

La Asociación Argentina de Derecho Internacional agradece a:

- **SECyT/UNC**
- **Manuel Augusto Ferrer**
- **Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Córdoba.**

por su generosa contribución para esta publicación.

IN MEMORIAM

CALIXTO ARMAS BAREA
CARLOS BERNARDO GUASTAVINO
GUALBERTO LUCAS SOSA

ISSN 1850-079X

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



**Anuario
Argentino
de
Derecho
Internacional**

XVI

2007

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

DIRECTOR HONORARIO

Ernesto J. Rey Caro

DIRECTORA

Zlata Drmas de Clément

Secretario

Luis Cruz Pereyra

CONSEJO DE REDACCIÓN

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 - República Argentina
(zlata1@fibertel.com.ar)

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

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

(septiembre 2005-septiembre 2007)

Presidente: Armando Daniel Abruza
Vicepresidente: María Elsa Uzal
Secretario: Luis Cruz Pereyra
Prosecretario: Carlos Echegaray de Maussion
Tesorero: Jorge Stähli

CONSEJEROS

Ernesto Rey Caro
Ada Latucca
Luciana Díaz
Beatriz Pallarés
Alejandro Menicocci
Analía 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

Director: Verónica Zamzem

**Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del
Derecho Internacional**

Director: Jorge Oscar Paladino

Sección Derechos Humanos

Director: Victor Bazán

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

PANORAMA DE LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO <i>(PANORAMA OF THE REGULATION OF THE INSOLVENCY IN THE COMPARED LAW AND THE ARGENTINE PRIVATE INTERNATIONAL LAW)</i>	
<i>Por María Elsa Uzal</i>	19
EVOLUCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES: “POLÍTICOS” VERSUS “JUECES” <i>(EVOLUTION OF THE PROHIBITION OF THE USE OF THE FORCE IN THE INTERNATIONAL RELATIONS: “POLITICIANS” VERSUS “JUDGES”)</i>	
<i>Por Cesáreo Gutiérrez Espada.</i>	79
LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO “PESCA RESPONSABLE” <i>(THE APPLICATION OF THE CONCEPT “RESPONSIBLE FISHING”: A PROCESS OF PERMANENT EVOLUTION)</i>	
<i>Por Eva María Vázquez Gómez.....</i>	99
EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN <i>(THE INTERNATIONAL LAW IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE ARGENTINE NATION)</i>	
<i>Por Zlata Drnas de Clément.....</i>	113

LEGISLACIÓN

CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA REPUBLICA ARGENTINA PERIODO 12-08-2006 al 30-09-2007 Sistematización a cargo de <i>María Alejandra Sticca.....</i>	161
---	-----

JURISPRUDENCIA

LAUDO N° 1/2007 - LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE RE- VISIÓN CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA SOLICITUD DE	
---	--

PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCESO DE LA APLICACION DE MEDIDAS COMPENSATORIAS - CONTROVERSIAS ENTRE URUGUAY Y ARGENTINA SOBRE PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY.....	173
---	-----

RECENSIONES

ABELLÁN HONRUBIA, VICTORIA (Directora) - SAURA ESTAPÁ, JAUME (Coordinador) <i>Prácticas de Derecho Internacional Público</i> , Tercera edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2005, 782 páginas.....	191
ALONSO GARCÍA, RICARDO (Edit.) <i>Clasicos de la Justicia Europea en el 50 Aniversario de los Tratados de Roma</i> , Edit. Aranzadi SA, Pamplona, 2007, 122 páginas.....	192
BERMEJO GARCÍA, R.- GUTIERREZ ESPADA, C. <i>La disolución de Yugoslavia</i> , Serie Ciencias Sociales, Primera Edición, Ed. Universitaria de Navarra S.A., Pamplona, 2007, 277 páginas.....	193
CIENFUEGOS MATEO, MANUEL, <i>La Asociación Estratégica entre la Unión Europea y el Mercosur, en la Encrucijada</i> , Editorial CIDOB, Barcelona, España, 2006, 170 páginas.	194
COMBACAU, JEAN – SUR, SERGE <i>Droit international public</i> , séptima edición, Montchrestien, Paris, 2006, 813 páginas en francés.....	195
DIEZ DE VELASCO, MANUEL <i>Instituciones de Derecho Internacional Público</i> , 16º edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, 1166 páginas.....	197
DREYZIN DE KLOR, A. et al. <i>Garantías mobiliarias. In memoria Inocencio García Velasco</i> . DeCITA 7/8/2007, Derecho del Comercio Internacional, Temas y actualidades, Florianópolis, Brasil, 2007, 683 páginas.	199
ESPÓSITO MASSICCI, CARLOS <i>Inmunidad del Estado y Derechos Humanos</i> , Thomson Civitas, Cuadernos Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, 290 ps.....	200
FARAMIÑÁN GILBERT, JUAN MANUEL DE - GUTIÉRREZ CASTILLO, VÍCTOR LUÍS, <i>El Mediterráneo y la delimitación de su plataforma continental</i> , Tirant lo blanch, Valencia, 2007, 358 páginas.....	203
FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS - JIMÉNEZ GARCÍA, FRANCISCO <i>El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional</i> , Tomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006, 586 páginas.....	205
GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO – TIZZANO, ANTONIO - ALONSO GARCÍA, RICARDO, <i>Código de la Unión Europea</i> , Tercera edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, 1880 páginas en dos tomos.....	207
GUTIÉRREZ ESPADA, CESÁREO, <i>La responsabilidad internacional Las consecuencias del hecho ilícito</i> , DM Librero Editor, Murcia (España), 2005, 311 páginas.....	209
GUTIÉRREZ ESPADA, CESÁREO <i>El hecho ilícito internacional</i> , Cuadernos Internacionales 5, Universidad Autónoma de Madrid, Dykinson, Madrid, España, 2005, 243 páginas.....	212
GUTIÉRREZ ESPADA, CESÁREO y SILVELA DÍAZ CRIADO, ENRIQUE. <i>El Conflicto de Irak I y II</i> , Ministerio de Defensa, Madrid, 2006.....	214
GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D. T. <i>Elementos de Derecho Internacional Penal</i> , Edit. De los Cuatro Vientos, Buenos Aires, 2006, 284 páginas.....	215

HUMMER, WALDEMAR (Edit.) – MELLADO, NOEMÍ (Coord.) <i>Cooperación y conflicto en EL MERCOSUR</i> , M.E.L. Editor, Córdoba, 2007, 244 páginas.....	217
KOHEN, MARCELO G. (Ed.) <i>Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. La . Liber Amicorum LUCIUS CAFLISCH</i> , Martinus Nijhoff Publishers, 2007, Netherlands, 1238 páginas.....	219
MASO JARDIM, TARCISO DEL O. <i>Brasil e o Direito Internacional dos conflitos armados</i> , Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006, 1156 páginas en dos tomos, en portugués.....	221
MELLADO, NOEMÍ (Directora) <i>Aportes para la integración latinoamericana</i> , Publicación Semestral del Instituto de Integración Latinoamericana (IRI), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Provincia de Buenos Aires, Año XII, N 14, Julio 2006, Soporte CD.....	222
MOYA DOMÍNGUEZ, MARÍA TERESA <i>Derecho de la Integración. Mercosur: Instituciones y fuentes. Unión europea y Comunidad Andina: Estudio comparado</i> , Ediar, Buenos Aires, 2006, 473 páginas.....	225
PAGLIARI, ARTURO SANTIAGO, <i>Curso de Derecho Internacional Público</i> , Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2007, 736 páginas.	227
PUEYO LOSA, JORGE – PONTE IGLESIAS, TERESA (Coord.) <i>Derecho Internacional Público, Organización Internacional, Unión Europea</i> (Recopilación Básica de Instrumentos Jurídicos), Torculo Edicións S.L., Santiago de Compostela, 2007, 872 páginas.....	228
TAMBURELLI, GIANFRANCO. <i>Biodiversity Conservation and Protected Areas</i> Giuffrè Editore, Milano, 2007, 319 páginas.....	229
TROUWBORST, ARIE. <i>Precautionary Rights and Duties of States</i> , Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, 351 páginas.....	232
UBERTAZZI, BENEDETTA, <i>La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato</i> , Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale e processuale, N° 66, CEDAM, Padova, Italia, 2006, 421 págs..	233
<i>Cuaderno de Derecho Internacional N° II El Derecho Internacional en las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación</i> , Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Córdoba, 2006, 194 páginas.....	235
“ <i>Estudios Internacionales</i> ”, Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Año XXXIX, N° 155. RIL® Editores, Santiago de Chile, Diciembre 2006, 219 páginas.....	238
“ <i>Estudios Internacionales</i> ”, Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, N 157, Año XL, Abril – Agosto 2007, RIL® Editores, 214 páginas	239
<i>Revista AGENDA INTERNACIONAL</i> , Año XIII, N° 24, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial (PUCP), Lima 2007, 471 páginas.	241

CRÓNICAS

CONCLUSIONES DE LAS DISTINTAS SECCIONES

Asociación Argentina de Derecho Internacional en el Congreso Ordinario y Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Carlos

Bernardo Guastavino - Dr. Gualberto Lucas Sosa” 26 al 29 de Septiembre de 2007, Mar del Plata, Pcia. de Buenos Aires	249
Sección Derecho Internacional Público.....	249
Sección Derecho Internacional Privado	250
Sección de Relaciones Internacionales.....	253
Sección Derecho de la Integración.....	258
Sección de Metodología, Documentación y enseñanza del Derecho Internacional.....	260
Sección Derechos Humanos.....	261

NORMAS EDITORIALES DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

1. Características del Anuario

El *Anuario* es una publicación científica, arbitrada, periódica (anual), cuyo propósito es presentar a la comunidad académica jurídica nacional e internacional los resultados de las investigaciones y estudios doctrinarios de sus miembros y colaboradores, con el propósito de estimular el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas, sin poseer orientación particular. Sólo admite trabajos inéditos, no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas.

El *Anuario* no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados (o 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 útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 100 palabras; d) Palabras-clave en español e inglés en número no mayor a cinco expresiones;

3.2. Abreviaturas y otros signos

Todas las abreviaturas que se empleen deben ser explicadas la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocan en *itálica*, salvo que se empleen letras griegas.

3.3. *Tablas y figuras*

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

3.4. *Notas*

Cuando se pongan, las notas de pie de página deberán 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 trate de obra conjunta, se indicará con letras versalita el nombre del responsable de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

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

4. Material a presentar con el libro

Deberá entregarse el material completo vía mail a zlata1@fibertel.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 resulte temporalmente factible dará a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones deberán 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

PANORAMA DE LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO IN- TERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO*

*PANORAMA OF THE REGULATION OF THE INSOLVENCY IN THE COM-
PARED LAW AND THE ARGENTINE PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

*María Elsa Uzal ***

RESUMEN

El presente trabajo aborda la problemática de la insolvencia transfronteriza, analizando la diversidad de enfoques que se observan en el derecho comparado. Detalla el análisis en búsqueda de categorías jurídicas para hallar soluciones a los diversos aspectos con los que se pueden presentar esos casos en la actualidad.

PALABRAS-CLAVE

Derecho internacional privado - insolvencia transfronteriza - categorías - soluciones.

ABSTRACT

The present work studies the problematic of the cross-border insolvency, analyzing the diversity of approaches that may be observed in the foreign law. It details the analysis of the diverse situations in search of legal categories to find the solutions to give at present to the diverse aspects with which those cases can be presented.

KEY WORDS

Private international law - cross-border insolvency - categories - solutions.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. LOS “PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA” COMO CATEGORÍA JURÍDICA Y EL PROBLEMA DE LAS CALIFICACIONES. I-

* Relato de la *Sección Derecho Internacional Privado* en el *XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional* (Mar del Plata, 27 a 29 de septiembre de 2007).

** Catedrática de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires. Miembro titular y Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

PERSPECTIVA ACTUAL DE LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES VINCULADOS A LA INSOLVENCIA. 1. Los sistemas de unidad y pluralidad de la quiebra en el D.I.Pr. 2. Teoría de la unidad-universalidad o extraterritorialidad de la quiebra. 2.1. Unidad de procedimientos de quiebra. a) El derecho inglés. a) 1. Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza. b) Bélgica y Luxemburgo. 3. La teoría de la pluralidad o de la territorialidad de la quiebra. 3.1. Los procesos subordinados, derivados o complementarios respecto de procedimientos extranjeros. a) El derecho americano. La reforma de 2005: sus objetivos y alcances. b) El derecho canadiense. 3.2. Países que reconocen ciertos efectos a la sentencia extranjera de quiebra. Exigencia de *exequatur*. a) En el derecho francés. b) El derecho italiano. c) Los países escandinavos. d) El derecho alemán. e) El derecho de Japón. f) Brasil. II. LAS INICIATIVAS COMUNITARIAS EUROPEAS. III. EL PROYECTO DE LA INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (I.B.A.) SOBRE CONCORDATOS. IV. LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y SUS PERSPECTIVAS FRENTE AL ART. 4 L.C. La nueva técnica. Los principios del Banco Mundial. La resolución de la CIDIP. V. LA CUESTIÓN EN EL D.I.Pr. DE FUENTE CONVENCIONAL. 1. Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y 1940. a) Jurisdicción y ley aplicable. b) Preferencias de los acreedores locales. c) Reconocimiento de la autoridad de síndicos y administradores. d) Privilegios. e) Disponibilidad internacional de los remanentes. Otros bienes. f) Medidas de carácter civil. Rehabilitación. g) Extensión de las reglas referentes a la quiebra. VI- SISTEMA EN EL CUAL SE INSCRIBE EL TRATAMIENTO DE LA QUIEBRA MULTINACIONAL EN NUESTRO D.I.Pr. INTERNO (ESPECIALMENTE EL ACTUAL ART. 4, LEY 19.551, MODIF. POR LEY 22.917). a) Efectos de la declaración de concurso en el extranjero. b) Efectos de la declaración de concurso extranjero frente a los acreedores locales. c) Efectos de la declaración de concurso de un deudor que carece de acreedores locales pero con bienes en el país. d) Declaración de concurso en el extranjero y posterior declaración de quiebra en el país. e) Declaración de concurso en el país frente a acreedores que no pertenezcan a un concurso abierto en el extranjero. La reciprocidad. f) La paridad en los dividendos. VII. POSIBILIDADES DE COORDINAR SISTEMAS. EL CRITERIO. 1. Predominio del conflicto de jurisdicción sobre el conflicto de leyes. VIII. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN.

LOS “PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA” COMO CATEGORÍA JURÍDICA Y EL PROBLEMA DE LAS CALIFICACIONES

Abordar la problemática de la insolvencia transfronteriza, con la diversidad de enfoques que para el tratamiento de las diversas cuestiones vinculadas a este fenómeno exhibe el derecho comparado, exige extremar el análisis en busca de las categorías jurídicas que resultarán de aplicación para encuadrar los supuestos de hecho del problema y hallar las soluciones a dispensar a los diversos aspectos con los que se pueden presentar esos casos, en nuestros días.

En este marco y con base en el panorama de derecho interno, se observa que la categoría jurídica clásica utilizada para encuadrar el fenómeno de la insolvencia, remitía fundamentalmente a las soluciones propias de institutos liquidativos, de naturaleza colectiva, designados bajo la denominación de *quiebra o falencia*. Sin embargo, ya desde hace tiempo, esa categoría clásica, ha ido evolucionando hacia una categorización más amplia, inclusiva de fórmulas preventivas que modernamente juegan junto con las fórmulas liquidativas, utilizándose una expresión comprensiva de ambas: *el concurso*.

Ya más recientemente, la globalización, la regionalización económica y las recurrentes crisis sistémicas, con mayor flexibilidad aún de conceptos, han dado cauce a nuevas instituciones con soluciones que se han dado en calificar como “asistemáticas”, que permiten hablar de reorganizaciones, saneamiento, recuperación y salvatajes del deudor empresario y que brindan cauce a un complejo conjunto de intereses, que ya no discurren en la clásica tensión *deudor – acreedor*, sino que se combinan con los intereses de dependientes, clientes, proveedores, consumidores y de la economía en general.

Se ha tornado así a una nueva categoría, que puede denominarse con título genérico de “*procedimientos de insolvencia*”, comprensiva de los múltiples modelos normativos que incluyen la problemática privada entre deudores y acreedores y entre empresas y acreedores en situación de crisis económica o económico-financiera, pero que la trascienden, para abarcar soluciones que son respuestas funcionales a crisis sistémicas de la economía, incluso de la macroeconomía, generadoras de las graves situaciones de impotencia patrimonial de la que adolece el sector en el ámbito del derecho privado, cuyos avatares se encaran a través de diversos procedimientos que tienden a conjurar el fenómeno, recuperar la empresa y las fuentes de trabajo, procurando conciliar además, los intereses de los acreedores y hasta del propio deudor.

I . PERSPECTIVA ACTUAL DE LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES VINCULADOS A LA INSOLVENCIA

La aproximación a la regulación de los procesos vinculados al fenómeno de la insolvencia y en particular de las quiebras multinacionales, en la actualidad, no puede sino ir precedido de la clásica advertencia sobre la necesidad de valorar el contexto jurisdiccional del problema como condicionante cierto de la solución de fondo a la que habremos de arribar.

Esto significa, que debe recordarse la correspondencia que media entre *ius* y *forum* dado que, **en cuestiones de naturaleza internacional**, según donde se plantee jurisdiccionalmente la cuestión, el juez que entienda en la causa las resolverá, por lo general, aplicando sus propias reglas de procedimiento (puramente internas o internacionales) en lo formal o adjeti-

vo y su derecho internacional privado, ya de fuente nacional o convencional, en lo sustancial o de fondo¹.

Como punto de partida, cabe refrescar la existencia de dos sistemas básicos de competencia judicial en el derecho procesal internacional en materia de quiebras, inspirados en las no menos clásicas corrientes que dividen las posiciones en cuanto al derecho de fondo. Por un lado, “la unidad, universalidad o extraterritorialidad de la quiebra o concurso” y por otro, «la pluralidad, el fraccionamiento o la territorialidad» del mismo instituto.

La elección de uno u otro sistema en lo que toca a la regulación de fondo admite, por cierto, soluciones intermedias o eclécticas y, no necesariamente, existe estricta correspondencia entre unidad o fraccionamiento en lo jurisdiccional y en el derecho aplicable². Si bien existe contraposición entre estas dos tendencias, ninguna de ellas encuentra una expresión absoluta en el derecho positivo, de manera que, sea cual fuere el origen, se suele hacer importantes concesiones al principio contrario, por ende, “puede considerarse que el dato determinante para juzgar sobre el valor de uno y otro sistema no es tanto el principio que lo inspira, sino la concreta articulación entre dos exigencias fundamentales: la realización de los fines esenciales del concurso, que requiere una adecuada cooperación internacional entre los diferentes sistemas estatales y la necesaria protección de los intereses locales afectados por la crisis económica del deudor”³.

Resulta pues ilustrativo, revisar cómo se encuentra la resuelta cuestión en el derecho comparado.

1. Los sistemas de unidad y pluralidad de la quiebra en el D.I.Pr.

El derecho comercial, por su dinamismo propio, es quizá, dentro del D.I.Pr, el ámbito de las relaciones jurídicas donde con mayor nitidez se aprecia la tendencia a la unificación legislativa, a la universalidad, a la obtención de soluciones materiales comunes. Ello aparece como una exigencia de la compleja y delicada urdimbre de las relaciones mercantiles internacionales, que sólo se puede tejer con firmeza en un marco de seguridad jurídica que la favorezca, en el mejor de los casos, o cuyas reglas de juego sean lo suficientemente claras como para que resulte eficaz el mérito

¹ BOGGIANO, A. *Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, 5ª ed., T. 1, pp. 90/3.

² Véase sobre las características de uno y otro sistema: UZAL M. E. «El art. 4 de la ley 19.551. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática», *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (REDCO)*, Editorial Depalma, N 106, 1985, pp. 527/33.

³ GONZALEZ CAMPOS J. D. «Aspectos internacionales de la situación concursal», en *Reforma del Derecho de quiebra*, Editorial Civitas S.A., Fundación Universidad, Empresa, p. 353.

y previsión de los eventuales riesgos. Una seguridad plena sólo se obtiene cuando los actos celebrados y las decisiones adoptadas por las autoridades de un país son reconocidos y respetados en los demás.

El campo de los concursos internacionales adquiere, en este aspecto, especial relevancia, puesto que en cualquier relación jurídica, mercantil o no, las personas, físicas o jurídicas extremos de la negociación pueden resultar potenciales sujetos involucrados en un concurso, quiebra o procedimiento liquidatorio semejante. Ello ocurre, por ejemplo, cuando, ante la insuficiencia patrimonial, la cesación en pagos, la realización de actos que se consideran de quiebra, etc., se procede a la liquidación colectiva de los bienes del deudor con el fin de satisfacer lo debido por éste a los acreedores. Se ha advertido que en las legislaciones sobre esta materia, existe acuerdo en cuanto al fin social perseguido, el que se procura, sin embargo, con una variedad de medios (Jitta).

