través de toda la obra mantener una estructura de exposición clara, estrictamente secuencializada, pero sin permitir diluir u ocultar las cuestiones de mayor o más novedoso interés jurídico del análisis. Esto último lo ha realizado, evitando romper los esquemas tradicionales de estructuración de la temática, pero, al mismo tiempo, buscando flexibilidad al no abusar de subdivisiones o subapartados.

Las dieciséis conclusiones a las que arriba han llevado al autor a una conclusión general: la coexistencia entre TIDH y la CIJ debe ser articulada de modo beneficioso para la administración de la justicia internacional.

Compartimos las expresiones del director del proyecto de investigación en el seno del cual nació la obra, Profesor Rafael Casado Raigón: “estamos en presencia del mejor estudio monográfico escrito hasta la fecha sobre el TIDM”.

*Zlata Drnas de Clément*

**HUMMER, WALDEMAR/HENNING, KRISTIN. *Hundert Jahre völkerrechtliche (Schieds-) Gerichtsbarkeit in Zentralamerika* (Cien años de jurisdicción internacional/arbitral en América Central), Tomo I, Lit Verlag, Viena, 2206, 445 páginas.**

El presente trabajo de investigación es parte de un estudio más amplio desarrollado en el marco del proyecto sobre *Aspectos jurídicos y económicos de los sistemas de solución de controversias en el ámbito de zonas preferenciales regionales en América Latina y el Caribe*.

La obra se desarrolla en seis capítulos. Tras una breve pero sustanciosa *Introducción*, los autores se ocupan de los orígenes y evolución de los tribunales centroamericanos, pasando revista por el tribunal de la Federación Centroamericana (1824), de la Corte de Justicia Centroamericana (1907), del Tribunal de la ODECA (1962), del tribunal arbitral del Mercado Común Centroamericano (1976), del Tribunal de la Comunidad Económica y Social Centroamericana (1976), tomando en consideración en cada caso sus peculiaridades y sus condicionantes temporales y de entorno.

El tercer capítulo se ocupa de la Corte Centroamericana de Justicia conocida como Corte de Managua (1992), llamando la atención sobre sus múltiples roles como tribunal regional internacional, como tribunal supranacional, arbitral, constitucional, tribunal con capacidad para interpretar tratados, tribunal de consulta para las Cortes Supremas de los Estados miembros, tribunal facultado para llevar adelante estudios sobre derecho comparado y formular proyectos de ley.

El cuarto capítulo está dedicado al estudio del Mecanismo de solución de controversias comerciales entre Estados de Centroamérica y sus consecuencias sobre el sistema general.

El capítulo quinto se adentra en el acuerdo de libre comercio entre los Estados de Centroamérica (con República Dominicana) y los Estados Unidos (CAFTA) de 2004.

El último capítulo está dedicado a las Conclusiones. Observan los autores que América Central, sobre la base de una experiencia histórica propia, ha desarrollado un sistema mixto singular, que se ha alejado de la pura intergubernamentalidad pero sin alcanzar el nivel supranacional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Al desarrollo de los seis capítulos sigue una rica parte documental. A ello se agrega indicación de bibliografía seleccionada y referencia a las principales páginas web sobre la temática.

Llama la atención que este profundo y esclarecedor estudio sobre temas centroamericanos sea fruto de la labor de estudiosos europeos. Especialmente, por no encontrarse en América obras como la presente.

Sin duda, éste es el trabajo más completo y más profundo en la temática escrito en el Continente europeo, constituyendo un aporte significativo para el conocimiento y análisis de la solución de controversias en América.

*Zlata Drnas de Clément*

**PRIOTTI, ANAHÍ. *La Corte Penal Internacional*. U.N.R. Editora, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 2005. Tomo I: 204 páginas. Tomo II: 298 páginas.**

La obra cuenta con un prólogo del Dr. Guillermo J. Fierro.

La misma autora señala, en la introducción, que se propone demostrar la trascendencia de la Corte Penal Internacional, el afianzamiento de una nueva rama de la ciencia del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Penal, evaluar la conveniencia, ventajas y desventajas de la creación de la Corte, analizando su vinculación con la Organización de Naciones Unidas y exponiendo la posición de los Estados, así como mostrar el impacto producido por su entrada en vigor, en el ordenamiento jurídico argentino. Analiza los antecedentes, ubica el tema objeto de estudio dentro del Derecho Internacional Público, para establecer su vinculación con otras ramas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Considera el concepto de jurisdicción penal internacional, la responsabilidad internacional y la responsabilidad individual, reseña el caso Pinochet, al que considera un caso paradigmático en la disciplina. Continúa con el análisis de los principales aspectos del texto aprobado en Roma, dedicándole un capítulo aparte a la competencia de la Corte Penal Internacional. Expone las distintas

posiciones evidenciadas por la Comunidad Internacional frente a la creación de la Corte y el estado actual de la cuestión, para finalizar encuadrando al Estatuto en el marco constitucional de nuestro país, las medidas ya adoptadas y las previstas.

Divide su obra en X capítulos ocupándose, en el primero, de la distinción entre Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal y citando autores, entre otros, los argentinos Julio B. J. Maier, Calixto A. Armas Barea, para luego reiterar la vinculación del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Penal con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

En el segundo capítulo se refiere a la jurisdicción penal internacional, tratando su evolución, hacia una "jurisdicción universal" y considerándola una excepción al principio de territorialidad. Se ocupa del principio de complementariedad y expone en qué cuestiones, la Corte podría declinar su jurisdicción.

A renglón seguido, en el capítulo tercero, trata la responsabilidad internacional, su evolución, los sujetos pasivos, los Estados, los individuos y su responsabilidad que es la que se hará efectiva ante la Corte Penal Internacional.

En el capítulo cuarto, se centra en los antecedentes, dividiéndolos en mediatos e inmediatos, deteniéndose en los Tribunales de Nuremberg y Tokio, la labor de Naciones Unidas y los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Compara en cuadros, los principales aspectos de los dos tribunales "ad-hoc".

En el capítulo quinto, titulado: "Pinochet: un caso paradigmático. Enumera los hechos, las resoluciones judiciales, en España, Gran Bretaña y Chile, considerando que el mérito de las soluciones adoptadas por cada uno de los países involucrados, consiste en haber desarrollado la temática de las relaciones entre los derechos internos y el derecho internacional con valentía, adoptando posturas definidas en cada uno de ellas, contribuyendo al desarrollo progresivo del derecho internacional.

En la sexta parte, se dedica a las principales características de la Corte Penal Internacional, su naturaleza jurídica, como nuevo sujeto de Derecho Internacional, su composición y vinculación con las Naciones Unidas, el derecho aplicable, los principios generales del derecho penal, las principales cuestiones procesales, el acceso de las víctimas, las penas, financiamiento y las cláusulas finales relativas a las enmiendas, denuncias, reservas, para finalizar con los medios de cooperación de los Estados.

El capítulo séptimo está dedicado a la competencia de la Corte Penal Internacional, según la materia, distinguiendo entre genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, criticando que deba transcurrir un tiempo prolongado en el caso de la desaparición forzosa de personas. Agrega un cuadro comparativo de los crímenes de competencia de la Corte con los crímenes abarcados por el Derecho Internacional Humanitario (Tratados y Normas Consuetudinarias) para referirse luego a los Elementos de los Crímenes como guía interpretativa de las definiciones de los crímenes contenidos en el Estatuto.

Respecto a la competencia temporal, presenta las distintas posibilidades y con relación a la activación de la competencia, las tres situaciones previstas por el Estatuto, comentando, para finalizar, que la competencia de la Corte, tiene importantes limitaciones que constituyen una garantía para los Estados y para el Consejo de Seguridad, ya que incluso, los Estados no partes podrán impugnar la competencia de la Corte si están investigando o enjuiciando la causa o lo han hecho antes, desactivando así su competencia.

La parte octava está dedicada a la comunidad internacional frente a la Corte Penal Internacional y las diversas posiciones, observando un enfrentamiento entre dos grandes bloques, los “países afines” y el grupo opositor, desarrollando la postura norteamericana y sosteniendo que no puede dejarse en manos de un grupo minoritario de países las posibilidades de control y seguridad de conflictos internos de otros Estados. Continúa con las posiciones intermedias o híbridas de los que decidieron abstenerse, principalmente analiza la posición de México.

En el capítulo IX muestra el estado actual de la cuestión, destacando que, los principales problemas de alcance constitucional, se han planteado refiriéndose a inmunidades o privilegios de fuero de altos cargos del Estado.

Y, por último, el capítulo X, contempla el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el marco constitucional argentino, explicando las relaciones entre el derecho interno y el Derecho Internacional, las cuestiones de jerarquía, operatividad y los proyectos de ley para terminar evaluando las ventajas y desventajas, las posibilidades y los riesgos y las posturas de los distintos países, anhelando que a partir de la labor de la Corte Penal Internacional, ningún Estado pueda arrogarse la titularidad de jurisdicción universal, bajo la proclama de justicia infinita o paz duradera, ni que las mas graves violaciones al Derecho Internacional, queden impunes.

Sintetizando, cabe destacar la importancia del material acompañado en esta obra, especialmente en el Tomo II, dedicado, a contener los documentos aprobados en Roma y los Proyectos de la ley argentina sobre “crímenes internacionales”, lo que constituye un remarcable aporte, en una temática por demás actual, que transforma la obra en un excelente manual universitario, cubriendo una visión general del tema abordado.

*Esther Mathieu*

**REY CARO, ERNESTO J./BARIC PUNDA, VESNA/DRNAS DE CLEMENT, ZLATA. *Estudios de Derecho del Mar*. Lerner. Córdoba (Argentina), 2005, 86 páginas.**

En esta obra confluyen los tres autores referidos con trabajos vinculados al Derecho del Mar. Las tres partes de la obra coinciden con cada uno de los trabajos antes mencionados y que guardan una íntima conexión entre sí.

En la primera parte la Profesora Baric Punda expone sobre la *ampliación de la aplicación de derechos de soberanía y jurisdicción sobre el Mar Adriático por parte de la República de Croacia*, frente al desmembramiento de Yugoslavia y el acceso a la independencia de los Estados que la conformaban.

La autora de manera didáctica, luego de introducirnos en el tema, se refiere a la Resolución tomada por la República de Croacia por la cual se establece una Zona de Pesca Ecológicamente Protegida (ZPEP). Frente a la restricción que los Estados ribereños del Mar Mediterráneo se impusieron para el establecimiento de ZEE, es interesante el análisis efectuado por la autora desde la perspectiva de los intereses croatas en cuanto al alcance y justificación de este novedoso zonaje marítimo.

Finalmente la autora se refiere a la política de acercamiento de la República de Croacia a la Unión Europea y el alcance del dictado en ese sentido de la Resolución sobre el cumplimiento de la Resolución que crea la ZPEP.

El trabajo se presenta con numerosas citas explicativas que facilitan su lectura y comprensión así como con un mapa que permite al lector ubicar geográficamente los datos que proporciona la autora.

En la segunda parte el Profesor Rey Caro, de larga trayectoria en el estudio del Derecho del Mar y en particular sobre los derechos de la República Argentina en tanto Estado ribereño, proporciona un logrado estudio sobre la Argentina y la Práctica Convencional en materia de pesca.

Se distinguen dos partes en el trabajo: la primera se refiere a la evolución experimentada por la legislación argentina en relación a la pesca, mientras que la segunda incursiona en el examen de los Convenios suscriptos por nuestro país con terceros Estados.

El autor desarrolla con una escritura ágil y detallada los puntos salientes de los Convenios suscriptos por nuestro país con la República Federal Alemana, la URSS, Bulgaria y la, entonces, Comunidad Económica Europea y el derrotero que estos tuvieron.

Asimismo se refiere a las pautas que contiene el Régimen Federal de Pesca –ley 24.922– para los convenios celebrados con otros Estados en materia de pesca.

Finalmente, en la tercera parte, la Dra. Drnas de Clément se refiere al Principio Precautorio del Derecho Ambiental haciendo particular referencia al rol que éste juega en el Derecho del Mar.

El artículo consta de dos partes, en la primera de ellas la autora hace un análisis de la evolución sufrida por el Principio de Precaución en las fuentes del Derecho del Mar. En este orden de cosas la autora, sin pretender ser exhaustiva, se detiene a analizar el Principio en documentos internacionales de carácter no vinculantes para los Estados, en donde, didácticamente, expone sobre la evolución sufrida por el PP a partir de 1984.

El estudio contiene también una detallada enumeración de los Tratados Internacionales que han regulado sobre el Principio Precautorio, en donde se puede apreciar en particular un minucioso análisis de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 que permiten la aplicación del PP.

La autora también hace un útil análisis de la jurisprudencia internacional vinculada al Principio de Precaución.

En la segunda parte la autora esboza con claridad los elementos conceptuales y caracterizantes del Principio de Precaución, marcando las diferencias de éste con el Principio de Prevención.

El artículo constituye un nuevo y rico aporte de la autora en el conocimiento del Principio de Precaución, propio del Derecho Ambiental, en esta oportunidad con particular relación al Derecho del Mar.

*Oscar Benítez*

**RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO J. y PÉREZ VERA, ELISA (Coord.). SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL. HOMENAJE AL PROFESOR JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO. Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga. (España), 2006, Tomos 1 y 2, 1393 páginas en español, inglés, francés e italiano.**

Esta magnífica obra de homenaje reúne la labor de setenta y nueve renombrados especialistas españoles, europeos y americanos, amigos del destacado catedrático sevillano originario de Morón de la Frontera, muchos de ellos, antiguos discípulos.

La obra ha sido editada por tres universidades: Córdoba, Sevilla y Málaga y han actuado como Coordinadores de la obra Alejandro J. Rodríguez Carrión y Elena Pérez Vera. El Comité de Honor fue constituido por Jorge Branco de Sampaio, Federico Mayor Zaragoza y Marcelino Oreja Aguirre. El primero de ellos ha calificado al Prof. Juan Antonio Carrillo Salcedo como persona de la mayor estatura intelectual, ser tanto de bondad como de sabiduría.

A través de la obra se destaca el desempeño académico del agasajado, recordando su condición de primer español en obtener el Diploma *cum laude* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; su actividad en la Sexta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas; su rol como magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por más de una década, entre tantas otras labores descolantes a más de la docente.

Los Coordinadores efectúan una reflexión sobre las aportaciones científicas del Profesor Juan Antonio Carrillo al Derecho internacional, pasando revista a sus grandes obras, entre las cuales recordamos *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cincuenta años después; Soberanía de los Estados y Derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo; El Convenio Europeo de Derechos Humanos; La criminalización de la barbarie.*

El libro distribuye los trabajos, a excepción de las presentaciones de semblanza, en dos ejes temáticos: soberanía estatal y derecho internacional, afrontando las distintas participaciones el difícil equilibrio entre esos ámbitos en permanente tensión.

Los autores que han participado -ordenados alfabéticamente en la obra- son: Paloma Abarca Junco (*parejas de hecho*); Victoria Abellán Honrubia (*método y conceptos en DIP*); Mariano Aguilar Benítez de Lugo (*prevención de la apatridia*); Joaquín Alcaide Fernández (*orden público*); Francisco Aldecoa Luzurraga (*diplomacia común europea*); Santiago Álvarez González (*autonomía de la voluntad*); Paz Andrés Sáenz de Santa María (*sanciones del Consejo de Seguridad*); Anna M. Badía Martí (*trata de personas*); Esther Barbé (*identidad y frontera en Europa*); Romualdo Bermejo García (*valla de seguridad contra el terrorismo palestino*); Alegría Borrás (*Bruselas II*); Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (*contratos sobre bienes culturales*); Antônio Augusto Cançado Trindade (*capacidad internacional del individuo*); Jorge Cardona Lloréns (*uso de la fuerza por Naciones Unidas*); Rafael Casado Raigón y Eva M<sup>a</sup> Vázquez Gómez (*ius cogens*); Antonio Cassese (*Convenios de Ginebra*); M<sup>a</sup> Teresa Comellas Aguirrezábal (*sanciones económicas*); Carlos Corral Salvador y Vicente Garrido Rebolledo (*acuerdos de la Santa Sede con Israel*); José A. Corriente Córdoba (*derecho de asociación política*); Juan Manuel de Faramiñán Gilbert (*guerra de Irak*); Carlos de Ory Arriaga (*Corte Internacional de Justicia*); Celestino del Arenal (*sociedad internacio-*

nal); Cástor Miguel Díaz Barrado y María Belén Olmos Giupponi (*ALCA*); Manuel Díez de Velasco Vallejo (*minas antipersonal*); Simone Dreyfus (*hombre de derecho*), M<sup>a</sup> Luisa Espada Ramos (*nuevas minorías*); José María Espinar Vicente (*enseñanza e investigación*); Carlos Fernández de Casadevante Romani (*ilegalización de partidos políticos*); José Luis Fernández-Flores de Funes (*jurisdicción*); José Carlos Fernández Rozas (*arbitraje comercial*); Pablo Antonio Fernández Sánchez (*soberanía*); Antonio Fernández Tomás (*normas imperativas*); Jochen Abraham Frowein (*libre determinación*); Albert Galinsoga Jordá (*principios jurídicos*); Daniel García San José (*prevención de daños medioambientales*); Gregorio Garzón Clariana (*servicios jurídicos de las instituciones*); Julio D. González Campos (*decisiones judiciales extranjeras*); José Luis Iriarte Ángel (*parejas de hecho*); Carlos Jiménez Piernas (*tercero indispensable*); José Juste Ruiz (*desarrollo sostenible*); Manuel López Escudero (*Fondo Monetario Internacional*); Araceli Mangas Martín (*Tratado constitucional de la UE*); Fernando M. Mariño Menéndez (*orden público internacional*); Carmen Márquez Carrasco (*crímenes contra la humanidad*); José Martín y Pérez de Nanclares (*libertad, seguridad y justicia-UE*); Manuel Medina Ortega (*prohibición de la fuerza*); Roberto Mesa (*nuevo milenio*); Lucía Millán Moro (*jurisprudencia del TEDH*); Andreu Olesti Rayo (*inmigración*); Antonio Ortiz-Arce de la Fuente (*Derecho internacional privado*); Ramón Paniagua Redondo (*ocupación militar de Irak*); José Antonio Pastor Ridruejo (*medidas cautelares*); José Manuel Peláez Marón (*concepto de DI*); Manuel Pérez González (*principios generales del derecho*); Eulalia W. Petit de Gabriel (*DIP*); Antoni Pigrau Solé (*jurisdicción universal*); Fausto Pocar (*derechos humanos*); Xavier Pons Rafols (*Martens y las normas de humanidad*); José Puente Egido (*UE y derechos humanos*); Jorge Pueyo Losa (*control judicial*); José Manuel Pureza (*aspectos teóricos del DI*); F. Javier Quel López (*obligaciones 'erga omnes' y protección diplomática*); Ernesto J. Rey Caro (*Corte Interamericana de Derechos Humanos*); Javier Roldán Barbero (*soberanía y UE*); Casilda Rueda Fernández (*crimen internacional*); Ana Salado Osuna (*responsabilidad internacional*); Sixto Sánchez Lorenzo (*contratación internacional*); Luis Ignacio Sánchez Rodríguez (*pax americana*); Linos-Alexandre Sicilianos (*Consejo de Seguridad*); José Manuel Sobrino Heredia (*pesca ilegal*); Alejandro del Valle Gálvez (*extranjería*); Rafael Zafra Espinoza de los Monteros (*Derecho Internacional*); Francisco Javier Zamora Cabot (*Alien Tort Claims Act de 1789*).