Los procedimientos concursales así planteados resultan objeto del D.I.Pr. cuando hay acreedores o deudores en varios países, o cuando, aun sin que ello ocurra, los créditos, deudas o bienes afectados, no están todos en una misma jurisdicción estatal. En estos casos hay muchos países que no prevén en su D.I.Pr. interno los problemas que puede acarrear la quiebra o concurso multinacional; entre los que lo hacen, en cambio, se perfilan legislativa y doctrinalmente dos grandes corrientes orientadoras: la de la unidad, extraterritorialidad o universalidad de la quiebra, y la de la pluralidad o territorialidad. Junto a ellas han surgido también sistemas mixtos o dualistas con elementos de ambas posiciones: algunos conducen, por ejemplo, a admitir una escisión en la competencia legislativa, partiendo de la idea de que la quiebra es vía de ejecución sobre los bienes. Así, ponen el acento en el estatuto real, distinguiendo entre bienes muebles e inmuebles del deudor, sujetando estos últimos a un criterio territorial, con aplicación del principio de la "*lex rei sitae*" y a los primeros al criterio de unidad, admitiendo la **extraterritorialidad y resolviendo** los eventuales conflictos de leyes con soluciones análogas a las consagradas, por ejemplo, en materia sucesoria (ver: Ripert, *Quelques questions sur la faillite en droit international privé*, "Rev. Cr. Législ. et Jurispr.", 1877-726). Otros autores (Bonfils, Calvo, Massé) propusieron distinguir entre los efectos patrimoniales de la quiebra (liquidación de bienes) sometidos a la *lex rei sitae*, de los efectos personales (incapacidades, por ej.) regidos por la ley personal del fallido. Se ha observado que este enfoque conduce a una casi total adhesión al principio de territorialidad por la importancia muy limitada de los efectos personales (ver: Loussouarn-Brédin, *Droit du commerce international*, n° 678, París, 1969). Aun los autores partidarios de la unidad de la quiebra admiten, también, la posibilidad -facultativa- de una pluralidad de juicios (la quiebra, hipótesis que, por supuesto, necesariamente se da, en caso de sustentarse el principio de la territorialidad, con la consecuente pluralidad de masas concursales). Se admite también la posibilidad de que con un único juicio de quiebra, el juez mantenga las diversas masas procedentes

de los distintos países, separadas, a fin de asegurar la preferencia de los acreedores locales en cada una de ellas (sistema de las preferencias nacionales).

2. Teoría de la unidad-universalidad o extraterritorialidad de la quiebra

Conceptualizando cada uno de los sistemas extremos, digamos que el de la unidad sostiene que los efectos de la quiebra declarada en un país tienen alcances extraterritoriales comprensivos de todos aquellos países donde existan bienes, deudas o créditos del deudor. La declaración de falencia puede hacerse valer, requiriéndose el *exequátur* para hacerla cumplir cuando se trata de actos de ejecución propiamente dichos, o bien observando los recaudos exigibles para el reconocimiento de documentos extranjeros cuando se quiera invocar su fuerza probatoria.

Este sistema, en su forma pura, prevé un juicio único y universal, por ante el tribunal competente (que será el del domicilio del deudor, el de la sede social o estatutaria, el de «centro de los negocios del deudor», etc.), regido por las leyes procesales y de fondo de ese tribunal ante el cual deben acudir todos los acreedores a hacer efectivos sus créditos, cualquiera que sea el lugar de cumplimiento o la situación de los bienes con que el individuo o la sociedad deben responder. «La falencia así declarada alcanza al conjunto del patrimonio del deudor y está dotada de una carga de extraterritorialidad de donde viene el doble calificativo de unidad y universalidad» (conf. Loussouarn-Brédin, ob. cit., nros 680 y ss.). Los antecedentes de esta concepción pueden remontarse a Savigny, y más modernamente la sostienen Alfonsín, Bonelli, De Semo, Brunetti, entre otros.

Siguiendo a Loussouarn⁴, como principales argumentos en favor de esta posición cabe señalar:

a) Que la quiebra por la naturaleza de su materia ha de hallarse sometida al estatuto personal, pues lo que se tiene en mira es la persona del fallido, su estado y capacidad (Renault, Laurent), de ahí que quien es fallido en un Estado debe serlo en los otros, desprendiéndose el efecto de la extraterritorialidad de la declaración en ese sentido. La postura opuesta sostiene, en cambio, que la falencia procura repartir equitativamente el activo y hacer que los acreedores soporten las pérdidas en proporción a sus créditos, de ahí el carácter de estatuto real asignado a la institución (Thaller, Ripert, Rocco Bar, Rolin).

b) Que la unidad es la mejor forma de asegurar el principio de igualdad entre los acreedores, ya que sólo así puede efectivizarse la repartición igualitaria del activo, aventando las maniobras fraudulentas de quienes, a

⁴ LOUSSOUARN-BREDIN, *Droit du commerce international*, Nros. 679 y ss., pp. 754 ss., París, 1969.

veces, logran producidos desde diferentes masas. (Los autores alemanes han catalogado como "sistema de pillaje", "*raubsystem*", estas conductas que aprovechan, en perjuicio de otros acreedores, la circunstancia de que los derechos y las obligaciones de la quiebra no son siempre iguales bajo las diferentes legislaciones). Cabe observar, sin embargo, que la defensa de la igualdad, fácil de conseguir cuando todos los bienes del deudor están situados en el territorio de un mismo Estado, se vuelve particularmente difícil y compleja cuando esos bienes se hallan diseminados en varios países, debido a la falta de unidad legislativa y jurisdiccional.

c) Que es el sistema que mejor se ajusta a la concepción de la unidad del patrimonio como atributo de la personalidad. Se sostiene que una persona, un comerciante o una sociedad no tienen más que un patrimonio y que la falencia ha de proceder a su liquidación, regla que deviene inaplicable si, en razón de la dispersión de bienes en diferentes Estados, éstos pronuncian varias quiebras distintas, cada una con alcance meramente territorial.

d) Que es el régimen que mejor armoniza el instituto que nos ocupa con las exigencias del comercio internacional, que requiere simplicidad, economía y rapidez, eliminando las complicaciones que surgen de la localización y repartición de créditos y bienes entre las diferentes masas. (Repárese en que, con respecto a los créditos, hay que recurrir a una localización ficticia, optándose a veces por el domicilio del deudor o del acreedor, otras por el lugar de pago, etc.); también se evitan los gastos producidos por los concursos múltiples y los eventuales conflictos de leyes.

e) Se ha dicho también que este sistema favorece la tarea de investigación del síndico en la determinación del pasivo, resultando harto frecuente que las informaciones necesarias se hallen en el domicilio del deudor. Para algunos autores, la unidad de la falencia es consecuencia de la naturaleza jurídica que atribuyen a la masa de acreedores, a la cual considerarla una persona moral distinta de éstos.

f) Finalmente, se ha argumentado que permite asegurar con mayor facilidad el levantamiento de la quiebra, puesto que, en caso de pluralidad, el mismo deudor podría haber obtenido un concordato en un país, estar bajo un régimen de unidad dentro de otro y verse cercado por la insuficiencia de activo en un tercero (M. Trochu), dificultándose una resolución final y común.

2.1. Unidad de procedimientos de quiebra

Existe un buen número de países que inscriptos en el principio de universalidad del fenómeno de la quiebra no exigen ningún *exequatur* formal y, que, con ciertos límites admiten que una quiebra extranjera produzca efectos en su propio territorio, y atribuyen efectos extraterritoriales para sus propias quiebras.

a) El derecho inglés

Desde un principio (*Bankruptcy Act* de 1914) el derecho inglés reconoció la competencia de los tribunales del país donde el deudor tiene su sede y el "centro de sus negocios" para decretar la falencia, reconociendo efectos a la quiebra abierta en ese país, sobre los bienes muebles situados en suelo inglés, habiéndose exceptuado a partir del fallo: "*Galbraith vs. Grimshaw*" (1910), los casos en los que un acreedor nacional hubiese embargado o secuestrado los bienes antes de la sentencia de quiebra extranjera, revirtiéndose la vieja doctrina del caso "*Solomons vs. Ross*" (1764). Respecto de inmuebles, la sentencia de quiebra dictada fuera de Inglaterra no opera sobre el traspaso de inmuebles situados en ese país, aunque se han reconocido excepciones en algún caso vinculados a países del Commonwealth⁵.

La *Insolvency Act* de 1986 establece en su Sección 426 que los tribunales con jurisdicción en materia de quiebras en cualquier parte del Reino Unido asistían a los tribunales con jurisdicción correspondiente en la materia de cualquier otra parte del Reino Unido o de cualquier otro país o territorio "relevante"⁶ y que, a esos fines cualquier requerimiento hecho por esos tribunales es legítimo para el tribunal ante el que se hace, en cualquier cuestión a la que se aplique la ley de quiebras y a la cual es aplicable la ley de quiebras en la jurisdicción del juez requerido. Se establece que a estos fines el tribunal tendrá particularmente en vista las reglas del derecho internacional privado.

En Inglaterra, tradicionalmente, el nombramiento de un síndico efectuado en el extranjero en el lugar de la sede de la sociedad, es reconocido y por ende, puede obrar en ese país. Sin embargo, se ha señalado que este reconocimiento es fundado más que en un principio específico en materia de quiebras, en el principio de que la ley de la sede social define los autorizados para obrar por el ente.

Se advierte la tendencia a favorecer al máximo las posibilidades a apertura de un solo procedimiento. Es sumamente interesante la coordinación de procedimientos llevada a cabo entre Inglaterra y los Estados Unidos en el caso "*Maxwell*". Luego de la muerte de Robert Maxwell en 1991, su emporio económico, la sociedad inglesa *Maxwell Communication Corporation*, Sociedad holding con más de 400 filiales en el mundo y que contaba con el 75% de sus activos en sus filiales de Estados Unidos, solicitó la aplicación del art. 11 del *Bankruptcy Code* en este país y la aplicación de la *Insolvency Act* de 1986 en Inglaterra con 24 horas de diferencia. A fin de coordinar

⁵ MORRIS, J.H.C. *The Conflict of Laws*, London, 1980, pp. 389-391.

⁶ Países o territorios «relevantes», según se define en la I.A. Secc 426 (11) son cualquiera de las islas del Canal, la Isla de Man o cualquier país o territorio designado a los fines de la ley por la Secretaría de Estado (Status in force. Official Revised Edition. *Insolvency Act* 1986, Chapter 45. London, pág. 249-251).

ambos procedimientos se firmó un acuerdo (*Governance protocol*) entre los “*administrators*” ingleses y el “*examiner*” americano que se aprobó y homologó por los tribunales en ambos países y que preveía que los “*administrators*” constituirían una “*corporate governance*” a cargo de la administración de la sociedad tanto en Estados Unidos como en Inglaterra y que el “*examiner*”, tenía la misión de vigilar, facilitar y, en ciertas circunstancias, autorizar, las iniciativas de gobierno de los “*administrators*” a cargo de quienes se dejó la gestión.

En caso de conflicto se previó el recurso a los tribunales. Se ha dicho que esta solución permitió coordinar y armonizar los intereses de la liquidación colectiva de los bienes de un único deudor del cual la mayoría de los acreedores se hallaba en Inglaterra y la mayoría de los bienes en Estados Unidos⁷.

a) 1. Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza

La “*Insolvency Act*” también preveía que en Inglaterra y Gales, el Secretario de Estado, con el acuerdo del Lord Canciller y en Escocia, con el acuerdo de los Ministros escoceses; pudiera poner en vigencia, con o sin modificaciones, la Ley Modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza como legislación secundaria, pudiendo incluir otras enmiendas en la legislación, para prever la cooperación entre tribunales que ejercen jurisdicción en materia de insolvencia. Ello ocurrió el 4 de abril de 2006.

Mediante las Reglamentaciones 2005 (“*Regulations 2005*”), se introdujeron enmiendas a la “*Insolvency Act*” de 1986, se procuró con ellas clarificar algunos aspectos del impacto del Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia de 2000 que entró en vigor el 31 de mayo del 2002, de forma de tornar la regulación de la *Insolvency Act* compatible con aquella regulación. En particular en lo que hace a las compañías comprendidas, implicaron una implementación del Reglamento Europeo.

Se previó que los acuerdos voluntarios y procedimientos de administración, que se hallan disponibles para las compañías incorporadas en la “*Companies Act*” de 1985, resultarán también aplicables cuando se trata de compañías registradas fuera del Reino Unido, que tienen el “principal centro de sus intereses” localizados dentro del Reino Unido, permitiendo así una compatibilización con el Reglamento Europeo.

b) Bélgica y Luxemburgo

También comparten la idea de unidad y son países abiertos al reconocimiento de los efectos de una quiebra decretada en el país de la sede o centro de los negocios, o del domicilio del deudor en el extranjero, con el

⁷ Véanse detalles en LUCHEUX - PASSEMARD - Dom, ob. cit., nota 7, pág 7.

fundamento de que la quiebra aparece ligada al estatuto personal del deudor que es uno. Por ende, se reconoce al administrador de la quiebra extranjera el derecho a incorporar a la quiebra la masa de bienes del deudor que se encuentren en sus territorios y prohíben las medidas de ejecución individuales. Todo ello, con el límite del orden público y en algún caso, con el fundamento de la falta de reciprocidad⁸.

Así, es paradigmático el caso de Bélgica. Los tribunales belgas, en ausencia de soluciones específicas, han cubierto las lagunas, bilateralizando las normas internas de jurisdicción y declarando la *jurisdicción exclusiva* de los tribunales belgas para declarar la quiebra de un deudor si su domicilio, en el caso de la persona física; o lugar de registro ante las autoridades locales o su principal establecimiento, en el supuesto de las personas jurídicas, se encuentra en Bélgica. Consecuentemente, los tribunales se han inhibido para declarar la quiebra de un deudor que no tenga su domicilio o su establecimiento en su país y, también se ha dicho, que no podrá declararse una segunda quiebra hasta que la primera no haya concluido ya que la quiebra sólo puede ser una, en todo caso, sólo cabrán quiebras sucesivas. También los tribunales han denegado declarar en quiebra a la sucursal en el país de una sociedad extranjera, por carecer las sucursales de personalidad jurídica propia, incluso respecto de aquél que ha tratado con esta sucursal, pues se ha entendido que en tal caso, el acreedor posee un crédito contra la sociedad domiciliada en el extranjero, donde se encuentra el centro de sus negocios y no contra el establecimiento secundario que carece de personalidad jurídica distinta.

Se ha interpretado así mismo, que la competencia en la materia es inderogable por las partes y que se ejercita por los tribunales belgas, con independencia de la nacionalidad del deudor o de los acreedores.

Por otro lado la doctrina ha prevenido que la regla de universalidad, en aquellos casos en los que resultase de aplicación una ley extranjera a la ejecución de bienes situados en Bélgica, deberá obtenerse a través del *exequatur* de la sentencia extranjera declarativa de concurso y respetarse las disposiciones de orden público del ordenamiento del país; así por ejemplo, se ha resuelto que para la venta forzada de un inmueble situado en Bélgica, deben seguirse las formalidades requeridas para la transferencias de inmuebles exigidas por la *lex situs*, cuya competencia se considera indiscutible (Frédéricq, Louis, "Traité de Droit Commercial Belge". Ed. Frecheyr. Gand. 1949. Pág. 53; Pouillet "Manuel de droit International Privé Belge", Tercera edición 1947, número 505).

El principio de unidad también se ha mantenido como regla para resolver el conflicto de leyes en materia de quiebra, en tratados bilaterales, como el tratado franco-belga del 8 de julio de 1889 y en la convención entre Bélgica y los Países Bajos del 28 de marzo de 1925.

⁸ RIGAUX, F. *Droit International Privé*, T II (1979) p. 358 y ss.; HANISCH, H. ob. cit. p. 30 y fallos citados en nota 57.

En el marco de situación descrito, recientemente, Bélgica sancionó un Código de Derecho Internacional Privado, por ley del 16 de julio de 2004 (C.-2004/09511) el cual, en su Capítulo XI, contiene un “Reglamento colectivo de insolvencia” que abarca los arts. 116 a 121.

En ese “Reglamento” se ha procurado la armonización de las soluciones de la normativa comunitaria contenida en el Reglamento Europeo 1346/2000 relativo a los procesos de insolvencia, a la cual Bélgica debe responder como país de la Unión Europea, con las soluciones propias de su derecho internacional privado de fuente interna aplicable para con los demás países que no integran la Unión Europea y con respecto a los cuales el Reglamento comunitario no resulta de aplicación.

3. La teoría de la pluralidad o de la territorialidad de la quiebra

Este sistema cuenta entre sus defensores a Thaller Pie, Kohper y Casaregis, y sostiene que la quiebra de un comerciante o una sociedad podrá ser declarada en todos los países donde el deudor posea un establecimiento, aun secundario, una sucursal o bienes de su patrimonio. Estas quiebras se someten a la ley local del juez interviniente (*lex fori*), cuya aplicación es puramente territorial y limitada en sus efectos a la parte del patrimonio localizada en el país en que la quiebra es declarada.

Los partidarios de esta posición refutan los argumentos a favor de la unidad. Así, se ha dicho:

a) Con respecto al fundamento basado en el estatuto personal, que no existe relación entre la idea de incapacidad y las consecuencias de la quiebra (desapoderamiento, por ej.), que se consideran diferentes a aquélla en su naturaleza.

b) Que no se asegura la igualdad entre los acreedores, como se pregona, pues éstos contratan con el deudor teniendo en cuenta la prenda especial constituida por la fracción de su patrimonio radicada en el país, más que la prenda general que le confiere el conjunto de un patrimonio diseminado en varios países, puesto que aquéllos son los bienes que con mayor facilidad lograrán agredir. Desde otro punto de vista, se ha dicho que la aplicación de la idea de unidad del patrimonio acarrea inseguridad a los acreedores, en tanto los expone al riesgo de ver concurrir sobre los bienes locales a acreedores extranjeros cuya existencia ignoraban.

c) Se ha señalado también la falta de elementos de información y de control sobre la gestión de la sindicatura en razón de las distancias, con el riesgo de que ésta beneficie a acreedores locales en desmedro de los foráneos y se ha observado que la ausencia de información y de publicidad y el tiempo que involucra, por ejemplo, la tramitación de un *exequatur* en los distintos países, otorga a los acreedores localizados en ellos un lapso más largo para accionar judicialmente en forma individual, que trae consigo

una verdadera “desigualdad de hecho”. También se han elaborado otros argumentos en favor de esta posición. Así, se ha dicho, por ejemplo:

a) Que la quiebra apunta más que a los deudores, a su patrimonio, con lo cual la ley del domicilio o de la sede social pierden gran parte de su razón de ser. Se sostiene que la quiebra es la constatación de la insolvencia seguida de la ejecución de los bienes y la distribución del producido entre los acreedores (de ahí, el estatuto real).

b) Se hace hincapié en que este régimen beneficia a los acreedores nacionales, a quienes se reconoce un derecho sobre los bienes locales del deudor cuya ejecución es más fácil, confiriéndoseles, a veces, un verdadero privilegio sobre la masa local de los bienes del comerciante extranjero o de la sociedad extranjera. Numerosas son las legislaciones que se orientan en tal sentido, justificadas por el deseo de proteger a los acreedores nacionales contra los peligros que presenta la actividad sobre el territorio nacional de sociedades extranjeras. Ello implica, necesariamente, la competencia territorial de la ley local. Es sintomático comprobar cómo los problemas de la condición de extranjeros, que son *a priori* e independientes de los principios generadores de los conflictos de leyes, pueden ejercer una influencia decisiva sobre el problema de la competencia legislativa.

A modo de conclusión, cabe resaltar que las divergencias existentes entre los distintos sistemas legislativos en materia de quiebra que se arrastran desde el pasado, constituyen, para muchos, un obstáculo decisivo para la competencia extraterritorial de una ley única, pues para que sea realizable un procedimiento de ejecución colectiva sobre los bienes, es condición de eficacia la asistencia de la autoridad local, muchas veces reacia a aplicar una ley foránea. Además, como la universalidad de la quiebra no puede dissociarse del principio de la unidad, si se desea conferir a la ley aplicable una carga extraterritorial, extendiéndola al conjunto de Estados en cuyos territorios el comerciante o la sociedad posee bienes, ello hace, casi necesariamente, que esa ley única conduzca a una quiebra única, pronunciada por un tribunal del país del domicilio del deudor o de la sede social. Si, al contrario, se admite la territorialidad se limita el alcance de cada quiebra a los bienes situados en el país del tribunal que la pronunció. No cabe descartar, sin embargo, una conciliación en los dos sistemas sobre la cual reposa la construcción jurisprudencial francesa, por ejemplo.