Tal como lo señalara Elisa Pérez Vera, en la sección introductoria del libro homenaje, esta espléndida obra colectiva ha tenido por objeto “rendir homenaje al profesor Carrillo Salcedo en la forma más perdurable y acorde a su personalidad –la de la reflexión científica sobre los temas que le han ocupado durante años–”.

Zlata Drnas de Clément

**SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, LUIS IGNACIO** *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*. Iustel Editorial. Madrid, 2005, 381 páginas.

La presente obra se encuentra dividida en cinco partes a saber: la Parte I “*SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE CREACIÓN NORMATIVA EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL*”. La Parte II: “*SOBRE EL TERRITORIO ESTATAL Y SUS LÍMITES*”. La tercera abarca, “*SOBRE EL DERECHO DEL MAR*”. La IV: “*SOBRE LOS NUEVOS PROBLEMAS DEL USO DE LA FUERZA ARMADA*”. Finalmente, La quinta, concentra el enfoque “*SOBRE LA JURISDICCIÓN Y LA JURISPRUDENCIA EN DERECHO INTERNACIONAL*”.

Refiriéndose al vocablo crisis, el Dr. Sánchez Rodríguez manifiesta que desde que era un efebo, ya se hablaba de crisis en el derecho internacional. Si a eso le sumamos, que de acuerdo a la Real Academia de Española de la Lengua, la palabra en cuestión tiene siete significados, el poder enfocar el término en su acepción internacionalista, no deviene en tarea fácil.

Pero también deja en claro que el derecho internacional no es el único ordenamiento que deba resolver crisis concretas, cada vez más plurales y complejas. Parificando sobre un ejemplo concreto, se pregunta si existe una crisis importante en Iraq, a lo que responde sin titubeos que sí. Ahora bien, ello no significa que el derecho internacional se encuentre inmerso en una crisis intrínseca grave para la solución de dicha problemática; por el contrario, se trata de una crisis inducida, exógena, causada por un sujeto -la superpotencia-. ¿Ofrece el DIP respuestas para la ocupación estadounidense de Iraq? Sí, sin dudas, entre ellas la de la obligación internacional de responder por responsabilidad internacional. Por supuesto que no son respuestas absolutas, pero lo absoluto no es frecuente en el mundo jurídico y el DIP no es una excepción.

Otros estudios actuales sobre las crisis del derecho internacional los podemos ver en los exámenes que el profesor español hace sobre temas como, la construcción de un muro por Israel en territorio palestino y las opiniones consultivas de la Corte en el caso, la necesidad de la reelaboración del derecho internacional después de la caída de la URSS, las armas nucleares, la descolonización, los Estados "fallidos", consecuencias de la globalización (tanto para bien como para mal), el nuevo camino que se abre a las ONGs, que aunque no son considerados sujetos internacionales, son un importante factor ante la creciente opinión pública mundial.

Pero un tema adquiere en este libro particular relevancia, y ese es el terrorismo internacional (Parte IV). Podrá parecer una cuestión fútil, pero el autor dedica la presentación de la obra, precisamente a las víctimas del terrorismo.

A la natural crítica del accionar terrorista, agrega su rechazo por la reacción de ciertos Estados -los agredidos- y que procedieron equivocadamente porque vulneraron, precisamente, lo mismo que ellos le criticaban a los terroristas: la falta de respeto y cumplimiento de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Para el Dr. Sánchez Rodríguez, las respuestas del DIP al flagelo del terrorismo son difíciles de encontrar porque: a) el art. 51 de la Carta está redactado sólo para el caso de que el ataque provenga de otro Estado, b) no existe un concepto de terrorismo internacional, c) no siempre se presenta tan claro el poder apreciar cuándo un acto de terrorismo es internacional y cuándo no lo es, y d) la esencia de los ataques terroristas finca en que son imprevisibles.

En la última parte de libro (V), se analizan tres cuestiones dentro del contexto general de una creciente judicialización de las controversias internacionales. En primer lugar, se destacan los problemas financieros y forenses que para un país subdesarrollado, implica el acceso a la justicia internacional. En segundo término, se estudia el caso "Indonesia/Malasia" por la atribución de la soberanía territorial sobre determinadas islas, pero también como manifestación del cotidiano recurso que los Estados hacen, al recurrir ante la CIJ. Por último, el impacto del DIP en el ordenamiento interno de los Estados, con particular énfasis en la jurisprudencia española.

A modo de colofón, queremos cerrar con las propias palabras del autor, en el sentido de que a la palabra crisis, no se la debe tomar de modo únicamente peyorativo, porque las crisis

del derecho internacional resultan ser mayoritariamente “... de expansión, crecimiento y afianzamiento, porque ni la sociedad internacional ni su ordenamiento están postrados o exánimes, sino en permanente cambio y movimiento”.

Diego García Montaña.

**TAMBURELLI, GIANFRANCO (Editor). *The Antarctic Legal System and Environmental Issues. Istituto di Studi Giuridici Internazionali. Giuffrè Editore. Milano, 2006, 224 páginas.***

La obra contiene los primeros resultados del proyecto de investigación “La evolución del régimen de protección legal ambiental para la Antártida” llevado a cabo por el Programa Italiano de Investigación Antártica en el sector disciplinario “Ciencias jurídicas y geográficas”. En el marco de dicho proyecto de investigación, se realizó el 10 de noviembre del 2005 en Roma un seminario denominado “La evolución del sistema legal antártico y cuestiones ambientales” en el que expusieron entre otros el Secretario de la Reunión Consultiva del Tratado Antártico (RCTA), representantes del ministerio de relaciones exteriores tanto argentino como italiano, el Consortium para la actuación del Programa Nacional de Investigación en Antártida, la Comisión Científica Italiana Nacional, el Instituto Antártico Argentino y profesores de distintas universidades argentinas. Encontramos en la presente obra los frutos de dicho seminario.

En las introducciones realizadas por Arduino Fornara, Roberto Azzonili, Sandro Torcini y Luana Testa se presenta la política italiana de investigación en la Antártica efectivizada a través del Consortium, definido por Sandro Torcini como el brazo operativo en el marco de la legislación italiana para la aplicación del Protocolo de Madrid de 1991. Luana Testa resalta la complejidad del sistema y de su efectivización haciendo especial énfasis en la necesidad de los esfuerzos conjuntos de los distintos países que operan en el continente.

Johannes Huber en su informe “notas sobre las recomendaciones de la RTCA y su proceso de aprobación” hace un repaso de las discusiones llevadas a cabo por la RTCA desde 1991 acerca del *status* de las recomendaciones emanadas de este órgano. Se analiza el problema de la incertidumbre acerca del *status* de dichas recomendaciones que en virtud de ulteriores han quedado obsoletas o han sido superadas.

Frida Armas Pfirter y Luis Baqueriza en un informe “Balance entre CONVEMAR y el Tratado Antártico respecto a la delimitación de la Plataforma Continental” analizan las consecuencias del trazado del límite exterior de la Plataforma Continental en la Antártida en virtud del art. 76 de la CONVEMAR y las posiciones de los países reclamantes y no reclamantes de soberanía en dicho asunto.

En su informe titulado “Investigación científica en la Antártida: principios generales y acciones concretas”, Fabio Marcelli enfoca el estudio de la investigación en el continente blanco desde distintas ópticas, analizando la investigación como factor para moldear el régimen internacional antártico basado en la cooperación internacional en la región.

Ernesto J. Rey Caro en su informe “La protección y conservación de los recursos naturales antárticos” hace un completo recorrido por el complejo sistema legal antártico en lo

referido a la materia haciendo especial referencia a la importancia del Protocolo de Madrid y del Acuerdo de Conservación de Albatros y Petreles, adoptado en 2001.

Lilian del Castillo de Laborde, en su informe "CONVEMAR, Antártica y ambiente" estudia de las relaciones entre la CONVEMAR y Sistema Legal Antártico a través de interesante análisis de las fuentes constitutivas de ambos regímenes y la interacción entre éstas. Hace un estudio de la protección ambiental en la región desde los diferentes cuerpos normativos aplicables. Finalmente analiza el principio de nacionalidad y el sistema de solución de controversias aplicable de generarse conflictos acerca de la interpretación o aplicación del Tratado Antártico.