3.1. Los procesos subordinados, derivados o complementarios respecto de procedimientos extranjeros

Recordemos que se enrolan en la pluralidad «pura» los sistemas que sostienen que la quiebra de un comerciante o una sociedad podrá ser declarada en todos los países donde el deudor posea un establecimiento, aún secundario, una sucursal o bienes de su patrimonio. Estas quiebras se someten a la ley local del juez interviniente (*lex fori*), cuya aplicación es

puramente territorial y limitada en sus efectos a la parte del patrimonio en el país en el que la quiebra es declarada.

Dentro de la corriente de la pluralidad, sin embargo, aparecen ciertas líneas moderadoras que, sin abandonar el principio de la pluralidad, efectúan concesiones cuyo substracto importa hacerse cargo de la quiebra como fenómeno unitario.

a) El derecho americano

La “*Bankruptcy Reform Act*” de 1978 dio una nueva redacción a las secciones 304, 305, 306 del Título 11 del U.S. Code. En la sección 304 se permitió al representante de una quiebra extranjera (síndico, *trustee, etc*) petitionar ante los tribunales de quiebras de los Estados Unidos la apertura de un procedimiento subordinado o dependiente (“*ancillary proceeding*”) de un procedimiento principal extranjero. Esto es, que cuando se halla pendiente una quiebra extranjera concerniente a un deudor particular que tiene bienes en ese país, sin que se haya iniciado allí un proceso de quiebra, el síndico o el representante del concurso foráneo (*foreign representative*), puede petitionar en orden a administrar los bienes localizados en el país, prevenir el desmembramiento por los acreedores locales de esos bienes u obtener otro tipo de asistencia procesal apropiada. Si la presentación no resulta válidamente cuestionada por el deudor o una parte interesada, en tiempo propio, la Corte podía:

1) Ordenar el inicio o la continuación de cualquier acción contra el deudor con respecto a los bienes involucrados en ese procedimiento extranjero o en ese mismo patrimonio; disponer la ejecución de una sentencia contra el deudor con respecto a esa propiedad o cualquier acto, inicio o ejecución de procedimientos judiciales, para crear o ejecutar relaciones jurídicas sobre esos bienes.

2) Ordenar la entrega de la propiedad de esos bienes, o de sus productos, utilidades, ganancias, réditos o ingresos al representante de la quiebra extranjera.

3) Ordenar otras medidas de ayuda apropiada.

Para determinar si debía concederse esa asistencia, el tribunal debía tomar en cuenta: qué conducta aseguraba la mejor y más económica administración de esos bienes; el trato justo de todos los titulares de reclamos contra ese patrimonio y los interesados en él; la protección de los acreedores locales contra todo perjuicio o inconveniente para que éstos pudieran hacer valer sus reclamos o intereses en el procedimiento foráneo; la prevención de disposiciones preferenciales o fraudulentas de esos bienes; la distribución de utilidades de esos bienes, sustancialmente, de acuerdo con el orden dispuesto en esas normas; el deber de cortesía y, si fuera apropiado, la previsión de una oportunidad para un “*fresh start*” en favor del individuo al que concernía el procedimiento extranjero (oportunidad de comenzar de nuevo).

Esta sección fue posteriormente reformada en 1991.

En la Sección 305 del Título 11 U.S.C. se establece que a un “*foreign representative*” (definido en la sección 101, 24 como el *trustee*, administrador u otro, debidamente designado como representante de un patrimonio en un procedimiento extranjero); se le reconoce legitimación para una comparecencia limitada a las peticiones propias de las secciones 303-304-305, pero ello, no lo somete a la jurisdicción de ningún otro tribunal americano (sección 306) y este funcionario puede solicitar el rechazo de un caso planteado bajo ese título, o la suspensión de todo procedimiento en un caso seguido en los Estados Unidos, si hay pendiente un proceso extranjero de quiebra, siempre, si los intereses de los acreedores y del deudor son servidos en mejor manera con tal rechazo o suspensión. Se trata de solicitar la inhibición del tribunal americano en favor del tribunal extranjero que ha declarado el concurso, si éste es el “*forum conveniens*” (el más favorable a los intereses de los acreedores y del deudor).

Algún fallo americano resolvió que cuando la jurisdicción propia (doméstica) y la extranjera tienen conexiones con el activo que debe ser entregado, los intereses se bifurcarán en el análisis del derecho aplicable y de los intereses de la jurisdicción local que determinan proteger los intereses de sus ciudadanos y comerciantes, como superiores a los intereses de la jurisdicción foránea, en orden a administración del patrimonio falencial (*in re “Koreag Controle et Revisión SA” 961 F 2nd 341, 26 CBC 2nd 1200 (2nd. Circ 1992) cert. denied. US 113 S Ct. 188, 121 L, ED 2nd. 132 (1992)*).

Estas circunstancias, permitirían suponer que los intereses de los acreedores y del deudor serán mejor servidos con esa decisión si hay un procedimiento extranjero pendiente y los factores puestos de manifiesto en la sub-sección 304 garantizaban la suspensión o finalización de los procedimientos. La decisión que recayera no era apelable, es decir que el tribunal de quiebras con base en su experiencia y discreción era investido del poder de decisión (conf. Collier Pamphlet Edition Bankruptcy Code 1996, Secc. 304/305 Matthew-Bender; “*Interpool Ltda v Certain Freights of M/V S 878” - F 2d 111; 21 C.B.C. 2d. 222 (3rd. Circ. 1989)*).

También se ha dicho que la Corte puede suspender un caso de quiebra propio en favor del procedimiento foráneo, bajo los principios de la “*comity*”, cuando las leyes de quiebras de la jurisdicción extranjera son intrínsecamente justas y no repugnan a los conceptos de la quiebra americana relativos a la distribución y liquidación (*in re “Axona Int’l Credit & Commerce” 19 CBC 2nd 257, 88 BR 597 (B Ct, S.D.N.Y. 1988) aff’d 115 BR 442 (SDNY 1990, appeal dismissed, 924 F 2d. 31 (2d. Circ. 1991)*).

Debido a que el rechazo del procedimiento, según la Sección 305 debía hacerse en favor del interés de acreedor y deudor, tenía limitada aplicación en casos de voluntaria petición del *Chapter 7* (procedimiento de liquidación), por lo que, una petición de este tipo debía ser rechazada cuando no favorecía, de mejor manera, los intereses del deudor (*in re: “Grasmann” 28 CBC 2d 105, 156 BR 903 (B Ct ED NY 1992)*).

Para concluir este panorama, la Sección 509, preveía que si un acreedor recibía en un proceso extranjero pagos o transferencias de bienes a cuenta, no podía recibir otro pago en la distribución de una quiebra americana, a cuenta de su acreencia, hasta que cada uno de los otros acreedores que tenían derecho a participar en igualdad de condiciones con tal acreedor haya recibido en la quiebra un valor equivalente a lo percibido por este acreedor en el procedimiento extranjero.

Resulta innecesario destacar que esta sección es la fuente inmediata del cuarto párrafo de nuestro artículo 4 subtitulado “Paridad en los dividendos”.

Estas disposiciones son ilustrativas de un sistema que, si bien partía de la territorialidad como punto de arranque, no descartaba la apertura hacia la «unidad y universalidad», y la cooperación entre órganos encargados de administrar la masa de la quiebra en caso de pluralidad de procedimientos, al admitirse el “*ancillary proceeding*”.

La reforma de 2005: sus objetivos y alcances

Las crisis financieras que se han generalizado en la última década y en particular en los albores del nuevo milenio, en los llamados mercados emergentes: Asia, Latinoamérica y el Este europeo han impuesto la convicción en medios interesados, en particular entre los países desarrollados, de que resultaba de urgente necesidad concretar instrumentos eficaces y consistentes de cooperación, con particular acento en materia de procedimientos de insolvencia transfronteriza. Ello, con el propósito de reducir los riesgos de exposición del sector financiero internacional dentro de la economía global, en esta tarea se han empeñado diversas organizaciones internacionales.

En esta senda, la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza ha sido uno de los instrumentos que más atención ha recibido para actualizar los mecanismos de cooperación internacional en esta área, particularmente en los Estados Unidos, donde virtualmente se han incorporado sus previsiones en la reforma adoptada el 20 de abril de 2005, suscripta por el Presidente Bush.

La “*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 (the “2005 Act”)*”, que introdujo el “*chapter 15*”, basado en la Ley Modelo de UNCITRAL entró en vigor el 17 de Octubre de 2005 y contiene una de las más importantes reformas realizadas al United States Bankruptcy Code desde 1978.

Este nuevo “Capítulo”, que derogó las secciones de disposiciones que veníamos comentando, persigue los siguientes objetivos según el contenido de sus propios enunciados:

(i) Fomentar la cooperación entre los tribunales americanos y los de los Estados extranjeros.

(ii) Lograr la mayor certeza en materia legal para las actividades comerciales y de inversión.

(iii) Procurar una justa y eficiente administración de los procedimientos de insolvencia transfronteriza que proteja los intereses de todos económicamente interesados.

(iv) Procurar la mayor protección y la maximización del valor del patrimonio de los deudores extranjeros.

(v) Facilitar la reestructuración financiera de las explotaciones en problemas, proteger la inversión y preservar el empleo.

E.E.U.U. se inscribió con esta reforma en la misma línea de Japón, Méjico, Polonia, Sudáfrica, Eritrea, Rumania y Serbia y Montenegro que han adoptado sus propias versiones de la Ley Modelo de UNCITRAL.

b) El derecho canadiense

Contiene disposiciones parecidas al derecho americano (*Reform Bell Canadian C.12 "respecting bankruptcy e insolvency"*). Pone el acento en la coordinación de procedimientos más que en el control de un único proceso por un solo procedimiento.

Se encuentra hoy previsto en la Parte XIII –arts. 267 a 275- de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI) y en el art. 18.6 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies* (LACC), legislación que ha experimentado una importante reforma en 1997, que se hallaba sujeta a la revisión de un comité parlamentario a los cinco años y sucesivos ajustes de allí en más.

Contiene disposiciones parecidas al derecho americano. Pone el acento en la coordinación de procedimientos más que en el control de un único proceso por un solo procedimiento. Esta regulación en el marco del derecho interno es contemporáneo de la Ley Modelo de UNCITRAL, en cuya gestación los representantes canadienses tuvieron activa participación y es objeto de estudios desde hace tiempo acerca de la conveniencia de su adopción.

3.2. Países que reconocen ciertos efectos a la sentencia extranjera de quiebra. Exigencia de exequatur

a)- En el derecho francés⁹

La jurisprudencia ha consagrado la tesis de la unidad o universalidad

⁹ Hemos seguido de cerca en este punto a LOUSSOUARN, I. – BREDIN, J. D. *Droit du Commerce International*, Sirey, pp. 764/770 ; BATIFFOL-LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, n 745; MAYER, P. *Droit International Privé*, p. 659; LUCHEUX, J. M. – PASSEMARD, R. – DOM, J. P., «*La faillite internationale et le concordat de L'IBA on peut on suppléer a l' absence de convention multilatérale*» - «*Le projet de concordat sur les faillites transfrontieres ou les délices du droit comparé*». Les petites affiches 4 de diciembre de 1995, n 145, pp. 5/6.

de la quiebra, siempre que la sentencia sea dada por el tribunal del domicilio del comerciante o de la sede social del ente, lo que se traduce sin embargo, expansivamente, en que los tribunales franceses son competentes para abrir un procedimiento colectivo respecto de un deudor que tiene en Francia su sede social, su domicilio, un establecimiento principal o una sucursal, o incluso, bienes en Francia.

Sin embargo sólo se reconoce carácter universal a la sentencia pronunciada por el juez del domicilio o de la sede social del deudor. Se parte de la idea de unidad del patrimonio y se determina el domicilio como criterio o distribución de competencia legislativa y jurisdiccional.

Se admite, también, en protección de los acreedores, la posibilidad de declarar la quiebra en Francia de un deudor extranjero ante los tribunales de su centro de actividades en el país, o en su defecto, ante los jueces del lugar de situación de los bienes. De otro lado, los tribunales admiten en Francia los efectos de una quiebra abierta en el extranjero, por el país del domicilio del deudor comerciante o de la sede social, en caso de personas jurídicas.

Los efectos del pronunciamiento extranjero, son, en principio, limitados, en ausencia del *exequatur*. Sin *exequatur* sólo se admite que con la sentencia extranjera se pruebe la calidad del síndico nombrado en ese país y su habilidad para requerir en Francia medidas conservatorias o de administración sobre los bienes y solicitar el *exequatur*.

Toda vez que la falencia importa, esencialmente, un procedimiento de ejecución sobre los bienes, para acatar la decisión extranjera, tornarla ejecutoria en Francia, y provocar el desapoderamiento del deudor resulta necesario el trámite del *exequatur* como para toda sentencia de ejecución. Puede ser solicitado por el síndico extranjero, por los acreedores y, eventualmente, por el mismo deudor. En ausencia de tal requisito, el deudor continúa "*in bonis*", en Francia.

En la medida en que el procedimiento extranjero no reciba el visto bueno de los tribunales franceses, éstos resultan competentes para abrir otro procedimiento colectivo en Francia.

De otro lado, no cabe otorgar el *exequatur* si el deudor es declarado sujeto a un procedimiento colectivo en Francia antes del pronunciamiento extranjero de quiebra o antes de haberse petitionado el *exequatur* y la sentencia francesa ha pasado en autoridad de cosa juzgada. En tales casos, la quiebra extranjera se halla desprovista de efectos en ese país.

Ya se ha señalado, que cabe declarar en Francia la quiebra local de un comerciante o sociedad extranjera que tiene su domicilio o sede principal de los negocios en el exterior, pero que posee en el país un establecimiento secundario, una sucursal, o posee activos o bienes en Francia, también cuando el deudor ejerció el comercio en Francia. Esas quiebras locales ajenas al principio domiciliar, buscan sólo un campo de aplicación restringido a los bienes en el país, *puramente territorial*.

Finalmente y en el afán de proteger a los acreedores nacionales, también los tribunales, con criterio pragmático, han aceptado la posibilidad de declarar la quiebra con base en los arts. 14 y 15 C.Civ., esto es, por ejemplo, la falencia de un comerciante extranjero a pedido de un francés; o de un deudor francés a pedido de un acreedor francés o extranjero, aunque el demandado no tenga domicilio ni residencia en Francia.

Se advierte así, un origen de fraccionamiento con variadas y pragmáticas excepciones que son concesiones al principio de la universalidad por razones particulares.

Al margen de la aplicación del Reglamento Europeo sobre insolvencia en las relaciones propias entre los países integrantes de la Unión Europea, hemos de referirnos aquí, a las normas de D.I.Pr. aplicables en aquellos casos que se hallan al margen de ese Reglamento.

De una manera general se ha dicho en doctrina y jurisprudencia vigentes para estos casos, que la ley aplicable es la ley del foro (*lex fori*) y se ha fundado la afirmación, en la importancia preponderante de los aspectos procesales, en los intereses generales del país de apertura del proceso, en la necesidad de efectuar la reglamentación del instituto en conjunto, bajo una ley única, más allá de la diversidad de leyes aplicables a las deudas y a los bienes. Así, en el caso de una quiebra pronunciada en el extranjero, es la *lex fori extrajera del país del que proviene la sentencia*, la que precisará los efectos de esa sentencia, invocados en Francia.

Cuando la declaración de falencia tiene pretensiones universales esa la *lex fori* se encuentra sin embargo, en concurrencia con la ley del lugar de situación de los bienes (*lex rei sitae*), respecto de los privilegios, las garantías convencionales y las hipotecas legales que pesan sobre los bienes en el extranjero.

Se ha persistido en postular la aplicación de esta última ley para determinar los derechos de los acreedores, invocando el interés general del crédito, aunque también se advierte una tendencia por momentos dominante a hacer prevalecer la *lex fori*, aunque reconociendo excepciones en casos de reservas de propiedad, de privilegios del vendedor, etc., invocando las complicaciones propias de la fragmentación del patrimonio en submasas, las que sin embargo, siempre parecen menores que la derecha territorialidad.

b) El derecho italiano

Es bastante parecido al francés, en tanto el *exequatur (delibazione)* es necesario para dar plena fuerza y efectos en Italia a un procedimiento abierto en el extranjero.

Sin embargo, también se reconocen ciertos efectos sin *exequatur*. Por ejemplo, que el administrador o síndico de la quiebra extranjera pueda estar en juicio en representación de la masa, no obstante la jurisprudencia

italiana no aparece clara en la delimitación de las facultades reconocidas antes del otorgamiento del *exequatur*.

A partir del Código Procesal y de la *Legge Fallimentaria* se ha atribuido competencia en la materia, a los tribunales del lugar donde el deudor tiene su principal establecimiento comercial para el caso de las personas físicas o su sede social o establecimiento comercial, para el caso de las personas jurídicas, ese foro, en el caso de Italia, actuaría como exclusivo y no, meramente principal, pudiendo declararse la quiebra aunque ya existiese otro proceso en el extranjero. Al margen de las disposiciones de derecho comunitario, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras previsto por el Código Procesal Civil resulta aplicable, incluso, a sentencias extranjeras de quiebra.

De otro lado en tanto, el *exequatur (delibazione)* es necesario para dar plena fuerza y efectos en Italia a un procedimiento abierto en el extranjero. La petición se ha de presentar ante la *Corte d'Appello* del lugar donde el funcionario administrador de la quiebra extranjera desea que la quiebra extranjera sea ejecutada y se requiere:

i) que la sentencia extranjera de quiebra se encuentre firme, que sea final y conclusiva.

ii) que no sea contraria al orden público italiano y que no haya significativas diferencias entre el procedimiento de quiebra italiano y el procedimiento de quiebra extranjero.

iii) que no haya un proceso de la misma naturaleza pendiente en tribunales italianos y que no se plantee conflicto con una sentencia de quiebra italiana.

Sin embargo, también se reconocen ciertos efectos sin *exequatur*, por ejemplo, que el administrador o síndico de la quiebra extranjera pueda estar en juicio en representación de la masa. No obstante la jurisprudencia italiana no aparece clara en la delimitación de las facultades reconocidas antes del otorgamiento del *exequatur*. La solicitud de reconocimiento de una quiebra foránea puede prevenir que los tribunales italianos presten audiencia a una quiebra local.

c) Los países escandinavos

En general al margen de la convención vigente entre ellos, ostentan, posiciones territorialistas, por lo común cerradas (Finlandia), susceptibles de alguna posibilidad de admitir ciertos efectos a las quiebras abiertas en el extranjero, mas reconociendo siempre la preferencia de los acreedores locales, a cuyas ejecuciones individuales no puede oponerse un pronunciamiento extranjero de esta índole, sobre bienes situados en su territorio. En Suecia se reconoció al administrador de la quiebra de una sociedad constituida en el extranjero, que fue declarada en bancarrota en el país de su sede, el poder de representar, con la calidad de liquidador de la sociedad, con facultades de disponer los bienes del ente que se encontraban en Suecia. Esto así, pues se

daba la coincidencia entre la "lex societatis" identificada con la sede de la sociedad y la ley del lugar de apertura de la quiebra¹⁰.

d) El derecho alemán

La ley concursal alemana disponía expresamente que si se declaraba la quiebra en el extranjero de un deudor que poseía bienes situados en Alemania toda ejecución forzada de esos bienes debía ser autorizada y la jurisprudencia, tradicionalmente, había interpretado que los procesos extranjeros no tenían efectos en Alemania. Sin embargo, a partir de dos pronunciamientos del *Bundesgerichtshof* de 1983 (BGHZ 88, 147 del 13-7-83) y de 1985 (11-7-85-ZIP 1985, 944, SS). En el primer caso, se admitió la afectación del dividendo de un acreedor de una quiebra alemana, por una medida de ejecución individual iniciada y admitida en Suiza contra ese acreedor que debía percibir su crédito concursal en Alemania, ello, con fundamento en el enriquecimiento ilícito del acreedor.

En el segundo caso, reconoció al administrador de la masa de una quiebra belga la facultad de obrar en Alemania sin distinción entre la calidad de persona física o moral del fallido y de arribar a una compensación.

A partir de entonces, el derecho alemán tornó al principio de unidad y se ha interpretado que una quiebra extranjera declarada por un juez internacionalmente competente según el derecho alemán, previo reconocimiento del fallo extranjero, comprende igualmente los bienes del deudor situados en Alemania y que el administrador de la quiebra extranjera tiene derecho a incorporar esos bienes a esa masa, siempre con la salvedad de que las medidas adoptadas y el derecho aplicable a la falencia no afecten el orden público alemán, ni los principios del derecho de quiebra alemán, en particular¹¹.

El Parlamento alemán aprobó el 5-X-1994 la *Insolvenzordnung* (InsO), cuya entrada en vigor se aplazó hasta el 1-I-1999. Esta Ordenanza aparece acompañada de una ley de implantación de la misma fecha (*Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung*). La propia duración de esta *vacatio legis* da cuenta del calado de la reforma, ya que con ella se deroga la legislación concursal antecedente, tanto a la liquidación (contenida en la *Konkursordnung* de 1877) como al convenio concursal (en la *Vergleichsordnung* de 1935) y la correspondiente normativa sobre ejecución colectiva de los nuevos *Länder* (*Gesamtvollstreckungsordnung* de 1990 y *Gesamtvollstreckungs-Unterbrechungsgesetz* de 1991).