Gemma Andrione en su informe titulado "Pesca ilegal, no reportada y no regulada" se remonta a los orígenes de la misma para luego analizar cada uno de los supuestos contemplados. Finalmente contextualiza dichas definiciones en el sistema antártico encabezado en la materia por el Convenio sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos realizada en Canberra en 1980, la CONVEMAR y el Acuerdo para la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con la conservación y ordenación de poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios adoptado en New York en agosto de 1995.

Enrique R. Marshoff y Rodolfo Sanchez en su informe "Armonización de los objetivos y disposiciones del Protocolo de Madrid y la Convención sobre Recursos Marino Antárticos vivos" hacen un estudio del contexto histórico y del proceso de adopción de cada uno de estos cuerpos normativos resaltando las áreas de interés común.

En el informe titulado "La implementación del Protocolo de Madrid en el sistema legal italiano" Sergio Marchisio analiza la implementación tanto legislativa como administrativa de dicho protocolo y sus anexos en el sistema italiano, resaltando la actual necesidad de una mejor y más profunda implementación.

Zlata Drnas de Clément en su informe "El Protocolo de Madrid: el principio de precaución y su implementación en Argentina" analiza en primer término las disposiciones del protocolo relacionadas con el principio de precaución. Se hace asimismo un estudio del alcance y el significado dado a dicho principio por la doctrina, legislación y jurisprudencia argentinas y finalmente se enuncian las normas, acciones administrativas y medidas tomadas por Argentina en virtud del protocolo, haciendo énfasis en las relacionadas con una conducta precautoria.

El informe de Gianfranco Tamburelli: titulado "El anexo sobre evaluación de impacto ambiental al Protocolo de Madrid sobre protección ambiental" se centra en la regulación sobre evaluación de impacto ambiental (EIA) en el contexto del sistema legal antártico y particularmente en algunos aspectos delineados por el Protocolo de Madrid y sus anexos.

En su informe "Regulando el turismo en Antártica" Rosa Dinuzzi analiza el régimen actual de la actividad turística consagrado en las Recomendaciones del Tratado Antártico y en el Protocolo de Madrid sobre Protección Ambiental y sus anexos remarcando los desafíos a los que se enfrentan los Estados Parte en los años futuros debido al incremento de la actividad turística en la región.

La presente obra editada por Gianfranco Tamburelli significa un importante aporte en la temática del complejo sistema antártico y la protección ambiental. Recoge de una manera ordenada la opinión de reconocidos especialistas en la materia lo que la convierte en una obra de gran interés académico y práctico.

*María de la Colina*

**TREVES, TULLIO** *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali.* Giuffrè Editore. Milano, 2005, 781 páginas en italiano.

El profesor Treves nos ofrece en esta oportunidad, una obra que, *ab initio*, advierte ser una continuación de “*Diritto internazionale*”, de Mario Giuliano, y una nueva edición de “*Diritto internazionale, parte generale*” de Mario Giuliano, Tullio Scovazzi y Tullio Treves, publicado este último en 1991.

Surge asimismo con claridad la estrecha relación que guardan estas obras entre sí, aunque a poco de avanzar en su lectura es posible apreciar marcadas diferencias, especialmente en cuanto a la inclusión de los problemas fundamentales del D.I. actual, segunda parte del título de esta edición. Podríamos decir que va más allá de los meros requerimientos de un manual para alumnos, como lo manifiesta el propio autor en la introducción, para profundizar el estudio de algunas situaciones e instituciones cuyo mayor desarrollo reciente así lo ameritan.

La estructura general mantiene los lineamientos de la obra de 1991, con la introducción de algunos capítulos nuevos, de los que nos ocuparemos más puntualmente.

Así, en un primer capítulo ubica temas fundamentales como la evolución del D.I., principios y fundamentos, para avanzar inmediatamente sobre el estudio de los sujetos de D.I. y esencialmente del Estado.

Introduce aquí un nuevo capítulo, reservado a la sucesión de Estados, a partir de sendas convenciones internacionales: Convención sobre la sucesión de los Estados respecto a los tratados (1978), y la Convención sobre la sucesión de Estados respecto a los bienes públicos, archivos y deudas públicas (1983). Es en relación a la primera de ellas que efectúa un análisis bastante pormenorizado de la práctica de los nuevos Estados independientes y los acuerdos de devolución firmados entre las antiguas potencias coloniales y los nuevos Estados independientes integrantes de los respectivos sistemas coloniales, y aún sus efectos respecto de terceros Estados.

Le siguen sendos capítulos ya presentes en la anterior publicación, reservados a la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales, específicamente de las Naciones Unidas, la Comunidad Europea y la Unión Europea, y de otros entes. Es en este último que aparece un esbozo de teoría general sobre la subjetividad internacional, que reaparecerá en el comienzo del siguiente capítulo, esta vez en relación a la persona humana.

Un nuevo apartado está reservado al “*Individuo como titular de derechos y de obligaciones: derechos del hombre y crímenes internacionales*”. El análisis se centra aquí esencialmente en una teoría general, alejándose así de las particularidades de los diversos instrumentos y mecanismos internacionales de protección de los derechos del hombre. En el caso de los crímenes internacionales, efectúa algunas consideraciones acerca del doble nivel de protección de las personas a través de mecanismos internacionales o nacionales, contra la comisión de crímenes internacionales, como así también sobre el rápido desarrollo de los tribunales penales internacionales, al que califica como “*avanzata precipitosa*”. El mismo es sintetizado en pocos párrafos, para avanzar sobre la importancia de la Corte Penal Internacional y cerrar el capítulo con consideraciones sobre los crímenes que le pueden ser sometidos y algunas normas de procedimiento que les son aplicables.

Le siguen los caracteres del D.I., para introducirnos en el estudio de las fuentes del D.I. A renglón seguido, de la edición anterior conserva un apartado especial para la codificación del derecho internacional general, materia ésta que no encontramos en obras similares.

El siguiente apartado está destinado al estudio del derecho de los tratados, con una adecuada actualización de la edición anterior, tarea ésta cumplida en profundidad y a la que reserva la mayor extensión en esta obra.

El último capítulo introducido en esta oportunidad, corresponde a “*Uso de la fuerza y los límites del derecho internacional*”. Nos detendremos un instante en este capítulo en razón de la actualidad que reviste la temática.

Comienza con una reseña histórica sobre la prohibición del uso de la fuerza, con predominio de la obra de las Naciones Unidas y de la jurisprudencia internacional. De allí se desprenden diversos apartados dedicados a aspectos parciales como la legítima defensa y el concepto de agresión. Para el uso de la fuerza reserva un análisis desde la óptica del capítulo VII de la Carta de la ONU sosteniendo que “... *la Carta sembra adottare, in un quadro di prevalenza del valore della pace, una nozione di guerra ‘proceduralmente’ giusta*” desde cuyas consideraciones analiza el accionar del Consejo de Seguridad en relación a esta parte de la Carta de San Francisco.

Desliza en la misma algunas ideas sobre la evolución de las operaciones de mantenimiento de la paz, y los resultados, que califica como criticables, que permiten la distinción entre operaciones de mantenimiento de la paz y operaciones que implican el uso de la fuerza a nombre de la ONU, distinción sutil planteada a partir de las acciones de las fuerzas de paz en los casos de la ex Yugoslavia y Somalia que le permite sostener que se ha atenuado el entusiasmo por la expansión de las funciones de las misiones de la ONU surgidas de la Agenda para la Paz (1992).

A renglón seguido desarrolla una serie de conceptos en virtud de los cuales afirma que el C. S. aplica el capítulo VII en general sin invocar sus artículos en forma particular, especialmente cuando se trata de identificar una “amenaza a la paz”, sea a nivel interno o internacional. Destaca luego otra posibilidad derivada de la puesta a disposición de la ONU por los Estados miembros de fuerzas armadas que conforman misiones, de manera tal que las considera una verdadera evolución respecto de las fuerzas de mantenimiento de la paz ya utilizadas durante la guerra fría.

Se aproxima así a las más actuales discusiones en tanto la doctrina internacional actual cuestiona seriamente la autorización “*ex post facto*” a coaliciones que intentaron recomponer la situación planteada por la invasión de Kuwait por Irak o Kosovo, entre otras. Se pregunta si la respuesta a las dudas planteadas puede encontrarse en la doctrina internacional general, en una interpretación extensiva del capítulo VII, o en la formación de una norma no escrita en el seno del sistema de las Naciones Unidas. Efectúa a continuación algunas consideraciones sobre el valor de las resoluciones del C.S. dictadas en esos casos concretos.

Finalmente deja planteado cuáles son los deberes del jurista ante el apuntado distanciamiento entre derecho y práctica, oportunidad en la que plantea algunos conceptos relacionados con la intervención humanitaria.

Cierra esta publicación con el estudio de la responsabilidad internacional, a la luz ya del proyecto de artículos aprobado por la C. D. I. de las Naciones Unidas, la solución pacífica de controversias y la multiplicación de los tribunales internacionales, para concluir con una verdadera teoría sobre las relaciones entre D.I. y derecho interno, con especial referencia al Derecho Comunitario europeo y a la adaptación de Italia a ese sistema.

Como es posible observar de la apretadísima síntesis precedente, la organización en la exposición pone en evidencia una óptica en el estudio de la normativa internacional cuyo eje

conceptual es el sujeto Estado y su protagonismo en la vida internacional, sin desconocer la importancia de otros sujetos.

Es de resaltar en esta obra el sutil equilibrio entre antecedentes, doctrina y práctica, como así también el ritmo expositivo que mantiene durante todo su desarrollo.

*Graciela R. Salas*

**VALENCIA RESTREPO, HERNÁN. *Derecho Internacional Público. Segunda edición. Biblioteca Jurídica Diké, Universidad Pontificia Bolivariana. Bogotá-Medellín, 2005, 942 páginas.***

La obra está dedicada a la benemérita Universidad Bolivariana en su septuagésimo aniversario de fundación y sexagésimo con sello pontificio

En esta segunda edición, al igual que en la primera, la personal estructura metodológica que imprime al autor a la obra, da valor especial a la aproximación del Derecho internacional que nos presenta.

Tal como lo señala el autor en la *Presentación*, el paradigma jurídico-internacional del presente trabajo se basa en la naturaleza tridimensional del derecho: \*hecho o sistema social (lo real), \*norma o sistema normativo (lo formal) y \* valor o sistema axiológico (lo estimativo).

La primera de las dimensiones enfatiza el estudio del derecho internacional como hecho histórico; la segunda hace hincapié en el derecho positivo; la tercera dimensión es vista a la luz de los principios generales de derecho internacional, percibidos como valores fundamentales, bilaterales y sociales de la comunidad internacional.

El propio escritor destaca la originalidad del enfoque jurídico y del enfoque político de la obra, los que quedan justificados en la imposibilidad de existencia del derecho internacional sin política internacional y viceversa, a más de la necesidad de tener presentes los hechos internacionales para comprender adecuadamente el derecho.

La *Primera Parte* está dedicada a cuestiones generales del Derecho internacional público como orden jurídico y como disciplina jurídica y se divide en seis capítulos relativos, respectivamente, al concepto holístico del DIP, a la juridicidad y atipicidad de ese derecho, a las atipicidades menores del mismo, a la ubicación y relación entre derecho internacional y derecho interno, a la fundamentación del derecho internacional, a la historia del derecho internacional y de su ciencia.

La *Segunda Parte*, estrictamente formal, se ocupa del objeto del DIP: la norma jurídico-internacional, y se halla dividida en seis capítulos: principios generales del derecho internacional, tratados, otros procesos normativos clásicos, procesos normativos unilaterales, bilaterales y plurilaterales, derecho derivado o secundario de las organizaciones internacionales y ámbitos de validez personal, temporal, espacial y material de la norma jurídico internacional.

La *Tercera Parte* se ocupa del ámbito de validez material de la norma jurídico internacional o el contenido del DIP y está conformada por dos títulos y ocho capítulos. El primer título está dedicado al triple contenido tradicional del derecho internacional (validez temporal, espacial,

personal y material), a la interrelación de los ámbitos de validez de los Estados o los órganos estatales encargados de las relaciones internacionales, a la responsabilidad internacional, a la solución pacífica de los conflictos, al derecho de los conflictos armados, a las organizaciones interestatales. El segundo, se refiere del nuevo y preferente contenido del derecho internacional y está dedicado a las dieciséis nuevas áreas más importantes del derecho internacional, entre ellas, el DI constitucional, el DI administrativo, el DI penal, el DI laboral, el DI del desarrollo, el DI mercantil, DI humanitario, la teoría general del Derecho Espacial, del Derecho de la integración.

Al final de cada capítulo, se registran dos bibliografías: la citada y la adicional, facilitando esta última la profundización de los temas tratados en cada capítulo. Además, se incorporan al final de la presentación el Índice de jurisprudencia, el Índice temático y las fuentes electrónicas.

Tal como lo señaláramos en oportunidad de la primera edición, la obra constituye un aporte originalismo, de alto rigor científico, que pone en evidencia la alta madurez de la percepción filosófico-jurídica del derecho internacional que posee el autor, a más de una sorprendente coherencia a la hora de ponderarse la unidad de su pensamiento y la estructura de su presentación.

*Zlata Drnas de Clément*

**ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS N° 2, 2006. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 356 páginas.**

Este segundo número de publicación anual dirigido por José Zalaquett Daher como Director Responsable e integrante del importante Comité Editorial que lo acompaña, presenta en la *Sección Doctrina* dos artículos referidos a la consolidación de los derechos económicos, sociales y culturales. El primero, “Los Stándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales” es de Víctor Abramovich, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El segundo, “Adjudicación de Derechos Sociales en la constitución de Transformación Social de Sudáfrica” es de la profesora Sandra Liebenberg quien aborda la jurisprudencia constitucional de Sudáfrica sobre la materia.

Seguidamente continúa la presentación de un Simposio realizado sobre el tema Reformas del año 2005 a la constitución de la República de Chile con los aportes de los destacados constitucionalistas José Luis Cea, Rodrigo Correa, Enrique Navarro, Marisol Peña, Pablo Ruiz-Tagle, Jorge Tapia, Patricio Zapata.

La *Sección Internacional* incluye inicialmente dos trabajos relativos al futuro de la protección de los Derechos Humanos por parte de las organizaciones multilaterales. El primero de ellos, escrito por Heraldo Muñoz Embajador de Chile ante Naciones Unidas titulado: Derechos Humanos: “Desafíos presentes y futuros en Naciones Unidas”, y el segundo, un análisis realizado por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos José Miguel Insulza titulado “Sistema Interamericano de Derechos Humanos: presente y futuro”.

Continúa la sección con los trabajos de Cecilia Medina: Observación General 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Mujeres e Igualdad; Patricia Palacios Zuloaga presenta Hitos y retroceso en la Violencia Racial bajo el Sistema Europeo de Derechos Humanos:

caso Anchova y otros v. Bulgaria; Claudio Nash R. aborda la Reseña de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005); María José Eva Parada se ocupa de: Chile ante el Sistema Interamericano: el caso Paralama, y Mariano Fernández Valle aporta: La Corte Suprema argentina frente al Legado de la última Dictadura Militar: reseña del fallo "Simón".

Bajo el subtítulo Comentarios sobre legislación Chilena incorpora los aportes de: José Zalaquett (Chile ratifica la Convención Interamericana contra el Terrorismo); Juan Enrique Vargas (Estado actual de la Reforma Procesal en Chile); Miguel Cillero Bruñol: Ley N° 20084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes; Lidia Casas Becerra: Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar: un cambio de paradigma?; Patsilé Toledo: Ley N° 20005 sobre Acoso Sexual en Chile; Davor Harasic: Modificaciones introducidas a la Ley sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral por la Ley N° 20053.

La misma sección continúa con Comentarios sobre Jurisprudencia Chilena a cargo de: María Inés Horvitz Lennon: Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile; Rodrigo Lillo Vera: Pueblos Indígenas, Terrorismo y Derechos Humanos; Antonio Bascañán Rodríguez: Después de la Píldora; y finaliza bajo el Subtítulo: Informes, Recomendaciones y otros Desarrollos en Derechos Humanos con el aporte de Jacqueline Plass: Elecciones 2005: Compromisos de los Candidatos Presidenciales y Parlamentarios en Materia de Probidad y Transparencia.

La *Sección Temas Emergentes* referida al Derecho de Acceso a la información Pública presenta los aportes de Helen Darbshire: El Derecho a la Información en América Latina, y Juan Pablo Olmedo: Acceso a Información Pública en Chile. Comentarios sobre una Institucionalidad Pendiente.

La Sección relativa a *Documentos de interés* incorpora en primer término un extracto del texto presentado por el Secretario General de Naciones Unidas a la Asamblea General elaborado dentro del proceso de discusión de transformación de Naciones Unidas titulado: un Concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos", en segundo lugar transcribe una Sección del Programa de Derechos Humanos de Michelle Bachelet. Finaliza con cuadros demostrativos de los compromisos en el marco de las elecciones 2005 en Chile referente a temas de transparencia y anticorrupción.

La última sección incluye publicaciones entre ellas una selección de textos traducidos del inglés al castellano por el Centro de Derechos Humanos, y obras de Cecilia Medina Quiroga, José Zalaquet Daher y Patricia Palacios Zuloaga.

Concluye esta interesante y actualizada publicación con el Informe Anual del Centro de Derechos Humanos correspondiente al año 2005.

Marta Susana Sartori

***CURSOS EUROMEDITERRÁNEOS BANCAJA DE DERECHO INTERNACIONAL. Jorge Cardona Llorens (Director). Centro Internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003. 871 páginas.***

El Séptimo Curso Euromediterráneo Bancaja de Derecho Internacional, cuya publicación presentamos, se llevó a cabo en la ciudad de Castellón de la Plata entre el 8 y el 19 de septiembre de 2003.

Desde la presentación de los cursos Jorge Cardona Lloréns pone de relieve la concurrencia en esta oportunidad de temas clásicos y de estudios sobre evoluciones recientes fruto de los cambios producidos en las últimas décadas en la sociedad internacional.