¹⁰ Véase BOGDAN, M. «International Bankruptcy law in Scandinavia», *ICLQ* 34 (1985) p. 49 y ss.

¹¹ Pese a ello aún resulta posible en Alemania la ejecución individual, no obstante la apertura de una falencia extranjera. Véase HAMISCH, H. 'Procédure d'insolvabilité interne comprenant des biens situés à l'étranger', en *Droit de la faillite internationale*, Primer Séminaire de Droit International y de Droit Européen, 11-12 de octubre de 1985, pp. 26 a 28 y 31.

Con la *Insolvenzordnung* se establece un sistema concursal *unitario*, cuya elaboración ha venido precedida de una dilatada discusión doctrinal. Es un texto extenso y minucioso, compuesto por 335 párrafos, y se aplica a cualquier deudor insolvente (esto es, con indiferencia de que tenga o no la condición de empresario).

El procedimiento de insolvencia tiene como *objetivo* la mejor satisfacción posible de los acreedores, y ello cualquiera que sea la solución adoptada: la liquidación del patrimonio del deudor, pero también el saneamiento si se trata de un deudor empresario. Además, para el caso del deudor sea una persona física, se introduce como novedad un procedimiento especial por el que se le permite liberarse de las deudas residuales (esto es, las que no sean satisfechas mediante el concurso).

Por último, digamos que también en la *Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung* se encuentran contenidos algunos principios de Derecho Concursal Internacional que, en buena medida, se acomodan a las normas del Reglamento Comunitario 1346/2000, del 29-V-2000, con lo cual también el procedimiento concursal en ese país se inscribe en la línea de este capítulo.

e) El derecho de Japón

Japón bajo su ley de quiebras de 1922, ha sido un buen ejemplo de la categoría de procedimientos colectivos que adoptaron el principio de la territorialidad. La sentencia japonesa de quiebra no tenía efectos más que sobre los activos situados en el Japón y no se les reconocía ningún efecto a los procesos de liquidación colectiva abiertos en el extranjero. No se preveía la posibilidad de apertura en el Japón de procedimientos derivados o subordinados a una quiebra o proceso colectivo principal abierto en el extranjero, ni tampoco alguna forma de control del activo situado en Japón por el proceso extranjero, aunque, se admitía en doctrina que quizás cupiese la transferencia del eventual remanente de los activos de un procedimiento japonés de quiebra a un proceso principal de quiebra en el extranjero.

Al no hallarse prevista la apertura de procesos subordinados, sólo cabía la apertura de un proceso principal en Japón a cuya sentencia de quiebra no se preveía atribuirle efectos propios sobre los activos del fallido situados en el extranjero.

Ello era consecuencia del criterio territorial de ese pronunciamiento que no excluía, sin embargo, que pudiera instruirse al síndico japonés para que actuase en el extranjero, solicitando la apertura de un procedimiento de este tipo¹².

¹² Véanse las referencias de LUCHEUX, J. M.- PASSEMARD, R.- DOM, J. P. ob. cit. *Le projet de concordat...*, p. 7.

En el año 2000 por Ley N° 129 se aprobó la Ley de Reconocimiento y Asistencia para Procedimientos Extranjeros de Insolvencia, que entró en vigencia en 1° de abril de 2001 y sigue los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza, que incluye diversas previsiones técnicas necesitadas por la legislación japonesa. Consta de 69 artículos, divididos en seis capítulos.

El *propósito de esta ley* es producir dentro de Japón la eficacia de procedimientos extranjeros de insolvencia y proveer lo necesario para la coordinación internacional en la liquidación de activos o la rehabilitación económica de deudores involucrados en actividades de negocios internacionales, estableciendo un procedimiento de reconocimiento y asistencia en relación a procedimientos extranjeros de insolvencia que hayan sido comenzados con respecto a esos deudores (art. 1°).

f) Brasil

Brasil es parte del Tratado de La Habana o Código de Bustamante del 20 de febrero de 1928 casi desde sus orígenes pues, fue promulgado el 13 de agosto de 1929 por decreto 18.871 y, en cambio, no ha ratificado ninguno de los Tratados de Derecho Internacional de Montevideo, ni los de 1889, ni los de 1940.

Ya hemos señalado que sus socios de origen en el bloque regional del Mercosur, no han ratificado el Tratado de Bustamante y, en cambio, son parte de los Tratados de Montevideo, con lo cual, Brasil, con Argentina, Paraguay y Uruguay, carece de toda fuente convencional aplicable en la materia que nos ocupa. Las reglas de derecho y las normas de jurisdicción, en consecuencia, son las que resultan vigentes en cada uno de esos Estados *en su derecho internacional privado de fuente interna* para casos de insolvencia internacional, en defecto de tratados en común, como es este caso.

En cambio, del detalle de los países que son parte del Código de Bustamante, se advierte que figuran miembros asociados del Mercosur con los que Brasil se puede relacionar. Se trata de: Perú, Bolivia, Chile, Ecuador y, ahora, Venezuela.

La ley 11.101 en vigor desde el 9 de febrero de 2005 regula la “Recuperación judicial y extrajudicial y la falencia del empresario y de la sociedad empresaria” y en su art. 2° declara los sujetos *no alcanzados* por sus disposiciones a las entidades públicas, sociedades de economía mixta, a las instituciones financieras públicas o privadas, las cooperativas de crédito, consorcios, entidades de previsión, sociedades operadoras de planes de asistencia y salud, sociedades aseguradoras, sociedades de capitalización y otras legalmente equiparadas a éstas.

En principio, la interpretación más generalizada en doctrina, sostiene que solamente los comerciantes son sujetos de estos procedimientos falenciales o de recuperación, o sea, las personas físicas o jurídicas que

practican profesionalmente el comercio. Para los no comerciantes se contempla el proceso de insolvencia civil, regulado en los arts. 748 a 786, del Código de Procedimientos Civiles (Ley N° 5869), del 11/1/1973 que queda subsistente y es aplicable en todo lo no cubierto por la nueva ley según se dispone en el art. 187. Se ha dicho que la calidad de comerciante es determinada por el derecho del país donde ejerza el deudor sus actividades profesionales.

Esta nueva ley derogó la anterior *Lei de falências* de 1945 (Decreto-ley 7661/45) que en su art. 7 primer párrafo contenía una disposición sobre jurisdicción en materia de quiebra internacional donde otorgaba la competencia para la declaración de quiebra, al *juez brasileño con competencia en el lugar donde el deudor tuviese su principal establecimiento, o casa filial de otra situada fuera de Brasil*. También en dicha norma se predicaba el carácter universal e indivisible del juicio de falencia (inc. 2) salvo las excepciones legalmente establecidas.

El nuevo ordenamiento de 2005, reproduce esa misma disposición, en su art. 3 donde establece que es competente para homologar un plan de recuperación extrajudicial, deferir a la recuperación judicial, o decretar la falencia, el *juez del lugar del principal establecimiento del deudor o de la filial de una empresa que tenga su sede fuera de Brasil*.

Es clara la atribución de jurisdicción internacional en los jueces brasileños cuando el centro principal de los negocios del deudor se halla en su territorio y parte de la doctrina ha entendido, con base en estas normas, que esa competencia puede ser reclamada *con carácter exclusivo* (Amílcar de Castro, entre otros) y que con la referencia al caso de filiales de una empresa extranjera (o de establecimientos secundarios), se ha captado el caso de negocios con una administración autónoma del deudor en el país -también entendida como representación permanente de una persona jurídica constituida en el extranjero, en territorio brasileño-, para otorgar también jurisdicción a los tribunales locales. (Ley N° 6830/1980, art. 5).

Los autores brasileños¹³ distinguen entre los efectos de la quiebra declarada en Brasil y la atribución de efectos en Brasil a las consecuencias de la quiebra abierta en el extranjero.

Existe coincidencia en que la falencia declarada en Brasil, cae bajo la jurisdicción brasileña y queda íntegramente regida por la *lex fori* mientras que las consecuencias que puedan ser atribuidas en jurisdicciones extranjeras no dependen del derecho brasileño sino de cada jurisdicción, ellas serán la que determinen la importancia de su repercusión.

En lo que hace a las consecuencias de la quiebra declarada en el extranjero que aparece como proceso principal en casos en que el deudor

¹³ Seguimos en el punto a Amílcar DE CASTRO, *Direito Internacional Privado*, Ed. Forense, pp. 480-481.

tenga establecimientos o bienes en Brasil, debe señalarse que, desde 1878, con ciertas restricciones siempre se han atribuido efectos a las consecuencias de la quiebra decretada en el extranjero. En ese año se declararon *exequaturlables* esas sentencias, bajo la condición de reciprocidad (Decreto 6982 27-7-1878) en quiebras decretadas en el extranjero a comerciantes que tuviesen domicilio en el país en que fue declarada la quiebra. En 1890, se establecieron nuevas normas para las falencias decretadas fuera del Brasil, derogándose expresamente la exigencia de reciprocidad.

En cambio, no se habrá de *exequaturar* la sentencia de un fallido brasileño o extranjero, que tuviese su domicilio en el país y si tuviese un establecimiento en el país de su domicilio y otro en Brasil, en cuanto a éste, la sentencia extranjera no tendría efectos.

Exequaturada la sentencia tiene los efectos que le son propios, excepto, respecto de los acreedores hipotecarios. Las moratorias o concordatos concedidos u homologados por tribunales extranjeros sólo pueden ser obligatorios para los acreedores locales que hubiesen sido citados a participar.

Tratándose de un comerciante individual que puede tener domicilio comercial distinto del lugar donde se encuentre su establecimiento principal se considera competente al juez en cuya jurisdicción el deudor desenvolviese su actividad profesional pero la justicia extranjera es incompetente para declarar la quiebra de un deudor brasileño o comerciante domiciliado allí, ese juez podrá ser competente en el extranjero pero los efectos de esa sentencia no pueden perseguirse en Brasil.

Los actos que importan ejecución y que no son meramente conservatorios de los intereses de la masa solamente pueden ser ejecutados después de homologarse la sentencia por el Supremo Tribunal Federal luego de la autorización del juez del *exequatur* que verificó el cumplimiento de las formas.

A modo de síntesis, puede señalarse que el examen de las normas del derecho brasileño admite perspectivas que no dejan de ser optimistas para propiciar, también allí, la interpretación con un enfoque de unidad, esto, dicho con el respeto de quien es observador en tierra extraña. Se observa, en efecto:

a) Claros principios de jurisdicción internacional. Ya para reclamar jurisdicción propia con carácter exclusivo *cuando se encuentra en Brasil el lugar donde el deudor tuviese su principal establecimiento, o casa filial de otra situada fuera de Brasil y, en general, cuando el deudor se domicilia en Brasil y sobre inmuebles situados en Brasil*. Quizás, este último aspecto podría ser examinando, si no hubiese acreedores nacionales preferentes, o no hubiese un interés nacional de orden público comprometido.

b) Admisibilidad del reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera de quiebra, con los mismos parámetros, lo cual, predica sobre el reconocimiento de un proceso extranjero "principal", con los mismos parámetros que los propios y con pautas de exigencia compatibles con los *standards* internacionalmente utilizados.

c) Se reconoce sin restricciones la verificación en el procedimiento local de los acreedores extranjeros.

d) Se reconoce la posibilidad del acreedor extranjero de pedir la quiebra.

e) Si bien no exhibe un tratamiento uniforme de la insolvencia entre comerciantes y no comerciantes, acepta el beneficio de soluciones especiales para unos y otros, lo cual no permite avizorar obstáculos decisivos en una futura uniformidad de la solución.

f) Internacionalmente se admite el postulado de la unidad de la solución en los términos del Código de Bustamante.

g) Se admite la actuación provisional del síndico, funcionario o administrador del proceso extranjero de quiebra mientras tramita la homologación de la sentencia de extranjera.

h) Se admite la actuación del síndico, funcionario o administrador del proceso extranjero de quiebra en la ejecución de la quiebra extranjera.

i) Se avizora admisible con base en los compromisos adquiridos en convenciones internacionales (CIDIP – La Haya, etc.) que el síndico, funcionario o administrador del proceso extranjero de quiebra pueda solicitar la traba de medidas cautelares o diligencias de auxilio procesal, mientras tramita la homologación de la sentencia de extranjera.

j) Luego de la reforma de 2005, cabe admitir la posibilidad de reconocimiento y ejecución no solo de procedimientos falenciales, sino preventivos y aún de reestructuración.

k) En el marco descrito resulta plausible pensar en la apertura hacia un régimen de articulación de procedimientos con base en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

II. LAS INICIATIVAS COMUNITARIAS EUROPEAS

Los estados miembros de las Comunidades europeas venían realizando esfuerzos para lograr la unificación en materia concursal desde hace casi cuarenta años. Ya en 1970 entre los seis países originales se elaboró un “Proyecto de Convención Comunitaria sobre quiebras, convenios y otros procedimientos análogos” (Documento N 3327/1/XIV/70F) de fecha 16-2-70), que debió ser revisado con la incorporación a la C.E.E. de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido. Se inició así en 1973 un proceso que culminó en 1980 con la publicación de un nuevo “Proyecto de convenio relativo a la quiebra, los concordatos y otros procedimientos análogos”, precedido de un importante informe de Jacques Lemontey (Doc. III/D/72/80-FR y Doc. III/D/222/80-FR) que mantuvo sustancialmente la estructura básica y los principios del anterior, aunque se redujeron muchas normas de derecho material uniforme recogiendo sugerencias y críticas¹⁴.

¹⁴ GONZALEZ CAMPOS, J. “Aspectos internacionales de la situación concursal”, en *Reforma del Derecho de la quiebra*, Civitas S.A., pp. 329/31.

Hacia mediados de la década del ochenta se abandonaron estos proyectos como objeto de inquietud comunitaria (1982-1984) y fueron retomados por acción del Consejo de Europa («Convenio europeo relativo a ciertos aspectos internacionales del derecho de quiebra» de 1990).

En el ámbito comunitario, en 1991, se elaboró un anteproyecto sobre los procedimientos de insolvencia y los esfuerzos fructificaron, cuando el 13 de octubre de 1994 se aprobó en Bruselas un «Proyecto de Convención relativa a los procedimientos de insolvencia» (Doc. 9948/94 DRS 25 C.FC.), firmándose el 23 de noviembre de 1995 un «Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia», que por la falta de firma de uno de los Estados-miembro dentro del plazo establecido no pudo entrar en vigor.

Este instrumento fue elaborado por una comisión de trabajo en el seno del Consejo de la Unión Europea, que expresó en el preámbulo, que obraba en cumplimiento de las disposiciones del art. 220 del Convenio de Roma, en virtud del cual las partes contratantes se comprometieron a asegurar la simplificación de las formalidades a las cuales se subordinan el reconocimiento y la ejecución recíprocas de las decisiones judiciales, en este caso, con el fin de determinar las competencias jurisdiccionales intracomunitarias en los procesos de insolvencia y crear ciertas normas de conflicto uniformes para esos procedimientos. Ello, con el fin de garantizar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en la materia, prever la posibilidad de abrir procedimientos subordinados o secundarios de insolvencia y asegurar la información a los acreedores y su derecho al producto de sus acreencias. Se ha buscado que la convención no afectase la aplicación del derecho comunitario vigente en cuestiones particulares, ni las disposiciones de los derechos nacionales armonizados para la aplicación de esos derechos comunitarios.

Este proyecto de convención, desde el punto de vista de la competencia internacional para abrir el procedimiento de insolvencia, establece la jurisdicción del Estado contratante sobre el territorio en el cual está situado el centro de los intereses principales del deudor, presumiendo, salvo prueba en contrario, que para las sociedades y personas morales es tal, el lugar de su sede estatutaria o, en su defecto, el lugar donde el deudor posee un establecimiento u otros bienes.

Respecto a la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos, se dispone que es el del Estado contratante en cuyo territorio es abierto. Esta ley rige las condiciones de apertura, el desarrollo y la conclusión del procedimiento. Sin embargo, se establece que la apertura de estos procedimientos no afectará los derechos reales de acreedores o terceros sobre bienes corporales o incorporales, muebles o inmuebles del deudor que se encontrasen desde la apertura en el territorio de otro Estado contratante, efectuándose precisiones, con excepciones en materia de compensación, reserva de propiedad de los vendedores, contratos sobre bienes inmuebles, contrato de trabajo, contratos sobre bienes registrables

(inmuebles, buques, aeronaves), acciones revocatorias, protección de terceros adquirentes y sobre operaciones o instancias en curso de ejecución.

Se prevé el reconocimiento del proceso de insolvencia decretada por el país del centro de intereses principales del acreedor con jurisdicción y plenos efectos en los otros Estados desde que ese decreto produce efecto en el país de apertura.

Este proceso sin embargo, no es obstáculo para la apertura de otro proceso de insolvencia en otro Estado parte también competente por ser el del establecimiento o del lugar de situación de los bienes (el primero excluye el segundo), que se considera un "procedimiento secundario" que se rige por la ley de ese Estado y sólo tiene efectos sobre ese Estado.

Dado que el Tratado de Ámsterdam contiene nuevas disposiciones sobre cooperación judicial civil (art. 65), con esa base se volvió a insistir, en la regulación del tema, sobre bases similares a las del Proyecto de Convención de Bruselas, adoptándose el Reglamento (CE) N 1346/2000, del Consejo, de fecha 29 de mayo de 2000, "relativo a los procedimientos de insolvencia", que ha entrado en vigor el 31-5-2002 en los Estados miembros de la Unión Europea, en la medida en que no fuere incompatible con un convenio firmado previamente y para el Reino Unido, en la medida en que no hubiere incompatibilidad con acuerdos celebrados previamente en el marco del Commonwealth, y respecto de procedimientos que se abran con posterioridad a su entrada en vigor.

El art. 46 prescribe que a más tardar el 1 de junio de 2012, y posteriormente cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe sobre la aplicación del Reglamento. Dicho informe irá acompañado, en su caso, de una propuesta de modificación.

Como Reglamento que es, tuvo aplicación directa y automática, desplazando con efecto inmediato las leyes nacionales de todos los Estados miembros, incluso los nuevos Estados, salvo en Dinamarca, por convención expresa al respecto.

El Reglamento tiene efecto directo sin necesidad de transposición legislativa o administrativa en toda la Unión Europea y cualquier disposición existente en un Estado miembro, jurisprudencia, precedentes y cualquier otra norma procesal o práctica administrativa, que esté en conflicto con sus disposiciones, automáticamente dejará de ser aplicable en el ámbito intracomunitario.

La doctrina del efecto directo es más poderosa en el caso de los reglamentos según lo establece el artículo 249 del Tratado Constitutivo de Comunidad Europea (anteriormente art. 189).

Se ha destacado que la utilización de un Reglamento comunitario en la materia reporta las siguientes ventajas:

- a) Unifica las normas de DIPr. de los Estados miembros y supone el

abandono de la idea de una armonización de legislaciones nacionales, lo cual suprimiría el problema de la “diversidad de legislaciones nacionales de DIPr.”.

b) Constituye un “cuerpo legal orgánico” que evitaría los problemas propios del Derecho de los Tratados tales como las reservas, denuncias, ratificaciones, etc.

c) Permite a los particulares invocar directamente las normas contenidas en tal Reglamento y obligando a los jueces estatales a aplicarlo de oficio.

Este instrumento entró en vigor, sustituyendo diez convenios bilaterales y multilaterales concluidos entre los Estados miembros y fue adoptado por todos los países excepto Dinamarca dadas sus condiciones de adhesión al Tratado de la Unión Europea, que introdujo una legislación paralela. Tras el acceso de los nuevos Estados miembros, se encuentra en vigor también en Islandia, Liechtenstein y Noruega.

Por esta vía y utilizando el principio de reconocimiento mutuo, se pretende alcanzar un efecto universal del procedimiento de insolvencia

Uno de sus ejes radica en el hecho de que los tribunales nacionales están autorizados para iniciar procedimientos incluso en relación con las empresas domiciliadas en varios Estados miembros, disponiendo que estos procedimientos deban ser automáticamente reconocidos por las autoridades de otro Estado miembro.

Por otra parte, no incluye algunas cuestiones tales como las relacionadas con el procedimiento, el registro y la publicación, los terceros afectados, o como la coordinación de procesos principales y secundarios, que deberán ser desarrolladas por las legislaciones nacionales.

III. PROYECTO DE LA INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (I.B.A.) SOBRE CONCORDATOS

Un proyecto para regir los concordatos sobre las “*cross-border insolvencies*”, fue aprobado en la sesión de París del 17 al 21 de septiembre de 1995.

El objetivo de esta iniciativa fue suministrar ciertas reglas que, en ausencia de convenciones internacionales multilaterales pudiesen servir de prácticas comunes en la materia. La finalidad ha sido sugerir principios generales que los abogados y los tribunales pudiesen adaptar a las circunstancias particulares y adoptar una aproximación práctica del procedimiento.

Se ha procurado, también, promover una cierta flexibilidad en el tratamiento de las dificultades propias de las quiebras multinacionales, indispensable para hallar una solución difícil de concretar con reglas estrictas. Se ha dicho, que no se trata de un tratado ni de una ley y, tampoco, de una colección de reglas rígidas.

Se procura guiar a los profesionales en la práctica: abogados, órganos

especializados o magistrados hacia una armonización de soluciones concernientes a esta materia en particular, se tratan las consecuencias a la apertura de pluralidad de procedimientos, en orden al control de la actividad y de los bienes del deudor, de los derechos de los acreedores y de la actividad de los síndicos¹⁵.

IV. LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y SUS PERSPECTIVAS FRENTE AL ART. 4 L.C.¹⁶

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI -UNCITRAL), es un órgano subsidiario de la Asamblea General que prepara textos legislativos internacionales para ser utilizados por los Estados en la modernización de su derecho mercantil y textos no legislativos para ser utilizados por comerciantes o entidades interesadas en las operaciones mercantiles. En su 72 sesión plenaria el 15 de diciembre de 1997, la Asamblea aprobó por Resolución 52/158 la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza, según el proyecto aprobado por consenso en la Comisión en las sesiones llevadas a cabo en Viena del 12 al 30 de Mayo de 1997.

La Ley Modelo¹⁷ es un texto legislativo recomendado a los Estados para su incorporación al derecho interno. Como no se trata de una convención internacional no hay obligación de dar de ello aviso a las Naciones Unidas -de ahí, la preeminencia de los tratados internacionales sobre las disposiciones de esta ley-. De incorporársela al derecho interno, los Estados pueden modificar o suprimir disposiciones, aunque, en aras de la armonización y la certidumbre se recomienda introducir la menor cantidad de cambios posibles.

Entre las finalidades declaradas en el Preámbulo de la Ley Modelo se halla el logro de los siguientes objetivos: la cooperación entre Tribunales y Autoridades competentes de los Estados en casos de insolvencia; la administración equitativa y eficiente de las insolvencias procurando proteger los intereses de todos los acreedores y otras partes interesadas, incluido el

¹⁵ Véase el desarrollo de los principios del concordato I.B.A. en LUCHEUX J.M. - PASSEMARD R. - DOM J. P. «Le concordat: un texte de compromis», en *La faillite internationale et le concordat de L'IBA on peut on supplier a L'absence de convention multilatérale*, en *Les Petites affiches*. 4 de diciembre de 1995, p. 10.

¹⁶ Véase: UZAL, M. E. "Algo más sobre la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4 de la ley 24.522 y sobre las posibilidades de mayor cooperación internacional en materia de insolvencias transfronterizas", en *Derecho Internacional y de la Integración*, Revista del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional del Litoral, N 1, junio de 2000.

¹⁷ Véase: UZAL, M. E. 'El art. 4º de la ley 19551 ...', ob.cit., *REDCO* 1985, nº 106, pp. 533/55; WEINBERG DE ROCA, I. 'Concursos internacionales en la ley 24.522', *E.D.*, 5 de diciembre de 1996, sobre el régimen general del art. 4º de nuestra ley concursal como introducción a las observaciones que aquí se formulan.

deudor; la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor; facilitar la reorganización de las empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

Se procura, como ámbito de aplicación:

a) la asistencia a un tribunal extranjero o al representante de una quiebra extranjera en un Estado nacional con relación al procedimiento extranjero de quiebra;

b) la asistencia en el extranjero para el proceso de quiebra nacional;

c) los supuestos de trámite simultáneo de procedimientos de insolvencia;

d) la participación de acreedores u otros interesados que desde el extranjero tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento que se esté tramitando en el país y viceversa.

e) se contempla la posibilidad de casos de liquidaciones exceptuadas -bancos, aseguradoras, etc.-.

Se hace expresa reserva de toda medida que se considere contraria al orden público.

En el capítulo II se prevé la posibilidad de acceso directo de los representantes y acreedores extranjeros para comparecer ante los tribunales de un Estado nacional.

Se precisa que el solo hecho de presentar una solicitud con arreglo a la ley ante los Tribunales de un Estado por un representante de una quiebra extranjera, sólo supone jurisdicción limitada al motivo de la solicitud y no presupone sumisión ni de éste, ni de los bienes, ni de los negocios del deudor en el extranjero.

El representante extranjero podría solicitar la apertura de un proceso con arreglo a la ley local, si cumple con las condiciones para ello (*vg.* en el marco de nuestro art. 4 cabría esta alternativa tanto respecto de pedidos de quiebra en procesos originarios como derivados).

Al limitar su alcance a algunos aspectos procesales de la insolvencia transfronteriza, se ha procurado que la Ley Modelo pueda funcionar como parte integrante del derecho interno de la insolvencia.

La nueva técnica. Los Principios del Banco Mundial

El Banco Mundial ha estado trabajando con organizaciones afines para desarrollar "*principios*" para los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores. Tales *principios* se elaboraron para ser utilizados como guías en la reforma de sistemas jurídicos y como modelo en los países en desarrollo. Tales "*Principios y líneas rectoras*" se proponen como una destilación de las mejores prácticas (*best practices*) internacionales en aspectos de diseño de estos sistemas, poniendo el énfasis en soluciones contextuales e integradas y en la elección de las políticas involucradas en el desarrollo de tales soluciones. Esta técnica, en definitiva, utiliza los "principios" como un "instrumento

de internacionalización”, procurando inspirar soluciones uniformes y “mejores prácticas” coincidentes desde la perspectiva y dentro de la órbita de los derechos nacionales de fuente interna, reviviendo el ideal savigniano de tender a materializar el principio de la armonía de las soluciones internacionales, “o del mínimo conflicto” desde la perspectiva de los sistemas jurídicos de fuente interna.

Aun cuando los principios para la insolvencia se focalizan en la insolvencia de la empresa, se pretende haber realizado un progreso sustancial en la identificación de los aspectos relevantes para la insolvencia bancaria y la insolvencia sistémica, áreas en las que el Banco y el FMI, como así también otras organizaciones internacionales, han colaborando.

Después de la crisis del sudeste asiático, un estudio del G-22 remarcó la importancia de estos sistemas para prevenir, manejar y resolver las crisis sistémicas.

La misma crisis condujo a una serie de respuestas de parte de las instituciones financieras internacionales. En 1998, el Banco Asiático de Desarrollo (BAD) comenzó a proporcionar asistencia técnica para la reforma de la legislación de insolvencia en Asia y el Pacífico. Su informe final, dado a conocer en 2000, identifica 16 estándares para las legislaciones sobre insolvencia. En 1999, el Fondo Monetario Internacional emitió un informe titulado “Procedimientos ordenados y efectivos de insolvencia”, identificando características claves para una ley de insolvencia y desarrollando las consideraciones de política que dan sustento al diseño de una ley de insolvencia moderna. En 2000, apoyándose en el trabajo del Banco y de otros, UNCITRAL comenzó a desarrollar líneas rectoras legislativas para una ley formal de insolvencia empresarial. Trabajo concluido como “Guía legislativa sobre el régimen de Insolvencia” en 2004.

No de obviarse aquí que el interés de las grandes organizaciones internacionales en este tema, se encuentra ligado a intereses en iniciativas directamente relacionadas a las transacciones con garantías. Entre las instituciones financieras internacionales, el interés en las transacciones con garantías comenzó con los proyectos del Banco, del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo y del Banco Interamericano de Desarrollo a principios de los años 90.

La insolvencia en la CIDIP

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, por medio de su resolución AG/RES. 1923 (XXXIII-O/03) y AG/RES. 2033 (XXXIV-O/04), convocó la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado y solicitó al Consejo Permanente que realizara consultas con los Estados Miembros sobre posibles temas para la agenda.

Para cumplir con este mandato, el Consejo Permanente, por medio de

su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, solicitó que los Estados Miembros presentaran propuestas para la Agenda. Las delegaciones de Brasil, Canadá, El Salvador, Estados Unidos, México, Perú, y Uruguay presentaron los siguientes temas para inclusión en la Agenda: Comercio Electrónico, Protección al Consumidor, Flujos Migratorios de Personas, Responsabilidad Civil Extracontractual, Transporte, Insolvencia Transfronteriza, Jurisdicción Internacional, Protección de Menores, y Grados Universitarios y Profesiones.

Aunque los Estados Miembros formalmente presentaron un total de ocho temas (incluyendo variaciones de los instrumentos y sub-temas posibles bajo cada uno), acordaron que la CIDIP-VII se limitaría a un máximo de dos. Por consecuencia, la Comisión se reunió con los Estados Miembros en sesiones formales e informales para reducir el número de temas propuestos, estableciendo así una agenda final consistente en Protección al Consumidor y Registros Electrónicos.

Posibles Temas para futuras CIDIP

Tras los acuerdos antes mencionados, y teniendo en cuenta los mismos criterios, se acordó que los siguientes temas propuestos formalmente fuesen designados para su potencial consideración en futuras ediciones de la CIDIP:

- 1) *Flujos Migratorios de Personas*: Propuesto por Brasil y México.
- 2) *Transporte Multimodal*: Propuesto por el Perú.
- 3) *Protección de Menores*: Propuesto por México.
- 4) *Insolvencia Comercial Transfronteriza*: Propuesto por Brasil.
- 5) *Uniformización de Títulos Universitarios y Libre Ejercicio de Profesión*: Propuesto por El Salvador.

V. LA CUESTIÓN EN EL D.I.Pr. DE FUENTE CONVENCIONAL

1. Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y 1940

En la fuente convencional encontramos la materia regulada por dos señeros tratados. En efecto, nuestro país es parte del Tratado de Derecho Comercial de Montevideo de 1889 que nos liga a Bolivia, Colombia y Perú y del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940 que nos une a Paraguay y Uruguay (véase Decreto N 7771 del 12-4-1956). Ambos contemplan la falencia (arts. 35 a 48 en el Tratado de 1889 y arts. 40 a 53 en el Tratado de 1940), constituyendo las fuentes convencionales vigentes en nuestro país en la materia.

a) Jurisdicción y ley aplicable

Ambos tratados establecen que son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal (Teoría de la unidad del proceso de quiebra). Sin embargo, si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios (Pluralidad de procesos de quiebras) (arts 35 y 36 T.M. 1889 y arts. 40 y 41 T.M. 1940).

Se prevé además, que la declaración de quiebra y demás actos concernientes a ella cuya publicación esté prescrita por las leyes del Estado en donde la quiebra ha sido declarada, se publicarán en los Estados en donde existan agencias, sucursales o establecimientos del fallido, sujetándose a las formalidades establecidas por las leyes locales.

Una vez cumplidas las medidas preventivas dispuestas por medio de las respectivas cartas rogatorias, se establece que el juez exhortado hará publicar durante treinta días (sesenta días en el tratado de 1889) en los lugares donde el fallido posea bienes, avisos en los cuales dé a conocer el hecho de la declaración de quiebra y las medidas que se hubieren dictado.

Los acreedores locales podrán, según ambos tratados, dentro del término de sesenta días, contado a partir de la última publicación a que nos hemos referido, promover en el respectivo Estado un nuevo juicio de quiebra contra el fallido, o concursarlo civilmente, si no procediese la declaración de quiebra.

En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y serán aplicadas, respectivamente, en cada uno de ellos, las leyes del Estado en donde el procedimiento se radica.

Asimismo, se aplicarán las leyes correspondientes a cada juicio distinto y separado, para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos u otras instituciones análogas. Todo ello, sin perjuicio del cumplimiento de las medidas preventivas, de la eventual comunicación de los remanentes y de las oposiciones que puedan formular los síndicos o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios.

Cuando proceda la pluralidad de los juicios de quiebra, según lo establecido en este título, el sobrante que resultare en un Estado a favor del fallido, quedará a disposición del juez que conoce de la quiebra en el otro, debiendo entenderse con tal objeto los jueces respectivos (*principio de la comunicación de los remanentes*).

b) Preferencias de los acreedores locales

Ambos tratados califican de manera autónoma qué se entiende por acreedores locales con respecto a la quiebra declarada en un Estado, defi-

niendo que son aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en dicho Estado (art. 40 T.M 1889 y art. 46T.M.1940).

En el caso de que se siga un solo juicio de quiebra, porque así corresponda según lo dispuesto en los Tratados, o porque los titulares de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que se les concede para pedir una quiebra local, todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos de conformidad con la ley y ante el juez o tribunal del Estado que haya declarado la quiebra.

En este caso, en el marco del Tratado de 1940, se dispone que los créditos localizados en un Estado tienen preferencia con respecto a los de los otros, sobre la masa de bienes correspondientes al Estado de su localización (*principio de preferencia de los acreedores locales*).

c) Reconocimiento de la autoridad de síndicos y administradores

También contemplan ambos Tratados que la autoridad de los síndicos o administradores de la quiebra única, cualquiera que sea su denominación, o la de sus representantes, será reconocida en todos los Estados Contratantes. Podrán tomar medidas conservativas o de administración, comparecer en juicio y ejercer las funciones y derechos que les acuerdan las leyes del Estado en donde fue declarada la quiebra, pero la ejecución de los bienes situados fuera de la jurisdicción del juez que entiende en el juicio, deberá ajustarse a la ley de la situación.

d) Privilegios

El Tratado de 1889 dispone que los privilegios de los créditos localizados en el país de la quiebra y adquiridos antes de la declaración de ésta, se respetarán, aun en el caso en que los bienes sobre los que recaiga el privilegio se transporten a otro territorio y exista en él, contra el mismo fallido, un juicio de quiebra o formación de concurso civil. Lo dispuesto sin embargo, sólo tendrá efecto, cuando la traslación de los bienes se haya realizado dentro del período de retroacción de la quiebra, debiendo entenderse que no alcanza a desplazamientos posteriores al decreto de falencia.

Desde otro ángulo, ambos Tratados prevén que aun cuando exista un solo juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios o prendarios, anteriores a la fecha de la definitiva cesación de pagos, podrán ejercer sus derechos ante los jueces del Estado en donde están radicados los bienes hipotecados o dados en prenda.

e) Disponibilidad internacional de los remanentes. Otros bienes

En ambos Tratados se prevé que cuando resultare sobrante a favor del

fallido en un Estado, será puesto a disposición de los acreedores del otro, “debiendo entenderse con tal objeto, los jueces respectivos”.

Cuando exista pluralidad de juicios de quiebra, los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado en el cual no se promueva juicio de quiebra, concurso civil u otro procedimiento análogo, concurrirán a la formación del activo de la quiebra cuyo juez hubiere prevenido (art. 51,T.M. 1940).

f) Medidas de carácter civil. Rehabilitación

En el caso de pluralidad de quiebras, el juez o el tribunal en cuya jurisdicción esté domiciliado el fallido será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que le conciernan personalmente.

Respecto de la rehabilitación está además previsto, expresamente, en el Tratado de 1889, que la rehabilitación del fallido sólo tendrá lugar cuando haya sido decretada en todos los concursos que se le sigan.

g) Extensión de las reglas referentes a la quiebra

El Tratado de 1940, dispone expresamente, que las reglas referentes a la quiebra serán aplicables, en cuanto corresponda, a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas contenidas en las leyes de los Estados Contratantes.

VI. SISTEMA EN EL CUAL SE INSCRIBE EL TRATAMIENTO DE LA QUIEBRA MULTINACIONAL EN NUESTRO D.I.Pr. INTERNO (ESPECIALMENTE EL ACTUAL ART. 4, LEY 19.551, MODIF. POR LEY 22.917)

En una primera aproximación a las disposiciones de nuestro D.I.Pr. interno sobre el tema que nos ocupa, parece útil reflexionar sobre la corriente sistemática en la cual se inscriben las normas así involucradas, efectuando, en lo posible, un análisis crítico de ellas, en este aspecto.

Ya hemos enunciado cuál resulta, a nuestro entender, el sistema doctrinal congruente con los principios a que apunta el ideal del DTPr.; hemos esbozado, sin embargo, las dificultades de su realización práctica en el marco jurídico en que actualmente cabe desenvolver el problema, sin que quepa renunciar a encontrar fórmulas que se acerquen al objetivo propuesto. Nos parece necesario repasar, entonces, nuestras disposiciones legales con este enfoque a fin de efectuar una adecuada evaluación de la situación. Nuestro derecho concursal interno, en el art. 1, segunda parte, de la ley 19.551 contiene una declaración de carácter doctrinal que adscribe a nuestra ley en el sistema de la universalidad y unidad de la quiebra, al señalar que “el concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto

de bienes determinados”; cabe recordar que igual principio ya se desprendería, por ejemplo, del art. 3 de la ley 11.719, entre otras disposiciones. Sin entrar ahora a los reparos que esta declaración ha merecido¹⁸ ya por su ubicación en el cuerpo legal, ya por su redacción, lo cierto es que el principio allí sentado no sólo reconoce excepciones en la órbita del derecho interno (arts. 112, 142, 143 y concs., Ley de Concursos), sino también en el área del derecho internacional privado (art. 4, L. de C.). En este aspecto, nuestro país parece observar una tradición legislativa que encuadra la quiebra internacional en la órbita del sistema de la pluralidad, como excepción al principio de la unidad seguido e incorporado como declaración expresa en el ámbito interno.

El tema está regulado por el art. 4 de la ley 19.551, reformado por la ley 22.917. Esta disposición reconoce su antecedente legislativo inmediato en la originaria redacción del art. 4 de la ley 19.551, el cual, a su vez, lo encuentra en el art. 7 de la ley 11.719, concordante con el art. 5 de la ley 4156, del 30/12/1902, y el art. 1385, C. Com. de 1889, que repiten con variantes formales el art 1531 del C. Com. de 1859 de la provincia de Buenos Aires, nacionalizado en el año 1862, texto que a su vez habría sido tomado por sus redactores de Massé¹⁹ y puede ser analizado desde varios aspectos, que a continuación esbozaremos.

a) Efectos de la declaración de concurso en el extranjero

La disposición en análisis principia con un primer apartado referido a los concursos declarados en el extranjero, y expresa que la declaración de concurso en el extranjero es causa para la apertura del concurso en el país a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República. La fórmula ya aparecía en la anterior redacción del art. 4, ley 19.551, y encuentra antecedente en el mismo sentido en el art. 1379 del Proyecto de Código de Comercio del Dr. Segovia²⁰ y el Proyecto de Ley de Quiebras del Dr. José Antonio Amuchástegui de 1924.

De la lectura del párrafo, tal como ha sido redactado, no resulta adoptada, por cierto, la extraterritorialidad “pura” de la declaración extranjera de quiebra, tal como la hemos expuesto, pero parece, a nuestro criterio, resultar consagrado, en cambio, un indudable *efecto extraterritorial* de esa declaración de concurso, en tanto se la reconoce como uno de los supuestos de hecho capaces de “causar” otra sentencia, nacional, en el mismo

¹⁸ CÁMARA, Héctor, en *El concurso preventivo y la quiebra*, T. 1, p. 233, la considera inexacta, equívoca o innecesaria.

¹⁹ ALCORTA, A. *Fuentes y concordancias ...*, p. 483; MASSE, M.C. *Le droit commercial dans ses rapports avec, le droit des gens et le droit civil*, 21 ed., Paris, T. II, nos. 809 y ss.

²⁰ El proyecto mencionado disponía que “si se declara una quiebra en el extranjero, podrá igualmente declararse en la República sin necesidad de justificar la cesación de pago” (*J.A.*, T. 14, p. 70 de la Sección Doctrina).

sentido²¹. Ello importa, por un lado, el aludido efecto extraterritorial de la declaración del tribunal extranjero en sí mismo²², y, por otro, lleva implícito el reconocimiento de la extraterritorialidad del hecho generador del concurso. Aspecto éste, por cierto, importante, si se piensa que no se exige que la cesación de pagos, tal como nosotros la concebimos, sea el presupuesto de aquella declaración, sino que basta la declaración judicial firme del tribunal extranjero competente en ese sentido, aceptándose como suficientes los presupuestos por él admitidos, a ese fin, aunque no coincidan con los previstos por nuestra legislación.