Abre la publicación lo que fuera la conferencia de clausura, a cargo de Guilbert Guillaume, a la sazón presidente de la C.I.J. sobre "*Terrorisme et droit international*". Inicialmente aborda las dificultades planteadas a todo intento de definición de terrorismo a lo largo de los últimos cuarenta años, ensayando un concepto y enumerando algunos de sus efectos, para arribar a la responsabilidad internacional de los Estados en la materia. En el caso puntual del ataque a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001 le merecen algunas consideraciones el rol del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud de lo establecido en el cap. VII de la Carta de las Naciones Unidas, el recurso a la legítima defensa como así también el rol de los respectivos ordenamientos internos en la prevención del terrorismo.

El tema central de los cursos que nos ocupan es "*Société internationale, droit international: quelles 'mutations'?*" por Sadok Belaïd.

Como una de sus características es rescatar la existencia de una suerte de continuidad con los cursos anteriores, especialmente el dictado en 2002 por Jean Salmon y que ya fuera objeto de una recensión en el tomo anterior de este Anuario. Es de destacar aquí el enfoque social que le imprime el autor a este estudio, fruto de su formación y de una larga trayectoria en la materia, conforme a la noticia biográfica que precede a su trabajo.

Éste se divide en dos partes: en la primera, bajo el título "*Dérèglement politique, dérèglement économique*" proliferan las referencias a los cambios políticos y esencialmente a la lógica de poder, a la existencia de una sociedad descentralizada y por ende débilmente estructurada e institucionalizada. Luego avanza sobre un concepto político de la sociedad internacional moderna, desde una sociedad *de* Estados a una sociedad de *todos* los Estados en los que aparece algún grado de institucionalización, oportunidad en la que hace una sintética referencia a la Sociedad de las Naciones y a las Naciones Unidas. Continúa con un estudio particular de la fractura socio-económica de la moderna sociedad internacional donde no están ausentes nuevas consideraciones sobre el poder, los cambios demográficos, la desigualdad y el crecimiento de la miseria, especialmente en relación a los países del tercer mundo, lo que relaciona con el proceso de descolonización del Siglo XX. La segunda parte, precedida por un título altamente sugestivo: "*Un ordre normatif international incertain*", continúa la línea trazada precedentemente, en tanto entiende que este orden internacional, fundado en que la lógica de la desigualdad lleva inevitablemente a la dominación puesta en evidencia por numerosos autores, tiene un carácter universal, y reviste formas diversificadas. Lo que le lleva a sintetizar el contenido de esta segunda parte como sigue: "*Le droit international de la société internationale 'moderne' est, sur le plan 'politique', 'le droit des plus puissants', et sur le plan 'économique', il est le droit des plus 'riches'*". Para ello analiza la actual crisis de la sociedad internacional, y en ésta el rol del Estado y de una situación pendular entre un orden bipolar y un orden unipolar; la crisis del Derecho Internacional, sus valores, su futuro.

Concluye con un capítulo reservado a las posibles reformas a introducir en la Carta de la ONU, oportunidad en que incluye un proyecto redactado por los cursantes de esta edición de los cursos Bancaja y elevado al Secretario General Kofi Annan, en el que se efectúan propuestas puntuales, bajo un formato a la Carta de San Francisco.

En definitiva se trata de un trabajo muy interesante expuesto desde la óptica de un Derecho Internacional no necesariamente europeo, con la particular impronta del autor.

Le sigue “*Protección del medio ambiente y comercio internacional*” por José Juste Ruiz. Este trabajo se divide en tres partes. Inicia con una actualizada síntesis del moderno Derecho Internacional Ambiental. En la segunda parte hace lo propio con el régimen jurídico del comercio internacional y en la tercera, medular en esta ocasión, de las conflictivas relaciones entre ambos. Su análisis parte del estudio de los antecedentes que proporciona el GATT y del sistema multilateral de comercio (OMC) y su relación con las medidas que emanan de convenios ambientales (AMUMAS), prohiendo la aplicación de las reglas relativas a la aplicación de tratados sucesivos o de las reglas relativas a la prioridad de las normas especiales frente a las normas generales, todo ello conforme a lo establecido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En sus conclusiones sostiene que los Estados deben contemplar a los mercados como objetivos concluyentes en los que confluyan la protección del medio ambiente con la liberalización de los mercados.

Fausto Pocar a su vez participó con “*Current Issues in International Criminal Jurisdiction*”. El profesor milanés comienza con una referencia a la diversidad de tribunales penales internacionales creados más recientemente para introducirse en la relación existente entre éstos y los tribunales internos en la lucha contra la impunidad, aun a pesar de la superposición de jurisdicciones que podrían presentarse. Dedicó la segunda parte de su trabajo al análisis de la relación con la protección internacional de los derechos humanos más allá de la responsabilidad del Estado. Analiza luego el derecho de apelación contra sentencias absolutorias como así también la función de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal de Roma para corregir errores y dictar directivas en materia de apelación, en la búsqueda de la aceptación y la legitimidad en la opinión pública especialmente del país implicado en un caso particular. Concluye con una comparación entre los medios de instauración de los diferentes tribunales penales internacionales creados hasta el momento.

Por su parte Ernesto J. Rey Caro trabajó sobre el tema “*El derecho de los cursos de agua internacionales*”. El profesor argentino parte de los estudios de la CDI que llevaron a la firma de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (1997) y de los antecedentes que llevaron a ésta a ocuparse del particular, sin dejar de tomar en consideración la evolución operada en la materia, y que fuera objeto de los informes de los distintos relatores especiales designados al efecto. Una parte importante está reservada a la conceptualización necesaria al momento de encarar el análisis de dicho instrumento internacional. Seguidamente, con toda minuciosidad y sutileza, se detiene en las concepciones jurídicas más actuales sobre los usos a los que son sometidos los cursos de agua internacionales, principalmente en Europa y en América. Se detiene asimismo en los principios formulados y en el concepto de cuenca, esencial a la estructura del instrumento comentado. Finalmente es de destacar su permanente referencia a la doctrina y a los trabajos de las instituciones científicas en la materia.

“*La responsabilité internationale des États. Perspectives récentes*” es el objeto del tema desarrollado por Brigitte Stern. La profesora francesa comienza su exposición con una breve reseña sobre la evolución de la codificación y de los cambios producidos por parte de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas para avanzar sobre las nuevas relaciones que surgen del ilícito internacional: la separación entre la obligación primaria violada y el ilícito internacional; la obligación de poner fin a éste; la seguridad de no repetición, la obligación de reparación para concluir con el derecho de adoptar contramedidas por parte del Estado perjudicado. Le sigue un estudio clásico sobre la imputación de un acto a un Estado, pasando por los órganos estatales o personas individuales de los que puede emanar

el ilícito, como así también por parte de las organizaciones internacionales, apelando en esta oportunidad a referencias a algunas sentencias de la CIJ, como así también del Tribunal para la ex Yugoslavia y la posible imputación a Afganistán de los atentados de 11 de septiembre de 2001. Es en este punto donde reaparece el tema de la responsabilidad internacional del Estado por actos de los gobiernos de facto y la relación que pudiera existir con grupos terroristas a través de la violación de su obligación de diligencia en general y a la luz de lo estatuido por las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Pone de relieve seguidamente las relaciones que establece la CDI entre la igualdad soberana de los Estados, que nos lleva al concepto de legalidad intersubjetiva, frente a la legalidad internacional. En sus consideraciones evoluciona hacia consideraciones sobre la penalización de la responsabilidad internacional de los Estados desde los primeros informes de Roberto Ago hasta los más recientes debates en el seno de la CDI y del proyecto de artículos aprobado en 2001 tanto en materia del concepto de Estado lesionado como de las consecuencias del acto ilícito, sin dejar de lado una referencia a la peligrosidad de las contramedidas y las condiciones que éstas deben reunir en aras de su licitud. En definitiva concluye que el objetivo de este trabajo es el de identificar las dificultades e interrogantes que plantean las transformaciones operadas en la materia.

Cierra esta publicación "*El hecho mediterráneo y las relaciones entre España y los Estados mediterráneos no comunitarios, en la práctica convencional*" de Eduardo Vilariño Pintos. Como su título lo indica, el objeto de análisis son las relaciones entre España y los Estados no comunitarios que rodean al mar Mediterráneo. Para ello el autor discute en primer lugar la existencia de una auténtica unidad, y su importancia en materia de seguridad europea e internacional en una constante interacción con la seguridad interna de los Estados de la región. Es en este orden que se inscribe también la cooperación para el desarrollo más allá de las dificultades financieras, sociales o culturales que ella pudiera acarrear. A renglón seguido el autor se detiene en el estudio de la política global en la región desde 1972 hasta la Estrategia común del Consejo Europeo de 19 de junio de 2000 para la región mediterránea (2000-2004). Luego efectúa un análisis de la política mediterránea española, fundamentando las razones de la importancia que la misma ha revestido en las últimas décadas, para cerrar con el tema central cual es la práctica convencional, en la que concluye que, más allá de la importancia de la región en general, hasta el presente los tratados celebrados por España son prioritariamente bilaterales, más específicamente con Estados del Magreb y de Marruecos, de cuyo particular análisis da buena cuenta en esta oportunidad, con una exhaustiva nómina final.