Según este esquema, la decisión del juez extranjero *puede o no* ser invocada, pero de serlo, consideramos que ha de ser previamente reconocida. Debe exigírsele, como condición para ello, el cumplimiento de los recaudos necesarios procesalmente para el reconocimiento de sentencias extranjeras (arts. 517 y ss., C.P.N.). Resulta claro, de lo expuesto, que no se trata aquí de un reconocimiento "exequaturante" de la sentencia extranjera de quiebra, sino de un reconocimiento que queda involucrado en la declaración del juez nacional, quien debe efectuar, para ello, un mérito previo de los referidos recaudos. Estas exigencias se justifican, máxime si se atiende a la naturaleza de la nueva sentencia que acarreará como consecuencia. Ha de valorarse, así, la jurisdicción del tribunal extranjero interviniente aplicando con criterio recíproco los arts. 2, inc. 2, y 3 de la Ley de Concursos. Nos parece, en este sentido, excesiva, la interpretación que, generalizando un criterio de jurisdicción exclusiva en la materia, efectúa Boggiano, por ejemplo. Consideramos acertado, en este sentido, reconocer jurisdicción a los jueces del lugar de la sede de la administración, de los negocios o del establecimiento principal, o, a falta de ésta, a los del domicilio para las personas físicas y jurídicas, constituidas regularmente (art. 3, incs. 1 a 4, L.C.). Cabría preguntarse si corresponde reconocer jurisdicción, también, al juez del lugar de la administración, establecimiento, explotación o actividad principal en un país extranjero en caso de deudores domiciliados fuera de él (art. 3, inc. 5, L. de C.). Esta disposición es, en realidad, una norma de jurisdicción interna que no cabría proyectar multinacionalmente, pues relacionando este supuesto con el art. 2, inc. 2, L. de C., sólo cabe asignar eficacia al pronunciamiento de un tribunal extranjero en este supuesto, con respecto a los bienes existentes en ese mismo Estado (por aplicación del principio del foro del patrimonio), solución congruente con la restricción que esta disposición trae consigo. La declaración extranjera así lograda, sólo tendría, en este sentido, *un alcance territorial, y si bien* cabría admitirle aptitud para producir la quiebra de una sociedad extranjera, aun argentina, sobre bienes sitos en ese Estado, *no debería reconocerse, en cambio, efectos extraterritoriales en los términos asignados al art. 4, primer*

²¹ Ver: BOGGIANO, que niega la extraterritorialidad (*Derecho internacional privado*, t. II, p. 1218). En favor KALLER DE ORCHANSKY, GOLDSCHMIDT.

²² Ver: CÁMARA, Héctor, ob. cit., p. 340.

párrafo, de la Ley de Concursos (aptitud para “causar” la declaración local), puesto que faltaría propiamente, en ese caso, el atributo de la “jurisdicción internacional”. No obstante, interpretamos que no cabe en este problema una aplicación unilateral del foro del patrimonio²³, y que, por los fundamentos expresados, cabría reconocer jurisdicción concurrente en favor de tribunales extranjeros en el estado actual de nuestra legislación, incluso con respecto a bienes en esos países de sociedades argentinas. No advertimos razones de orden público que conduzcan a la solución contraria, sin perjuicio de que pudiera llegar a verificarse una hipótesis de fraude a la ley, caso en el cual esa circunstancia, funcionando como condición negativa del tipo legal, podría conducirnos, sí, a otras conclusiones

No descartamos, sin embargo, pese a lo expuesto, que en una flexibilización del concepto de jurisdicción concurrente y en un esfuerzo en favor de la extraterritorialidad pudiera admitirse, a los fines del efecto extraterritorial que nos ocupa, la sentencia dictada por un juez extranjero, del lugar de situación de los bienes con respecto a un deudor domiciliado en el extranjero; no cabría, sin embargo, admitirlo con respecto a un deudor domiciliado en el país o que tuviera su sede o establecimiento principal aquí.

En otro orden de ideas, cabe señalar que la sentencia extranjera debe instrumentar un procedimiento colectivo, aunque él no sea conocido en nuestro derecho, que debe poder subsumirse dentro de la calificación de “concursal”. Este concepto normativo jusprivatista debe ser aquí interpretado con un sentido amplio, capaz de comprender instituciones extranjeras semejantes y comparables por su finalidad²⁴ (por ej., el “ajuste de cuentas” francés, el procedimiento de “liquidación controlada” italiano, etc.).

Por otra parte, cabe destacar que la facultad de invocar el efecto extraterritorial del concurso extranjero aparece en nuestra ley restringida al “deudor” y al “acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República”. Se ha interpretado que la norma, con esta última expresión, alude a aquellos créditos “cuyo lugar de pago está ubicado en el país”, en cuanto “dicho lugar es el designado en el título de la obligación”, el lugar “debido”, siendo «irrelevante que el crédito sea pagado de hecho en otro lugar, o que se logre ejecutarlo forzosamente en un lugar distinto al lugar de pago debido” (Boggiano)²⁵; otros sostienen que aquí se trata de los acreedores “locales” de la quiebra decretada en un Estado, y que siguiendo la calificación del concepto dada por el art. 40 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y por el art. 46 del Tratado de Der. Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, se alude a aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en dicho Estado²⁶. Los términos de la norma en

²³ Ver, en contra: BOGGIANO, ob. cit., t. II, ps. 1216/17, con fundamento en cita del art. 124 de la ley 19.551.

²⁴ BOGGIANO, ob. cit., t. 1, pp. 263/64.

²⁵ BOGGIANO, ob. cit., t. 11, p. 1218.

²⁶ CÁMARA, ob. cit., p. 340.

análisis consagran, así, una condición material restrictiva para el ejercicio de la facultad de marras por el acreedor, excluyendo la posibilidad de un cumplimiento voluntario en el país y prescindiendo de la nacionalidad, la sede social, etc., del deudor. No consideramos que esta restricción material -tenga, sin embargo, demasiado fundamento; adviértase la facilidad con que en la práctica un acreedor que no reuniese esa condición pero interesado en obtener el decreto de quiebra, podría llegar a asumir dicha calidad, adquiriendo un pequeño crédito contra su deudor a otro acreedor que tuviese la condición requerida. Ello nos lleva a pensar en la conveniencia de suprimir en el futuro, quizá, todo otro recaudo que no fuera acreditar la calidad de acreedor. No obstante, no dudando que ha de mantenerse aún por buen tiempo un criterio restrictivo, coincidimos con la propuesta de la Dra. Kaller de Orchansky²⁷, en cuanto a que debería extenderse la legitimación personal para solicitar el concurso a todos los acreedores que pudieran “demandar”, válidamente, el cumplimiento de sus créditos en la República, abarcándose así los supuestos de créditos que, debiendo pagarse en el extranjero, pueden ser reclamados en la República (ver art. 1216, C. C.).

Cabría preguntarnos también, y en otro orden de ideas, si el acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en el país, que se hubiese presentado en un concurso extranjero del deudor, podría demandar la quiebra local. Se ha dicho que no, puesto que se le podría oponer con éxito un planteo de litispendencia, en tanto el pedido de verificación de crédito tiene los efectos de una demanda. Interpretamos que cabría admitirlo, en cambio, si habiéndose insinuado en un concurso extranjero quedase demostrada la existencia de un remanente impago, de su crédito, por el que concurre a peticionar el nuevo concurso²⁸. Sin embargo, cabría aún meditar la posibilidad de aceptar la petición de un acreedor local ya insinuado en un concurso extranjero, que ante la *evidencia* de la insuficiencia de aquel procedimiento para resarcirlo integralmente de su crédito, antes de su conclusión, tomase medidas, tendientes a proteger el remanente impago mediante la liquidación de otros bienes de su deudor, ahora, en el país. De admitirse tal petición quedaría, sin embargo, postergado, conforme a lo dispuesto por el segundo párrafo de la norma que nos ocupa, ya que habría de considerárselo “acreedor perteneciente a un concurso formado en el extranjero” (ver *infra*, ap. d).

b) Efectos de la declaración de concurso extranjero frente a los acreedores locales

En la segunda parte de su primer párrafo, el art. 4, que alguna concesión parece hacer a la extraterritorialidad en la primera parte, según lo ya expresado, se enrola, en cambio, claramente, en el sistema de la territoria-

²⁷ KALLER DE ORCHANSKY, B. *Manual de derecho internacional privado*, Plus Ultra, Bs. As., 1979, p. 580.

²⁸ CÁMARA, ob. cit., p. 341.

lidad. Se prevé aquí que “el concurso extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República, para disputarles derechos sobre los bienes existentes en el territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado”. Con ello se niega efectos al concurso foráneo frente a los acreedores locales, se abra o no otro concurso en el país, salvo en cuanto a lo expresado en el primer párrafo, y sin perjuicio de lo que pudiera disponerse en tratados internacionales (Trat. de Der. Com. Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, que regulan la falencia; Trat. de Der. Proc. Internacional de Montevideo de 1940, que prevé el concurso civil). Esta referencia deja abierta, sin embargo, la posibilidad de que en un desarrollo futuro, por medio de tratados, la reciprocidad lleve a la unidad de la falencia (ver en la exposición de motivos de la ley 22.917, n S). Hoy en día, ni la resolución extranjera de concurso, ni los acreedores de ese concurso foráneo, ni quienes los representen, pueden invalidar los actos o negocios realizados entre el deudor y los acreedores locales, antes, al tiempo o después de esa resolución.

Los autores repiten, como fundamento de esta disposición, el ya mentado argumento pluralista de que el patrimonio del fallido en el país constituye la garantía exclusiva de los acreedores locales. Como principio, pues, no hay retroacción de la quiebra foránea; sin embargo, coincidimos con aquellos que sostienen que si se demostrase que esos actos configuran maniobras fraudulentas contra las leyes extranjeras, cabría invocar el art. 1208 del C. Civil y peticionar la anulación de los actos fraudulentos en los términos de los arts. 961, 962 y concs C. Civil²⁹.

c) Efectos de la declaración de concurso en el extranjero de un deudor que carece de acreedores locales pero con bienes en el país

El supuesto descrito bajo este acápite no está previsto expresamente por la ley, siendo de señalar que el deudor de marras podría, o no, tener su domicilio en el país (ver art. 2, Ley de Concursos).

Parece cuestión previa a la consideración de esta hipótesis, la necesidad de establecer con certeza la inexistencia de acreedores en la República. Al respecto, existe una laguna legal en el procedimiento a seguir, cuya integración cabe efectuar recurriendo, por ejemplo, a un procedimiento informativo, de conocimiento, no necesariamente concursal, que constatase en cuanto ha lugar por derecho esa circunstancia, que podría ser desvirtuada por los acreedores eventuales hasta el momento mismo de la transferencia de los fondos (ver los arts. 44, 45 y concs. del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1940, que pueden proporcionar ideas para una integración por vía analógica en torno del punto).

²⁹ Ver: MARTÍNEZ DEL BOSQUE, “Reflexiones en torno al art. 4 de la ley 19.550”, *E. D.*, 68-805; BOGGIANO, *ob. cit.*, t. II, pp. 1248/49.

Según lo expuesto, no cabe, a nuestro criterio, concluir en que la quiebra decretada en el exterior, en la hipótesis que nos ocupa, no surte efecto extraterritorial en nuestro D.I.Pr. interno, por la sola posibilidad de que con posterioridad o contemporáneamente con esa verificación el deudor contrajera obligaciones en el país, mediante actos que no podrían ser atacados de nulidad y de los que surgirían nuevos acreedores³⁰.

En nuestra doctrina, algunos autores sostienen que se debe admitir en este supuesto la extensión de la declaración extranjera de concurso a nuestro país, haciéndose una sola liquidación³¹. Cámara interpreta que en el caso la ausencia de acreedores hace que los bienes pasen al concurso extranjero. Goldschmidt, en esta misma línea de ideas, sostiene que estos bienes deben tratarse como “sobrante”³². Kaller de Orchansky distingue según si se trata de un deudor sin domicilio en la República, hipótesis en que los bienes pueden entregarse al concurso extranjero, del caso de un deudor domiciliado en el país, en que el acreedor podría demandarlo accionando individualmente. Expresa que estos bienes serían equiparados a los “saldos” o “remanentes”.

Interpretamos que verificándose la inexistencia de acreedores locales, conforme se señaló *supra*, debe resolverse el caso acogiendo el principio de la unidad, pues no se configuraría la existencia de los extremos que conducen a la mentada excepción en favor de la territorialidad, en protección de los acreedores locales, dependiendo de la petición que se articula, el tratamiento que corresponderá en cada caso. Así, se podría pedir el reconocimiento de los efectos extraterritoriales de la declaración de quiebra foránea mediante el trámite de *exequatur* y promoverse la liquidación de los bienes del deudor en el país, para luego transferir los fondos al concurso extranjero; o darse a esos bienes el trato de un “remanente” o “saldo” etc. (ver *infra*, apart. *d*).

d) Declaración de concurso en el extranjero y posterior declaración de quiebra en el país

El art. 4, en su segundo párrafo, bajo el acápite “pluralidad de concursos”, prevé que “declarada *también* la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla”. Esta disposición de la norma modificada por la ley 22.917 retorna con variantes formales a la redacción históricamente tradicional, del art. 7, ley 11.719, de 1933; art. 5, ley 4.156, y sus antecedentes ya mencionados, los códigos

³⁰ BOGGIANO, ob. cit., t. 2, ps. 1244/45, y fallos recaídos en autos “Panair do Brasil” (exhorto) allí citados en p. 1234 en adelante.

³¹ Ver: LAZCANO, C.A. *Derecho internacional privado*, Ed. Platense, 1935, pp. 523/24, citando a AMANCIO ALCORTA.

³² GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, T. III, 1954, p. 40.

de 1889 y 1862, apartándose del controvertido criterio seguido por el art. 4 en la redacción de la ley 19.551, de 1972. Hemos de intentar, aquí, un análisis objetivo de esta disposición, procurando sustraernos de los apasionamientos que pudieran haberse despertado en nosotros ante las presiones de orden político económico, social y hasta doctrinal que sirvieron de escenario a la reforma del 27/9/83³³.

Este párrafo, que sustenta un criterio opuesto al de la universalidad propia del DTPr., reconoce fundamento doctrinal, junto con sus antecedentes legislativos desde 1862 en la defensa de los intereses de los acreedores radicados en nuestro país. Con él, el régimen de la quiebra multinacional se inscribe resueltamente en cuanto a un aspecto sustancial de su problemática en el sistema de las preferencias nacionales³⁴. Cabría preguntar si también se inscribe decididamente en el sistema de la pluralidad, como lo han interpretado la totalidad de los autores que estudiaron los antecedentes legislativos referidos. Los acreedores del concurso formado en el extranjero serán tenidos en consideración, únicamente en caso de que sean satisfechos los créditos verificados en nuestra quiebra; sólo entonces se les permitirá actuar sobre el saldo.

Se configura así un sistema de preferencias nacionales condicionado a la existencia de un previo concurso en el extranjero³⁵. Señalamos, al principio de esta exposición, que éste era un sistema intermedio, que se planteaba como alternativa incluso ante la posibilidad de que, en un único juicio de quiebra, el juez mantenga diversas masas procedentes de distintos países, separadas, a fin de asegurar la preferencia de los acreedores locales en cada una de ellas.

No parece dudoso, sin embargo, tal como se ha interpretado, hasta ahora, que el criterio que anima las preferencias locales en nuestra ley, ha estado vinculado al de la pluralidad de la quiebra. No obstante, cabe recordar que hemos señalado en un principio que los autores partidarios de la unidad de la quiebra admiten, también, la posibilidad de una pluralidad de juicios de quiebra, con la consecuente pluralidad de masas concursales. También hemos señalado que nuestro sistema concursal, en el orden interno, se pronuncia claramente en favor de la universalidad de la quiebra, y que aspectos del tema que nos ocupa configurarían excepciones a ese principio. Pues bien, nos hallamos ante la tarea de catalogar sistemáticamente el párrafo en análisis; para ello, es menester interpretarlo, y más allá de la

³³ SANCINETTI, M.A. "El artículo 4 de la Ley de Concursos: historia e historia de una reforma", en esta Revista, 1984, p. 139; COSTA, M. G. J. "Aplicación del art. 4 de la ley 19.551", *E.D.*, 105-896.

³⁴ RIVAROLA, *Derecho comercial*, T. 5, pp. 37/41; ARMENGOL, *ob. cit.*, comentario al art. 5.

³⁵ Ver las diferencias con la anterior redacción del art. 4, que no preveía la existencia de pluralidad de concursos para el funcionamiento de las preferencias nacionales, en BOGGIANO, *ob. cit.*, t. II, p. 1261 y ss., y en los considerandos del fallo "Lital, s/ convocatoria" allí transcrito.

interpretación histórica que indudablemente hemos de tener en cuenta, procuraremos dar al caso la interpretación que más se acerque a la solución justa del problema planteado, desde nuestra óptica. Creemos que cabe distinguir varias situaciones de hecho susceptibles de ser comprendidas en el párrafo que nos ocupa, a saber: 1) es posible que la quiebra “también” decretada en el país sea un concurso *derivado* del concurso extranjero por su forma de declaración (art. 4, ler. párr.); en tal caso, siguiendo la línea de pensamiento ya esbozada en este trabajo, advertimos que se configuraría allí un supuesto de efecto extraterritorial de la declaración de quiebra extranjera y de su hecho generador, y ello importa, ontológicamente, el reconocimiento de un origen único entre ambas quiebras (unidad), tal vez no claramente advertido por todos, pero real, embrionario, y casi no instrumentado, pero, no obstante, previsto.

Es claro que no se trata de una unidad “pura”, ya que el efecto extraterritorial no sería imperativo sino facultativo, en manos de quienes pudiesen hallarse legitimados personalmente para peticionar, y sometido a una “nueva” declaración de concurso por nuestros tribunales; ciertamente falta, -pues, un juez único que centralice la conducción del proceso. Así las cosas, esta quiebra “también” declarada en el país, según hemos dicho, es, en este supuesto de concurso «derivado», ontológicamente, la misma quiebra extranjera que se ve inscrita, sin embargo, tal como está prevista en nuestra ley, en un sistema de pluralidad de procedimientos con alcance territorial. Creemos que atendiendo a las particularidades propias del fenómeno descrito, es necesario reconocer y admitir la real naturaleza de la figura que nos ocupa y prever que en un futuro quizá no muy lejano, estarán dadas las condiciones, a nivel internacional, para que una reforma legislativa la contemple, consagrando, no ya que la sentencia extranjera de quiebra sea “causal” de la declaración de una nueva quiebra en el país, sino que la sentencia extranjera de quiebra, *exequaturada* conforme a los requisitos legales, dé lugar a la apertura de un proceso concursal inscrito, quizá, en un primer avance, dentro de un sistema de unidad, con pluralidad de juicios y de masas, posible en el esquema extraterritorial³⁶ inclusive, aun sin dejar de lado el funcionamiento de un sistema de preferencias nacionales, con el objeto de asegurar la posición de los acreedores de nuestro concurso sobre los bienes de la masa local. Sobre este último aspecto, volviendo al estado de nuestra legislación y ante la situación actual del derecho comparado, en defecto de tratados internacionales que siempre desplazarían esta solución, la instrumentación material de este tipo de preferencias es una forma válida de defender los intereses de los acreedores verificados en el país, frente a posibles discriminaciones y disposiciones análogas en las legislaciones extranjeras.

Como corolario de lo expuesto, y en caso de existir saldo una vez sa-

³⁶ KALLER DE ORCHANSKY, ob. cit., p. 574.

tisfechos los acreedores locales, se contempla la posibilidad de que los acreedores foráneos “actúen” sobre él -luego haremos algunas otras reflexiones sobre este particular-. Esta situación condice con el principio de la denominada “disponibilidad internacional de los remanentes”, *propio también del sistema extraterritorial*.

2) Cabe plantearse en segundo término otra hipótesis, de hecho posible: que el nuevo juicio de quiebra declarado en el país no guarde esa unidad ontológica que hemos referido con respecto a la quiebra extranjera.

Se configuraría en este caso un supuesto verdadero de pluralidad de quiebras, y no sólo de juicios, donde la existencia del concurso foráneo sólo cobraría virtualidad extraterritorial en caso de existir saldo, por la disponibilidad de él.

De lo expresado parece desprenderse que, ante la pluralidad de concursos, la pertenencia a ellos es el presupuesto del funcionamiento de las preferencias nacionales (ver exposición de motivos ley 22.917, n 8)³⁷.