*Graciela R. Salas*

***ESTUDIOS INTERNACIONALES, REVISTA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, NÚMERO ESPECIAL, AÑO XXXIX, Julio-septiembre 2006, N° 154, 178 Páginas.***

Este número especial "I" se ha publicado en conmemoración del 40° aniversario del Instituto de Estudios Internacionales, institución universitaria que se aboca al estudio sistemático de los temas internacionales desde un punto de vista multidisciplinario y con visión desde lo regional.

Esta edición contiene, distribuidos en tres grandes bloques temáticos, doce trabajos.

El primer bloque se ocupa de las *Relaciones en la Comunidad Internacional* y contiene los aportes de Claudio Véliz (*El Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile: cuarenta años después*), Luciano Tomassini (*El mundo y la sociedad en la era de la globalización*) y Francisco Orrego Vicuña (*El derecho internacional entre el cambio y la disolución*).

El segundo bloque está dedicado a *Economía en América Latina* y consta de las contribuciones de Ricardo French-Davis (*Globalización financiera y desarrollo nacional*) y Sebastián Edwards (*Internacionalización y política económica en América Latina*).

El tercer y último bloque, dedicado a la *Ampliación de las perspectivas de política exterior chilena*, incluye los trabajos de Joaquín Fermanois (*Inserción global y malestar regional: la política exterior chilena en el ciclo democrático 1990-2006*), Oscar Fuentes Lazo (*Percepciones recíprocas con Bolivia: desencuentros continuados*), Juan Ignacio Siles del Valle (*Algunas reflexiones sobre el nuevo escenario de la relación boliviano-chilena*), Gelson Fonseca Jr. (*Brasil y Chile: anotaciones sobre cuarenta años de relaciones bilaterales (1966-2006)*), Jorge Heine (*El jaguar y el elefante: perspectivas del acuerdo de alcance parcial Chile-India*), Roberto de Andraca Barbás (*Relaciones entre Chile y Japón: un siglo de acercamiento*), Octavio Errázuriz Guilisasti (*Las relaciones entre Chile y China: del simbolismo a la acción*).

Esta Revista, que ha contado entre sus fundadores a Claudio Véliz, quien fuera también su primer director, está hoy bajo la conducción del profesor Francisco Orrego Vicuña. Constituye una de las publicaciones periódicas que, con mayor acierto y rigor académico, ha estudiado y estudia el posicionamiento de América Latina en el escenario internacional, siendo material ineludible para los estudiosos del derecho y las ciencias políticas en el plano internacional.

*Zlata Drnas de Clément*

**REVISTA RELACIONES INTERNACIONALES. Director-Fundador: Norberto E. Cosani. Publicación Semestral-Instituto de Relaciones Internacionales (IRI)-Buenos Aires, Diciembre 2005-Mayo 2006. El MERCOSUR a 15 años de su creación /Edición Número 30, 246 páginas.**

Avalada por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET) y la Universidad Nacional de la Plata- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, la obra comentada se divide en cuatro partes: Editorial, Resúmenes/Abstracts, Diálogos y Estudios.

La Editorial, dedicada al MERCOSUR: Un proyecto estratégico, en un breve análisis de cada uno de los enfoques, puestos por la publicación desde 1992 (político), 1997 (integración, nuevo nombre a la soberanía), 1998 (no se quiere crear una fortaleza sudamericana, sino que se pretende dar una respuesta propia al proceso de globalización de la economía) 2000 (ausencia del componente social). Presentando entre sus producciones especiales un CD Rom: Todo el MERCOSUR.

En la Sección Diálogos, se elaboró un Dossier especial sobre el MERCOSUR, que cumplió 15 años desde su creación el 26 de marzo de 1991, preparando un breve cuestionario,

destacándose una serie de consideraciones sobre las características de análisis de esta nueva etapa, deficiencias, asimetrías, convivencia con la comunidad sudamericana de naciones, incorporación de Venezuela, la evolución en las próximas elecciones de Brasil, sistema de solución de controversias, después de la IV Cumbre de las Américas, desafíos a los que se enfrenta Mercosur; según la óptica de: Roberto Bouzas, Helio Jauguaribe. Roberto Lavagna, Mario Paz Castaing, Félix Peña, Raimundi, Alberto Sepúlveda Almarza y Alberto Volonté Berro.

La cuarta y última parte, Estudios, está integrada por diez trabajos que intentaremos sintetizar.

*Consolidación de la Geostrategia Estadounidense* por Leonardo Javier Balmaceda. Los nuevos términos de la seguridad internacional serán analizados, a partir de las experiencias generadas por la participación de Estados Unidos en Kosovo (1999) y su reacción frente a los atentados del 11 de setiembre de 2001, considerando la relación funcional de la OTAN con la geostrategia de Estados Unidos.

Sin embargo, la reacción de la administración Busch (h.) ante la amenaza terrorista no es la causa de ese supuesto cambio, en la estrategia, por el contrario ha sido una continuación de la metodología y procedimiento desarrollados durante la guerra de Kosovo.

*Democracia y Política Exterior Argentina 1983-2005* por Guillermo Miguel Figari. Desde 1983 al 2005, Argentina osciló entre democracias formales e intentos de democracias reales. Cuando hablamos de democracias reales, entendemos como tal una democracia que además de haber sido votada, persigue la justicia social, la libertad y la igualdad.

Argentina, como toda América Latina, se ha debatido entre democracias neoliberales y el populismo. El neoliberalismo ha sido el estandarte del capital extranjero y el neocolonialismo interno. El populismo es la fórmula latinoamericana, pero tendrá que despojarse del paternalismo, el clientelismo, cuando no de una cierta cuota de autoritarismo. Pero tiene a su favor que busca, en teoría, el crecimiento interno con la participación de todos sus miembros, mediante el desarrollo del agro, la industria y los servicios.

Alfonsín ha sido el líder más representativo de una democracia real, aunque los mercados no le permitieron lograr su objetivo de establecer un gobierno para el bien común. Pareciera que el presidente Kirchner siguiera esos mismos pasos, más allá de su estilo confrontacionista que puede llegar a presumirse de cierto autoritarismo. Por el contrario no pasaron las fronteras de las democracias formales de Menem y de la Rúa y en una situación dubitativa nos encontramos con el gobierno de Duhalde.

*La relación Bilateral Argentina- Rusia: Más que socios comerciales.* Victori Telma Fuentes. Se propone analizar las relaciones Ruso-Argentinas. Desde la asunción del actual presidente, hasta mayo de este año, dentro de los lineamientos bilaterales argentinos, el papel de Rusia como socio comercial –exportador/ importador– fue tomando especial importancia, pero la relación no se restringe solo a lo económico, sino que se fue ampliando a la agenda cultural, en donde se establecieron convenios de cooperación en cine, teatro, así como también se involucró el área tecnológica y científica.

*Cuando los vientos del Sur Soplan Fríos: Kirchner y Las Malvinas.* Investiga la política exterior llevada adelante por el gobierno, en relación a las islas Malvinas, ya sea en las relaciones con el Reino Unido, o con los pobladores. Señalando los temas puntuales que marca el contenido de la agenda diplomática, vuelos hacia las islas, recursos pesqueros y petrolíferos, el estado económico de las islas y de sus pobladores. Señalando el pasado de la

guerra, como no queriendo permitir el olvido, pero siempre remarcando, que la finalidad es mirar adelante, para alcanzar un acuerdo entre las partes en referencia puntual, al de la soberanía.

*La Reforma del Consejo de Seguridad de la ONU en la política exterior norteamericana y su influencia en América Latina.* Mariano Guida. La reforma del Consejo de Seguridad de la ONU, con el objeto de incorporar Potencias Regionales como miembros permanentes, posterga el tratamiento de las problemáticas sustanciales, relativas al mantenimiento de la paz y la democratización de las relaciones internacionales, permitiendo la posibilidad de un nuevo bosquejo de hegemonía norteamericana, legitimando las relaciones materiales de fuerza, cuya consecuencia es el fortalecimiento de las problemáticas de Seguridad y Terrorismo, convirtiendo a los actores regionales y ONU en vectores de la política exterior de Estados Unidos. Este proceso de rediseño de la hegemonía, en la búsqueda de “legitimidad”, incide negativamente en la percepción latinoamericana, en la fijación de metas propias, conducción de procesos y desarrollo de políticas autónomas.

*Política sudamericana: una señal para el reposicionamiento internacional de la Argentina.* Roberto Miranda. El punto de partida es la importancia que ha adquirido el espacio sudamericano en el contexto internacional. Señala como problema fundamental la frustración por la no institucionalización de los distintos esquemas integracionistas. Las rivalidades, diferencias y desconfianza mutua no han impedido que los países sudamericanos, conjugaran una matriz de cooperación significativa. Por lo que más allá de las estructuras interestatales y de sus crisis, la idea de integración sudamericana, está vigente. Argentina impulsa iniciativas y estrategias tendientes a mejorar la cooperación por consenso contribuyendo a reducir la influencia de factores externos a la región, limitando los posibles roles hegemónicos de liderazgos regionales. Su participación en la política sudamericana, puede ser una vía posible y efectiva de reposicionamiento internacional.

*El rol de los países en desarrollo en la creación del concepto de Zona Económica Exclusiva y en su regulación en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.* Andrés Olleta. La incorporación de Zona Económica Exclusiva (ZEE) a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (COVEMAR), como resultado de una práctica iniciada y fomentada por países en desarrollo –Latinoamérica– reconociendo al Estado ribereño derechos soberanos sobre la explotación de los recursos marinos. El texto de la CONVEMAR fue objeto de arduas negociaciones. Refleja cabalmente las concesiones mutuas entre países ribereños en desarrollo y potencias marítimas dedicadas a la pesca a distancia, hasta llegar a un acuerdo. Se define un nuevo concepto, como espacio *sui generis*, con un régimen legal independiente, adecuado a las necesidades que el concepto fue llamado a cubrir.

*Análisis y Evaluación de las relaciones argentino-brasileñas de defensa, desde la perspectiva del Mecanismo de Análisis Estratégico (MAE).* Ricardo Adrián Runza. Analiza las relaciones argentino brasileñas de defensa desde la perspectiva del papel que ha desarrollado el MAE, desde su puesta en funcionamiento hasta el presente. El autor intenta responder a numerosos interrogantes entre los que podemos citar: ¿Cuáles han sido los antecedentes del MAE? ¿En que consiste?, ¿En que diferentes niveles se lleva acabo la cooperación de defensa argentino-brasileña?, ¿Cómo se interrelacionan?, ¿Cual es su agenda?, ¿Cuales son los intereses de los actores?, ¿Cual es el valor agregado de la agenda del MAE? Culminando su desarrollo en una última pregunta: ¿Son las relaciones argentinas brasileñas de defensa un punto de partida par un nuevo modelo de régimen subregional de seguridad en Sudamérica?

*Irán: La cuestión nuclear y el liderazgo regional.* Luciano Zaccara. Analiza la actual política iraní en relación a la continuidad de su programa nuclear y su rol como potencia regional en Medio Oriente y el Golfo Pérsico con respecto a Estados Unidos. Describe las particularidades del régimen de 1979, funcionamiento y estado actual del panorama político. Mecanismo de toma de decisiones en cuanto a política exterior y la evolución de la cuestión nuclear. Las consecuencias del ingreso de Irán al mundo de la energía atómica. Posibilidad de otra guerra en la región, negociación, cohabitación con un régimen tan particular como el iraní. Se detiene en el análisis de la posibilidad de negociación con Estados Unidos, para destrabar el estancamiento diplomático, de lograrse, el rol de Irán como Estado que podría colaborar en mantener la estabilidad de Irak, ante una próxima partida de las tropas estadounidenses.

*Integración y Relaciones Internacionales. Las tendencias de la migración laboral en el siglo XXI: El caso africano.* Zidane Zeraoui. Plantea, la problemática global de las migraciones, centrándola en África. Limitando el análisis a la migración laboral.

África es un continente, en el que la sequía, la pobreza, las hambrunas, los conflictos políticos, son factores desencadenantes de grandes movimientos migratorios. Analiza en primer lugar el factor económico, como la inversión extranjera directa, uno de los elementos para detener el flujo migratorio. Sin embargo, la inestabilidad continental, no trae inversiones. Por el contrario se prevé un incremento en los próximos decenios. Analizando la infinidad de retos a afrontar en pro de un desarrollo que permita mejorar las condiciones de vida de sus habitantes.

Es una publicación colectiva, amena, con temas muy vigentes.

Gloria Rosenberg

**ISTITUTO ITALO-LATINOAMERICANO, Seminario Internazionale: Identità linguistica delle popolazioni indigene della regione andina: un approccio multidisciplinare. Quaderni IILA. Serie Economía 30. A cura di Antonio Luigi Palmisano y Giuseppe Cataldi. IILA. Roma, septiembre 2006, 232 páginas.**

Esta obra contiene los artículos expuestos en el Seminario Internacional realizado en Nápoles el 13 y 14 de diciembre de 2005, titulado “*Identidad lingüística de los pueblos indígenas de la región andina: un acercamiento multidisciplinario*”.

Interrogarse sobre el destino de la propia lengua, de la lengua de la propia comunidad de origen, es una necesidad de la sociedad actual. El problema no es puramente lingüístico, se relaciona con con todas las diversas prácticas que forman la identidad de los pueblos. Uno de los desafíos del siglo XXI es abrir el debate en las naciones donde este problema se siente más.

El *Istituto Italo-Latino Americano* conformado por el gobierno italiano y veinte gobiernos latinoamericanos promueve desde hace cuatro décadas las relaciones entre estas dos áreas geográficas tan afines en el campo de la cultura, de la economía y de la ciencia.

El Instituto ha programado una serie de iniciativas dirigidas a reflexionar y promover el debate sobre las experiencias de tutela de la identidad de las poblaciones indígenas. Ha comenzado con un seminario realizado en Quito, y luego del éxito del mismo con la colaboración de

la *Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"*, ha organizado el seminario al que se refiere el libro.

En la Introducción Antonio Luigi Palmisano y Giuseppe Cataldi señalan que reflexionar sobre la identidad lingüística de los pueblos indígenas implica la asunción de perspectivas antropológicas, políticas y jurídicas. Reflexionar sobre la identidad lingüística resulta particularmente fructuoso cuando el estudio es multidisciplinar y cuando los estudiosos de las diversas asignaturas hacen comparaciones sobre la base de sus investigaciones y diversas metodologías. Esto es lo que ha sucedido en el Seminario Internacional realizado en Nápoles.

Para Mauricio Generre la interrelación entre las culturas y lenguas andinas y amazónicas es innegable. Generre revela el continuo intercambio entre las tierras altas y bajas que se ha producido durante milenios y aún hoy es intenso.

La intervención de Ariruma Kowii se focaliza sobre las dinámicas de cohesión y de expansión ejercitadas por el quichua. Afirma que para los Incas tenía importancia difundir el estudio de esta lengua.

Mario Cornejo se detiene sobre la importancia de la comunicación multilingüística. En situaciones económicas y políticas de enfrentamiento interétnico y cultural, el bilingüismo o el multilingüismo representan una ocasión de desarrollo y recíproco enriquecimiento de las respectivas identidades.

Juan de Dios Yapita canaliza la relación entre la lengua nativa e identidad en Bolivia, comparando dos iniciativas contrapuestas. La primera se refiere a la política lingüística de 1994, impuesta desde lo alto en la Reforma de la Educación a nivel primario. La segunda iniciativa se refiere al caso de los Aymara en el 2000 y el proceso de impulsar la lengua y la identidad trabajando sobre la base de la sociedad.

Según Vaclav Belohradsky, Europa se presenta en los últimos decenios como un laboratorio de creación y recreación de conceptos, términos, perspectivas teóricas y metodológicas diversas, que buscan de dar respuesta al proceso de encuentros y desencuentros culturales hoy en curso. Subraya que la razón es razonable sólo en la medida en que admite lo plural, mientras que la pretensión de ser "mono- lógica" la transforma en una fuerza deshumana además que ineficaz.

Para Antonio Palmisano las sociedades modernas hacen referencia constante a su representación en el modelo del mercado autorregulador. Las lenguas no se pueden entender como mercaderías que pueden despertar interés en el consumidor, están afuera de esta concepción del mercado. El hombre multicultural no sólo realizaría el reconocimiento de la pluralidad en sí mismo, también transformaría el discurso jurídico y administrativo en un discurso de tolerancia a nivel de la comunicación y de la democracia. Los derechos nacionales no pueden desconocer los derechos de grupos y de las minorías, en particular no pueden desconocer los derechos que entran en el movimiento internacional de reconocimiento de los derechos de grupos y del *hombre en cuanto tal*.

Pietro Pustorino analiza la noción de minoría en el Derecho Internacional, como los desarrollos recientes y perfiles distintivos respecto a la noción de pueblos indígenas. La individualización de las normas consuetudinarias y convencionales sobre la tutela de las minorías, comportan para Pustorino la exigencia de reconocer la incidencia de la disciplina internacional sobre las normativas internacionales.

Para Giuseppe Cataldi la investigación sobre el punto de equilibrio entre la afirmación de la diversidad de los valores y principios de respeto de los derechos humanos fundamentales, se revela en toda su urgencia. La distinción entre valores disponibles y valores indisponibles en prudente apreciación del *juez interno* y en el *buen sentido* por la Administración Pública. Luego Cataldi conduce a reflexionar sobre la aplicación en el ordenamiento interno, de los valores indicados por la praxis internacional en materia de derechos humanos.

Antonino Colajanni, sostiene que el milenio que pasó está lleno de experiencias concretas, casi siempre conflictivas, de encuentros y desencuentros entre enteras sociedades, de incomprensiones, prejuicios y exclusiones de todo género de grupos humanos. Colajanni hace una serie de reflexiones sobre las nociones de multiculturalidad e interculturalidad, de integración y asimilación, llevando a la reconsideración de la elaboración en América Latina de la noción de articulación con la sociedad mayoritaria.

Celebramos este seminario realizado en Nápoles, después del encuentro en Quito y esperamos que muy pronto de nuevo se reúnan los estudiosos de América Latina e Italia para continuar reflexionando y buscando el camino para lograr la multiculturalidad, el multilingüismo, el reconocimiento de los derechos de las minorías y su integración, la tolerancia y la democracia.

*Mirta Liliana Bellotti*

u u