Antes de dejar el tratamiento de este párrafo, digamos algo sobre la forma en que se podría llevar a cabo la mentada “actuación” sobre los saldos, de los acreedores “pertenecientes” al concurso foráneo. Interpretamos que sólo los acreedores “verificados”, en ese último concurso, o con una calidad equivalente a la que ese concepto tiene entre nosotros, podrían revestir tal categoría. Las expresiones utilizadas por la ley son en este aspecto demasiado ambiguas, por lo que se plantea el interrogante acerca de si esos acreedores del concurso extranjero deben insinuarse en el proceso local a fin de obtener una verificación de su crédito, aunque queden postergados a la espera de un posible sobrante con el cual hacerlo efectivo en todo o en parte. Con la anterior redacción de este artículo los acreedores cuyos créditos debían pagarse en el extranjero sólo podrían ejercer “individualmente” su derecho en caso de existir remanente, una vez pagados los acreedores cuyos créditos debían cumplirse en el país. Este término “individualmente”, permitió interpretar que “los acreedores *pagaderos en el exterior* no eran admisibles directamente al concurso argentino, pues sólo podían individualmente (*prior tempore, potior jure*) ejecutar sus créditos sobre el saldo, que resultaba extraconcursal y que debía entregarse al deudor (art. 228, L. de C.)”, o sea, que en el anterior art. 4, aquéllos debían aguar dar la conclusión del concurso. Estrictamente no se trataba de un privilegio concursal de los acreedores *locales*, sino de una *condición de admisibilidad al concurso de éstos y de inadmisibilidad, por ende, de aquéllos* (considerando 29 de la sentencia de 11 instancia del Dr. Antonio Boggiano, en autos “Lital SACIF, s/ convocatoria” –ver nota 19-); coinci-

³⁷ Ha desaparecido con la actual redacción de la ley el fundamento de la preferencia que antes se relacionaba con la concurrencia de créditos pagaderos en el país y en el extranjero ante un concurso extranjero (ver considerandos 9, 10, 11 y 12 de la sentencia de 1 instancia del Dr. Antonio Boggiano en autos “Lital S.A.C.I.F., s/ convocatoria”, del 5 de mayo de 1976 (en BOGGIANO, ob. cit., t, II, p. 1261 y ss.).

mos con que el criterio allí sentado era el que condecía con la anterior fórmula de la norma que nos ocupa³⁸. Sin embargo, en el nuevo segundo párrafo ya no se conserva la distinción entre acreedores extranjeros y locales, se presupone la pluralidad de concursos y se habla de la actuación de los acreedores “pertenecientes” al concurso formado en el extranjero, “una vez satisfechos *los demás* créditos verificados en aquella”.

La expresión literal, sin duda, da pie a una interpretación favorable a la insinuación de los acreedores en el concurso nacional. Esto coincide con la interpretación doctrinal sobre los antecedentes legislativos³⁹. Consideramos que a los fines de dicha insinuación bastaría con acreditar fehacientemente la requerida calidad de acreedor “perteneciente” al concurso extranjero, con el alcance ya señalado de esta expresión. Continuando nuestro análisis, resulta útil, a esta altura de nuestras reflexiones, considerar la interpretación que emana de la exposición de motivos de la ley 22.917. Ya hemos señalado que la expresión “actuar” sobre el saldo es por demás ambigua; por tanto, aparecerían comprendidos en ella diversos supuestos; por ejemplo, que los acreedores puedan ser representados colectiva o promiscuamente por su síndico o liquidador, si aquel sistema lo autoriza (ver como antecedente histórico el tercer párrafo del art. 1531 del C. Com. de Vélez Sarsfield y Acevedo, abolido en la reforma de 1889, del cual se ha interpretado que reconocía el poder representativo de los síndicos extranjeros al solo efecto de “entregarles” el sobrante de la quiebra nacional), otros, quizá, sugerirían un segundo procedimiento liquidatorio con la masa así formada⁴⁰. Pareciera, sin embargo, que en una u otra hipótesis debería acreditarse la existencia de acreedores verificados en el concurso foráneo.

Tampoco resultaría incompatible, dentro de la flexibilidad que permite la falta de regulación precisa, la posibilidad prevista de que la quiebra extranjera, justificando la existencia de acreedores impagos, solicite el saldo mediante comunicación al tribunal, cursada por vía diplomática (advirtiéndose que estos trámites normalmente no serían urgidos de oficio, salvo disposiciones en contrario en convenios de auxilio procesal internacional, por ejemplo).

Finalmente, la misma exposición de motivos prevé la posibilidad de la “actuación” personal del acreedor que instara el procedimiento por las suyas, a fin de obtener la verificación y pago de su crédito sobre el saldo, aunque dentro del concurso nacional. Ante la falta de otras precisiones en el texto legal, han de interpretarse como posibles todas estas variantes.

³⁸ Ver otra posible interpretación de SANCINETTI, ob. cit., p. 155.

³⁹ ARMENGOL, ob. cit., p. 220, comentario al art. 5.

⁴⁰ GOLDSCHMIDT, W. *Sistema y filosofía...*, T. 111, p. 40; MORENO, *Estudio sobre las quiebras*, Bs. As., 1883, p. 70; RIVAROLA, *Derecho comercial*, T. 5, p. 42.

e) Declaración de concurso en el país frente a acreedores que no pertenezcan a un concurso abierto en el extranjero. La reciprocidad

En el tercer párrafo del art. 4 se prevé que la verificación de un acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República puede verificarse y cobrar -en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

La actual redacción del art. 4, al contemplar la pluralidad de concursos como criterio determinante de las preferencias nacionales, aleja la discusión relativa a la aplicación de dichas preferencias en caso de concurso único. Es más, existiendo sólo un proceso en el país, desaparece la razón de ser prevista para la excepción contenida en el segundo párrafo, y parece retornar el principio de unidad de la quiebra, que abarcaría de esta manera la universalidad de las obligaciones del deudor.

Ello es así, en tanto los acreedores cuyos créditos no deban cumplirse en la República y aun aquellos cuyos créditos deban cumplirse exclusivamente en el extranjero, si no han tomado parte en un concurso foráneo, tienen derecho a concurrir en el concurso argentino en igualdad de condiciones con los acreedores locales⁴¹.

La verificación de estos acreedores, sin embargo, está sometida al tenor de la cláusula de reciprocidad inserta en este tercer párrafo que ahora nos ocupa. La ley 24.522 sólo modificó una palabra en el apartado tercero (Reciprocidad) al completar la frase crédito pagadero en la "República Argentina" y a continuación del cuarto párrafo ("Paridad en los dividendos") agregó "Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad de los titulares de créditos con garantía real".

Una observación crítica merece este último párrafo por su inserción al final de la norma, dado que la coherencia temática parecería indicar que debió introducirse al final del tercer apartado (Reciprocidad).

Es un principio reconocido universalmente en el D.I.Pr. que los extranjeros deban gozar en sus relaciones jurídicas de las mismas prerrogativas que los nacionales; no obstante, no siempre se pone en práctica este principio, y en muchos casos, como el que analizamos, se admite dicha igualdad pero sujeta a condiciones, de reciprocidad, por ejemplo. La idea de reciprocidad, en su amplio sentido, aparece de antaño justificando excepciones al principio de universalidad, como respuesta ante discrimina-

⁴¹ Consideramos que no tiene fundamento legal la opinión que sostiene que el acreedor extranjero, constando que hay bienes en el país de cumplimiento del crédito, está expuesto a una *exceptio excussionis*, ya que no podría presentarse en el país del domicilio del deudor hasta que hubiese agotado aquellos bienes (GOLDSCHMIDT, "El art. 4 de la ley 19.551", *E.D.*, 100-855).

ciones contenidas en leyes extranjeras⁴². En esta idea se debe buscar, incluso, el fundamento del “*droit de prévalence*” consagrado por nuestro sistema de las preferencias nacionales.

La condición de reciprocidad que específicamente analizamos es, propiamente, una manifestación retorsiva⁴³, cuya razón de ser ha de buscarse en el deseo de evitar que los acreedores nacionales o locales sufran daño patrimonial a causa de un eventual concurso extranjero que se declarara a *posteriori* en el cual, por aplicación de las soluciones a que *la lex fori* conduce en los diferentes Estados, ellos resultasen discriminados o excluidos.

La técnica utilizada por la reforma en este caso ha sido crear una norma especial, material, sustancial, que prevé y admite, en principio, la verificación de los acreedores extranjeros del fallido cuando no medie pluralidad de concursos. Esto debe ser interpretado como un paso hacia el reconocimiento de la unidad del fenómeno falencial, en sí mismo, en tanto se reconoce a nuestra declaración en ese sentido, como apta para hacer parte a acreedores foráneos del deudor en el concurso local (proceso nacional y con alcances territoriales en principio).

Sin embargo, la solución contemplada ha requerido, como complemento, la cláusula de reciprocidad sobre la que ahora reflexionamos y la de retención de dividendos que luego nos ocupará, siguiéndose así un camino análogo al ya recorrido en otros países.

Esta solución ha de ser considerada adecuada, en general y desde el punto de vista de este análisis, sin perjuicio de las precisiones críticas que luego efectuaremos. Es de señalar que se recoge en ella un procedimiento similar al concebido por la “*théorie de la réciprocité absolue*”, elaborada a los mismos efectos por la jurisprudencia francesa⁴⁴.

Es ésta una de las reacciones previstas contra las discriminaciones a que se pueden ver sometidos los acreedores locales por legislaciones foráneas y es interesante señalar en este aspecto cómo autores franceses, por ejemplo, mencionan precisamente entre los países discriminadores, que por su legislación habrían dado lugar a esta elaboración, a los de América Latina -el nuestro entre ellos⁴⁵.

La norma que analizamos, junto con los párrafos segundo y cuarto, viene a completar, pues, un sistema de orientación material, que admite la

⁴² RIVAROLA, ob. cit., p. 42; ARMENGOL, ob. cit., p. 218.

⁴³ El derecho de retorsión es un medio por el cual un Estado contesta con igual o semejante manera de obrar ante una falta de equidad cometida por otro. En nuestro caso, es una forma de oponerse a que un Estado extranjero haga efectivo su derecho, en perjuicio de acreedores locales. El fin de la retorsión, en un marco de justicia estricta, se limita a devolver por un agravio, otro de análoga naturaleza, que cesa en el momento en que el Estado ofensor rectifica su proceder.

⁴⁴ Ver al respecto: “LOUSOUARN-BRÉDIN, *Droit du commerce international* n° 561, pp. 801 y ss., París, 1969.

⁴⁵ Ver: LOUSSOUARN-BRÉDIN, ob. cit. *supra* nota 29, Sirey, París, 1969.

verificación de acreedores extranjeros, pero prevé las preferencias nacionales para el supuesto de pluralidad de concursos, en el cual el declarado en la Argentina sea el posterior frente a otros anteriores y condiciona siempre la admisión a la reciprocidad y a la paridad de dividendos. Conforme al enfoque expresado en este trabajo -interpretar en favor de la unidad-, consideramos que estas cláusulas deben ser bienvenidas como un nuevo paso hacia esa idea.

Atendiendo al fundamento indicado, sin embargo, nos parece que la fórmula empleada para caracterizar la conexión que ha de hacer posible el mérito de las condiciones de reciprocidad no alcanza a satisfacer ese objetivo. En efecto, se quiere proteger aquí el crédito pagadero en la República, en tanto él representa el interés de un acreedor que debido a esa cualidad se considera local, y esa protección intenta ser lograda mediante la exclusión del proceso verificatorio de aquellos créditos pagaderos en el extranjero, que no pertenezcan a un concurso abierto en el exterior, cuando el acreedor local pudiese ser apartado en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

Sin embargo, la discriminación que se busca conjurar no sólo puede provenir, en un juego casi geométrico, del concurso abierto en el país en el cual el crédito debe pagarse.

No se ha reparado, en el enfoque adoptado, en que detrás de todo crédito está la persona del acreedor y en que la discriminación también podría provenir, en el caso de que ese acreedor fuese deudor, de un concurso abierto en el país del domicilio o de la sede social o estatutaria de ese acreedor -deudor en el extranjero, muchas veces distinto del lugar de pago del crédito-. En efecto, el juez extranjero de esos Estados, muy probablemente, se atribuiría competencia jurisdiccional en virtud de esas circunstancias, y aplicaría la *lex fori* al concurso allí abierto, condicionando, con pleno efecto, a un acreedor local, que concurriese a verificar, ya con una discriminación de tipo personal, ya con una dirigida al crédito en sí mismo. Esto, al margen de las maniobras fraudulentas a que pudiese prestarse el uso de una conexión restringida del tipo de la adoptada por la reforma⁴⁶.

Así las cosas, debería ampliarse el texto legal con una conexión acumulativa igual, que prevea la confrontación de todos esos derechos razonablemente próximos como para ser seleccionados a fin de detectar faltas de reciprocidad, provenientes de eventuales concursos abiertos en esos países. No consideramos, en cambio, que quepa hacer mérito de la nacionalidad del acreedor como conexión en este caso, ya que esa circunstancia, hoy, prácticamente, carece de virtualidad para causar jurisdicción en la materia, o para caracterizar el crédito como local o extranjero. Cabe señalar que no parecen convincentes las razones esgrimidas en la exposición de motivos de la ley 22.917 para justificar la exclusión del criterio domicilia-

⁴⁶ Ver las críticas de SANCINETTI, ob. cit., ps. 158/160.

rio⁴⁷, máxime si se considera que admite como posible que se verifique una falta de reciprocidad por esta vía (aunque se califique el supuesto de excepcional). Tampoco se advierte congruente por qué razón en la misma exposición de motivos se expresa que ha de tratarse acogedoramente (y verificar, se entiende) al inversor extranjero de un país que discrimina con respecto a los acreedores argentinos, cuando, recíprocamente, el inversor argentino en ese país no recibiría igual tratamiento; ello va contra el espíritu que anima el texto legal, de seguir esta idea todo el párrafo en análisis, y quizá también el siguiente, debió haberse omitido⁴⁸.

Concluimos, entonces, en que la fórmula legal en el estado actual de la cuestión debería, al menos, ser modificada, admitiendo la verificación de acreedores extranjeros que no pertenezcan a un concurso abierto en el exterior, pero condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor local puede verificarse y cobrar en iguales condiciones en concursos abiertos, ya en el país en el cual el crédito del acreedor extranjero es pagadero, ya en el país del domicilio o de la sede social de ese acreedor.

Creemos conveniente usar los conceptos amplios: acreedor "extranjero" y acreedor "local", delegando la determinación de la calificación de estos términos al juzgador, en el caso concreto, en la convicción de que así podrán apreciarse mejor las particulares conexiones existentes, pudiendo subsumirse en ellos conceptos similares, extranjeros, compatibles con los nacionales, y sin perjuicio de apuntar que, en último término, deberá calificarse según la *lex fori* siguiendo el criterio del lugar de pago del créditos⁴⁹.

También cabe preguntar qué derecho proporcionará la calificación (definición) de los conceptos domicilio -sede social- lugar de pago.

Corresponde aclarar, en primer término, que nos parece conveniente la doble referencia al domicilio y a la sede social, a fin de quedar alcanzadas así las diversas alternativas que podrían surgir en el D.I.Pr., comparado con respecto a las sociedades, y en segundo lugar, recordar que, en principio, los puntos de conexión, no habiendo definiciones especiales, se califican por la *lex fori*. Así, para definir el concepto -domicilio y sede social- cabría remitir al derecho civil argentino (arts. 44 y 89 a 101, C. Civil). También cabe preguntar, ahora con respecto al texto vigente en particular, qué "derecho" determina lo que se ha de entender en él por lugar de pago: si el que rige la validez y los efectos del crédito (*lex causae*) o el derecho del juez del concurso (*lex fori*).

En defecto de ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes

⁴⁷ Se expresa que resultaría discordante el uso del concepto "domicilio del acreedor, que no aparece en ninguna otra disposición falencial argentina.

⁴⁸ Tal vez la explicación sea que la exposición de motivos corresponde a un dictamen sobre un proyecto anterior que no contemplaba el párrafo tercero. Ver: SANCINETTI, ob. cit., p. 160.

⁴⁹ Ver sobre esta problemática: "Calificaciones como determinación de conceptos normativos indeterminados", en BOGGIANO, ob. cit., Depalma, 1983, T. 1, pp. 263/64.

para aclarar el punto, interpretamos que cabe aplicar las calificaciones autónomas que proporcionan los arts. 1212 y 1213 del C. Civil. No cabe hacer aplicación, en esta oportunidad, de las soluciones del derecho privado interno de la *lex fori*, como lo propició Boggiano en el considerando 24 del fallo "Lital" ya referido, pues en ese caso se trataba de calificar cuándo un crédito era local a fin de aplicar las preferencias nacionales, mientras que la finalidad ahora perseguida es la defensa de los acreedores locales por medio de una norma material que contiene una remisión indirecta al derecho extranjero para determinar las condiciones de reciprocidad. Tampoco creemos que quepa precisar este concepto por la *lex causae* (arts. 1209 y 1210, C. Civil), ya que precisamente definir la conexión es paso previo a la determinación de la *lex causae*. Consideramos que la solución propuesta es la más respetuosa de la voluntad del legislador y de los elementos extranjeros involucrados en la norma.

f) La paridad en los dividendos

En la cuarta parte del art. 4, L.C., bajo el acápite "Paridad en los dividendos", se lee: "Los cobros de los créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes".

Este párrafo viene a recoger, en nuestra legislación, en parte un sistema ya conocido en el derecho comparado, que en Francia, por ejemplo, ha sido elaborado jurisprudencialmente como la "*théorie du rapport*" y ha suplantado a la "*théorie de la réciprocité*", que referimos en el párrafo anterior, considerándolo un sistema más flexible y satisfactorio que aquél desde el punto de vista de la equidad.

Conforme a esta posición, los acreedores extranjeros a quienes les ha sido reservado el reparto de los dividendos, como resultado de una quiebra extranjera en la cual los acreedores franceses han sido excluidos, deberán "reportar" esos dividendos percibidos⁵⁰. Se busca, pues, de esta forma obtener la reciprocidad mediante la retención de dividendos.

Diversas técnicas se han usado para llevar a la práctica este sistema; una modalidad ha sostenido que se debía exigir al acreedor extranjero que restituyera las sumas percibidas en el concurso foráneo, y otra se ha limitado a imponer el informe de los dividendos cobrados en la quiebra extranjera, que serían imputados a los que debieran percibirse en la quiebra nacional, con la evidente dificultad para su puesta en práctica, cuando se tropezase con acreedores que oculten los dividendos percibidos en el exte-

⁵⁰ Ver: LOUSSOUARN-BRÉDIN, ob. cit., p. 802. Este principio también ha sido adoptado en la ley federal de quiebras de los EE.UU. (1952), al atribuir a los acreedores nacionales en la quiebra norteamericana un dividendo de un porcentaje igual a aquel percibido por los acreedores extranjeros en la quiebra extranjera.

rior. Nuestra norma tal como ha sido redactada, pareciera reconocer mayor afinidad con la última de las modalidades enunciadas, pero no parece, en cambio, únicamente orientada a establecer la reciprocidad entre acreedores de un concurso local y otros foráneos, sino que podría tener un alcance mucho más extenso, como luego veremos.

Es de señalar que resulta curioso cómo la reforma introduce en sus párrafos tercero y cuarto, acumulativamente, dos remedios que, en general, son previstos alternativamente en el derecho comparado a los mismos fines: restablecer la igualdad entre los acreedores, alterada por la diversidad de legislaciones nacionales aplicables a la falencia de un mismo deudor. Ello, quizá, exteriorice cierto prurito en demostrar la intención de defender a ultranza, y por todos los medios posibles, los intereses de los acreedores locales frente a eventuales perjuicios, tal vez como contrapartida de las reformas introducidas en el segundo párrafo y en la primera parte del párrafo tercero.

Se debe indicar también, y en beneficio del enfoque que propiciamos como más valioso, que subyace en estas dos soluciones la idea de la falencia como fenómeno único necesitado de reglas que, corrigiendo desviaciones, se encaminen a obtener como resultado la armonía internacional de la solución total del caso (lejano ideal por el momento). Ello implica la necesidad de prever remedios frente a situaciones que alteren el equilibrio deseado (igualdad entre los acreedores), y tales son, en este caso, la reciprocidad y la retención de dividendos. Probablemente con este último remedio, solo, podría haberse logrado el propósito que aquí se busca por ambas vías, quizá ante el temor a las posibilidades desconocidas que pudieran acarrear concesiones a la idea de unidad de la quiebra.

Cabe precisar, ahora, entrando de lleno en el análisis de la norma que nos ocupa, cuáles son sus ámbitos de aplicación material y temporal.

El primero prevé los cobros de créditos “quirografarios”, en el extranjero, con una determinación temporal: que se hayan efectuado con posterioridad a la apertura del concurso nacional. No se halla establecido a qué forma de cobro se refiere la norma, y debe interpretarse, pues, con un criterio amplio, que ha de quedar comprendida aquí cualquier vía legítima que lleve a ese fin. Ya sea el cobro extrajudicial, voluntario o no, por parte del deudor, la ejecución judicial individual o la ejecución judicial colectiva, por medio de otro concurso en el extranjero, Con respecto a esta última hipótesis se podría dar el caso de acreedores verificados en el concurso nacional del deudor, que concurriesen y fuesen verificados *a posteriori* y por la misma causa en otro concurso abierto en el extranjero, recibiendo un pago de parte de su crédito. Es de señalar que en la situación prevista en este apartado tanto puede encontrarse un acreedor “local” como uno “extranjero”, y a ambos por igual les deberá ser imputado ese cobro al dividendo que deban percibir en el país.

La norma determina, además, con toda precisión, que están alcanzados por ella sólo los acreedores quirografarios. Sin embargo, no resulta

clara la razón de ser de esa distinción, puesto que la justicia conmutativa exige igualmente la consideración del pago que por su crédito hubiere recibido un acreedor privilegiado en el extranjero, ya sea que a éste le tocara percibir su crédito íntegramente antes que al resto de los acreedores o que deba concurrir con un dividendo proporcional (arts. 267, 274 y concs., L. de C.), pues, en ambos casos, se produce un perjuicio a los restantes acreedores. Se interpreta que se debe modificar la norma en este aspecto, suprimiendo toda referencia a la calidad del crédito, dado que carece de sentido la discriminación que se efectúa.

Otra consideración merece también la precisión temporal que la disposición contiene y que ha merecido algunas críticas. Cabe señalar, sobre el particular, que esta disposición conduce a entender que los pagos que hayan sido percibidos en el exterior antes de la declaración de concurso local que trae aparejado el desapoderamiento del deudor, han de considerarse ajenos a este procedimiento y son eficaces, como tales, en principio al menos. Esos pagos deberán ser deducidos por el acreedor del total de su crédito al insinuarlo posteriormente ante la sindicatura o bien informados por el funcionario del concurso, a ese fin.

Sin embargo, podría darse la hipótesis de un pago recibido en el extranjero dentro del periodo de sospecha para perpetrar un fraude a los acreedores locales, al realizarse, por ejemplo, un acto que en la mecánica de la Ley de Concursos fuera ineficaz con respecto a la masa (ver art. 122 y concs., L. de C.)⁵¹. No habiendo, en principio, forma coactiva de obtener la restitución de lo percibido, es evidente que la manera más fácil de lograr restablecer el equilibrio sería, precisamente, mediante la retención del dividendo a percibir en el proceso local, en proporción a lo cobrado en fraude a los acreedores, y es en previsión de esta hipótesis que resulta procedente propiciar un complemento de la determinación temporal que analizamos tal como más abajo se indica.

Falta ahora considerar la solución material prevista en el párrafo: los ya mentados cobros “serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes”. Esta referencia a los créditos “comunes”, para ser coherentes son la crítica *supra* realizada a la inclusión del término “quirografario” debería ser suprimida, o, de lo contrario, debería agregarse la categoría de créditos “privilegiados” en ambas referencias.

Con respecto a la manera en que habrá de hacerse la imputación, parece claro que la deducción ha de hacerse con respecto a los importes *del o los dividendos a percibir* en la proporción de cobro que se haya establecido, y no con respecto al crédito tal como ha sido verificado, pues sólo con la mecánica propuesta se puede llegar a lograr, aunque sea en parte, el obje-

⁵¹ Piénsese por ejemplo en un acreedor local que conociendo la cesación de pagos del deudor, percibiese en el exterior parte de su crédito antes de su vencimiento, que debía producirse luego de la declaración de quiebra, o recibiese bienes del deudor a título gratuito, etc., no teniendo su crédito una conexión multinacional que razonablemente justifique el acto, realizado en el extranjero.

tivo de paridad en los dividendos que se busca. Decimos “en parte”, porque la igualdad sólo se restablecería cuando lo cobrado fuera del país fuese totalmente compensado con los dividendos retenidos.

Los pagos recibidos, legítimamente, antes de la declaración de concurso local, en cambio, surten plenos efectos, se hallan excluidos de esta disposición y habrán de deducirse del capital a verificar -salvo fraude-, concurriendo con el saldo de su crédito, previa admisión en el concurso, en las distribuciones de dividendos que se efectúen.

Es claro el papel fundamental que le cabe a la sindicatura en la efectiva aplicación de la disposición en análisis, pues tiene el deber de controlar e informar sobre los extremos en ella previstos, única forma material de procurar la “*par conditio creditorum*”.

Cabe referirse, también, a la posibilidad, mentada en la exposición de motivos de la reforma, de que un acreedor fraccione su crédito empleando una parte del mismo para cobrar en el exterior y que con otra fracción de sus títulos solicite, obtenga y se beneficie de una verificación concedida en el concurso local. Si quisiésemos tomar esta manifestación como interpretación auténtica de la voluntad del legislador y dar sentido al párrafo que nos ocupa, en virtud de ella, pareciera que esos fondos cobrados en el exterior también deben deducirse de los dividendos a percibir en el concurso local. Empero, si sólo ése hubiera sido el propósito que inspiró la regla en análisis, interpretamos que el legislador habría errado en su redacción, ya que, en ese caso, debió referirse al cobro en el exterior de fracciones no insinuadas de los mismos créditos que en parte fueron verificados en el país. En cambio, la norma sólo se refiere al “cobro de créditos quirografarios”, y ello supone que se aplica al pago efectuado en el extranjero sobre una acreencia solicitada y verificada con la graduación indicada en el país. Pretender que cabe deducir, en el caso, el pago recibido en el exterior por la parte de una acreencia que no ha sido insinuada en nuestro concurso y que es, por tanto, ajena a su pasivo, parece exceder, en principio, el marco previsto por el texto legal.

Es cierto que con un manejo de situaciones del tipo referido, el acreedor podría lograr un mayor producido de su crédito, pero ya hemos señalado que ésta es una de las desviaciones que permite el sistema de la territorialidad y pluralidad de concursos internacionales. Mientras no se trate de percepciones imputables a la misma parte del crédito insinuada y verificada en nuestro país, no cabría, en principio, aplicar la retención de dividendos indicada en la actual redacción de la norma, máxime si cualquier otro acreedor podría haberse procurado el mismo beneficio, insinuándose, en parte, en el concurso extranjero posterior al nuestro, por ejemplo, en iguales condiciones y con el mismo resultado, aprovechando los resquicios que deja el sistema. Deberá, sin embargo, analizarse las circunstancias de cada caso concreto para prevenir posibles fraudes.

Un régimen de unidad de la quiebra internacional desde luego que

corregiría esta deficiencia, pues atribuiría efectos extraterritoriales a la declaración de falencia y produciría la ineficacia de cualquier pago posterior a su declaración. Sin embargo, la interpretación del texto referido, sobre la base de la línea argumental expresada en la exposición de motivos, entendemos que llevaría en el estado actual de nuestra legislación a una inconsecuente confusión de sistemas, ya que implicaría colocar un parche, con una redacción inapropiada (salvo asignando efectos extraterritoriales a nuestra declaración de quiebra) para corregir una alternativa que, en principio, el sistema territorial permite.

Restaría, ahora, considerar la hipótesis del acreedor que hubiese percibido en el extranjero una proporción de su crédito que exceda de la que hubiese podido recibir en el país por vía de los dividendos retenidos. ¿Debería intentarse obligarlo a restituir lo cobrado en exceso, en perjuicio de la masa? La respuesta debe ser afirmativa, de lograrse un reconocimiento extraterritorial de nuestra sentencia, pero seguramente negativa ante regímenes concursales, fundados en la pluralidad y territorialidad de los efectos de la quiebra, sistema que no podemos obviar hoy en día, aunque atisbemos la posibilidad de su evolución y apreciemos la norma en análisis como un paso adelante a ese fin.

Digamos, para concluir, que esta norma podría quedar mejor redactada de la siguiente manera: *Paridad de dividendos. Los cobros de créditos de acreedores verificados en el concurso nacional efectuados en el extranjero con posterioridad a su apertura, serán imputados a los dividendos correspondientes a sus beneficiarios por esa misma causa.*

El juez del proceso podrá utilizar esta vía, también y en general, para hacer efectivas restituciones de fondos percibidos por un acreedor en el exterior, en fraude a la masa de acreedores local.

VII. POSIBILIDAD DE COORDINAR SISTEMAS. EL CRITERIO

El problema que nos ocupa, inscripto en la órbita del derecho internacional privado, torna necesario adoptar criterio sobre todo lo expuesto analizando el problema desde el punto de vista del fin último perseguido por esta disciplina, que consiste en lograr la solución *justa, única y uniforme* del caso multinacional, cualquiera que sea el Estado donde la cuestión se plantee (Boggiano).

Esta definición, que es toda una enunciación de principios, pone el acento, en primer término, en la idea de *uniformidad* ya enunciada por Savigny, que hoy llamamos “principio de la armonía internacional de soluciones” y que conlleva, a su vez, el postulado de la *integralidad* de la solución del caso.

Revisando las consideraciones vertidas a la luz de esta definición, aparece claro, a nuestro entender, que si bien cabe coincidir en el plano de las ideas con que un sistema de la unidad o universalidad de la quiebra es

donde encuentra su mejor expresión, no debe obviarse, sin embargo, que la materialización de esta concepción no es realizable sólo mediante declaraciones universalistas meramente nacionales o unilaterales, sino que es menester una efectiva coordinación internacional.

La unidad y extraterritorialidad de la quiebra, en este sentido, aparecen hoy como una meta aún lejana y, en gran medida, sólo realizable progresivamente, mediante un desarrollo coordinado de las orientaciones legislativas de los distintos Estados (perspectivas nacionales), o por medio de tratados y convenciones que den al problema una solución uniforme, ya material, ya conflictual (perspectivas internacionales). Sólo así se cumpliría con la exigencia del principio de *efectividad*, límite y, a la vez, complemento necesario de la uniformidad, ya que, de no haber efectividad en la solución uniforme, ésta carecería de realización (ver: Antonio Boggiano, *Derecho internacional privado*, t. 1, ps. 90/3, 21 ed., Depalma, 1983). Alcorta, con una visión pesimista del problema, señalaba, en este aspecto, que los países sudamericanos en sus relaciones con países lejanos no podían adoptar, ni en su legislación ni en su jurisprudencia, la teoría de la unidad, sin exponerse a ver burlados los intereses de sus habitantes⁵².

Pese a ello y a las arduas dificultades que entraña la realización del ideal enunciado, considerarnos que no cabe desistir del empeño en lograr la más justa solución en materia de quiebras multinacionales; en este sentido, deben alentarse los débiles síntomas que cada tanto aparecen orientados a ese fin. Sin que quepa, pues, soñar utopías, ni caer en fórmulas teóricas que olviden la defensa de los intereses sociales que deben desenvolverse al abrigo de nuestras leyes⁵³, propiciamos como correcta una interpretación que contemple a la unidad como objetivo a realizar en un futuro más o menos cercano.

Hemos advertido ya, que nuestra ley contiene una regulación territorialista y que, si bien admite la posibilidad de decretar en el país una quiebra "causada" por un proceso universal de liquidación de bienes en el extranjero (y, en nuestra opinión ello constituye un tímido reconocimiento de un efecto extraterritorial de aquel pronunciamiento), lo cierto es que este concurso, llamado "derivado" -de la declaración extranjera de quiebra- no importa una "exequaturización" de aquella declaración, sino la apertura de un nuevo proceso independiente y autónomo.

De todos modos, sea el nuestro un concurso «derivado» o un concurso "originario" -sin relación alguna con un concurso foráneo-, respecto de un deudor domiciliado en el extranjero, lo cierto es que nuestro régimen legal, de modestas aspiraciones territoriales, no posee vocación por extender los

⁵² ALCORTA, *Curso de derecho internacional privado*, Bs. As., 1927, III, p. 328; CÁMARA, H. *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, 1980, Vol. 1, p. 335 y ss.

⁵³ ARMENGOL, M. *Fundamentos y crítica de la Ley de Quiebras*, 2 ed., comentario arts. 5-1383.

efectos de la quiebra decretada en el país sobre bienes o procesos en el extranjero.

Sin embargo, creemos que la modestia de esas aspiraciones de nuestro legislador no obsta, en forma alguna, a que el concurso argentino, a través de su sindicatura por ejemplo, tenga mayores ambiciones y a que puedan aprovecharse los efectos extraterritoriales que los sistemas jurídicos de otros estados, más amplios y generosos, puedan asignar a la sentencia argentina de quiebra.

En efecto, en nada afectará a nuestro sistema ni al orden público falencial que el tribunal argentino competente, a pedido de la sindicatura, de un acreedor o, aún de oficio⁵⁴:

- a) solicite medidas cautelares sobre bienes de fallido en el exterior,
- b) pida la liquidación de esos bienes en beneficio de este proceso y la transferencia del eventual producido,
- c) solicite la apertura de un procedimiento subordinado, por ej. en Estados Unidos,
- d) que a través de la sindicatura se pueda pedir el *exequatur* de nuestra sentencia argentina de quiebra,
- e) y, por qué no, una nueva declaración de quiebra en beneficio de la masa nacional.

Dependerá del sistema jurídico al que nos dirijamos la suerte de nuestro planteo, mas según el panorama de derecho comparado precedentemente reseñado, es dable analizar estas posibilidades con algunas alentadoras probabilidades de éxito si se sortean ciertas vallas -superables- que surgen de esos sistemas, dándoles debido cumplimiento, como podrían ser: las preferencias de los acreedores locales, la apreciación legal del rango de intereses comprometidos según los acreedores, según quién sea el deudor o la naturaleza de los bienes, como limite para dar curso a las peticiones, etc.

Mas, si esto así ocurriera, si se pudiesen sortear esas dificultades, el juez argentino que se internase en estas sendas y la sindicatura que materializase las actuaciones necesarias para ello, estarían produciendo y conduciendo, "de hecho", *una coordinación internacional de procesos concursales desde la pluralidad, desde el fraccionamiento*. Ello, a través de la armonización de los derechos involucrados, según reglas no escritas, que surgen del juego compatible de las normas de los sistemas de los diversos estados nacionales. Es fundamental en este empeño, la creatividad y el pragmatismo de jueces prudentes y funcionarios idóneos, que a través de interpretaciones que conjuguen el debido respeto a la naturaleza interna-

⁵⁴ Véase: UZAL, M. E. "Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4 de la ley 24.522", *E.D.*, 172-910.

cional del caso, con los intereses nacionales e internacionales de orden público y que conduzcan a resultados que actualicen, materialmente, la justicia de las soluciones dadas en el caso concreto.

Se aprovecharían así, en favor de la quiebra argentina, local o nacional, las posibilidades que brindan la diversidad de regulaciones que, desde los distintos sistemas legales nacionales, recogen supuestos de coordinación procesal que nuestro derecho no prohíbe, aunque -y esto es lo singular- sin posibilidad de ofrecer nosotros efectiva reciprocidad sino, quizás, en el único supuesto de un concurso declarado en el extranjero respecto de un deudor con bienes en el país que carezca de acreedores locales (véase el caso “*Panair do Brasil S.A.*” C.S. 5º-7-1972, L.L., 148-68 y sig.)⁵⁵.

1. Predominio del conflicto de jurisdicción sobre el conflicto de leyes

Hemos advertido ya sobre la gravitación del problema jurisdiccional en la determinación del derecho aplicable, afirmación de la que por cierto no escapa la quiebra, materia en la que resulta evidente la clara tendencia al predominio de la *lex fori*.

Las posibilidades de una aplicación extensiva de los efectos de la declaración argentina de quiebra conducen, como exigencia previa, al estudio prospectivo de los conflictos de jurisdicción con los países eventualmente involucrados.

En efecto, han de ser las consecuencias que puedan ser atribuidas por las jurisdicciones extranjeras y las repercusiones que en éstas se atribuya a nuestra declaración de quiebra y luego, las soluciones que admita el D.I.Pr. de quiebras en esos países, las que determinarán el éxito de la posibilidad extensiva bajo análisis.

Esa evaluación y análisis prospectivo se simplifican, en buena medida por la generalizada aplicación de las soluciones de la *lex fori* en materia de quiebras internacionales. En los diferentes estados, suelen encontrarse algunas reglas materiales, o de fondo, que regulan con soluciones específicas estos casos y, muchas veces, se advierten lisas y llanas remisiones a la aplicación de soluciones del derecho privado interno. Estas comprobaciones suelen aventar los problemas técnicos derivados de la remisión a derechos extranjeros, como el reenvío, por ejemplo.

En este marco pues, cabe propiciar la adopción de un mecanismo que posibilite una necesaria “*transposición procesal*”, en la terminología de Ciuro

⁵⁵ Véanse consideraciones detalladas sobre el caso «Panair» en BOGGIANO, A. *Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Tº II, p. 936 y s. y conclusiones sobre este supuesto de reciprocidad en UZAL, M. E., “El art. 4 ...”, REDCO, pág. 539 c), compartidos por WEINBERG, ob.cit. en nota 16.

Caldani⁵⁶, recurriendo a las herramientas fundamentales de que dispone el derecho procesal internacional. Esto es, al *reconocimiento y ejecución de sentencias* y al *auxilio procesal internacional*, sin olvidar la necesidad de atender a la existencia de casos de *litispendencia* y de dar su debido lugar al principio de *cosa juzgada* y sin perjuicio de explorar el desarrollo de otras modalidades singulares de aproximación al objetivo de una coordinación efectiva, que permitan una respuesta integrada, como solución plausible al problema de la insolvencia internacional.

En este marco, estimamos que debe apoyarse la conveniencia de estudiar seriamente la incorporación en nuestro derecho internacional privado, de soluciones como las que propone la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI o UNCITRAL.

VIII. CONCLUSIÓN

Sólo a modo de conclusión, cabe apuntar que el propósito de este trabajo no es otro que destacar la necesidad de examinar con atención e imaginación, las posibilidades que se ofrecen aún dentro de nuestro sistema territorial, con sus deficiencias, para superar las limitaciones que impone el fraccionamiento del diseño legislativo. Las vías que proponemos transitar no son, por cierto, más que un paliativo de coyuntura para un problema cuya solución sólo aparece realizable progresivamente, por medio de:

- * una cooperación internacional armonizada para obtener el reconocimiento y ejecución coordinados de sentencias nacionales y extranjeras,
- * el necesario auxilio procesal internacional para medidas cautelares de conservación y liquidación,
- * el reconocimiento internacional del rol de los funcionarios concursales, para instar esa cooperación,
- * la introducción de reformas legislativas en el DIPr. y D. Procesal Internacional de fuente interna, que posibiliten esas soluciones,
- * el estudio de la conveniencia de introducir en nuestro DIPr., la Ley Modelo de UNCITRAL o CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza,
- * la elaboración tratados o convenciones que den al problema una solución uniforme, ya material, ya conflictual desde una perspectiva internacional.

Sólo así se avizora posible la aproximación, de manera plausible, a la exigencia de la efectividad, límite y a la vez complemento necesario de la uniformidad.

⁵⁶ Véase también sobre el panorama general del sistema y sus dificultades: CIURO CALDANI M. Á. *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1997, p. 26 y ss.

BIBLIOGRAFÍA:

- BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, T.II.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel: *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*. Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 1997, p. 26 y ss.
- ESPLUGUES MOTA, C. *La quiebra internacional*, Barcelona, Bosch, 1993.
- ESPLUGUES MOTA, C. "La ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, de 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?", *Cuadernos de derecho y comercio*, N° 27, 1998.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara: "La armonización legislativa en materia de quiebras en el Mercosur ¿Panacea o Anatema?", Buenos Aires, mayo 2000 <http://noticias.juridicas>.
- NOODT TAQUELA, María Blanca: Colaboración en Fernández Arroyo Diego P. (coordinador) *Derecho Internacional Privado en los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 1983.
- ROUILLON, Adolfo: "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y a sus reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", International Insolvency Institute www.iiiglobal.org.
- UZAL, María Elsa: "El art. 4 de la ley 19.551. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (REDCO)*, Editorial Depalma, N 106, 1985, pág. 527/33.
- UZAL, María Elsa: "Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4 de la ley 24.522", *E.D.*, 172-910.
- UZAL, María Elsa: "Algo más sobre la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4 de la ley 24.522 y sobre las posibilidades de mayor cooperación internacional en materia de insolvencias transfronterizas", en *Derecho Internacional y de la Integración*, Revista del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional del Litoral. N 1, junio de 2000.
- WEINBERG DE ROCA, Inés: "Concursos internacionales en la ley 24.522", *ED*, 170-978.

BLANCA

**EVOLUCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA
FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES:
“POLÍTICOS” VERSUS “JUECES” ***

*EVOLUTION OF THE PROHIBITION OF THE USE OF THE FORCE IN
THE INTERNATIONAL RELATIONS: “POLITICIANS” VERSUS “JUDGES”*

*Cesáreo Gutiérrez Espada***

RESUMEN

El trabajo analiza los límites del uso de la fuerza en derecho internacional. En particular, estudia los casos de uso de la fuerza “menor”, es decir, los que emplean fuerza militar con carácter puntual, temporal, limitado a objetivos concretos y precisos, como es el caso del contraterrorismo.

PALABRAS-CLAVE

Uso de la fuerza - fuerza militar “menor”- contraterrorismo.

ABSTRACT

This work analyzes the limits of the use of the force in international law. Especially, it studies the cases of use of force “minor”, that is to say, those that use military force with precise character, temporary, limited to concrete and precise objectives, as it is the case of the counterterrorism.

KEY WORDS

Use of force - military force “minor” - counterterrorism.

* El presente estudio se enmarca en los trabajos propios del proyecto sobre *El régimen jurídico para una acción colectiva concertada. El establecimiento de nuevos principios: la autorización del uso preventivo de la fuerza* (SEJ2006-14504) financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Proyectos I+D)-España, de cuyo grupo de investigación el autor es miembro.

** Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Murcia-España. Miembro del Consejo de Redacción de la *Revista Española de Derecho Internacional*. Co-Director del *Anuario Español de Derecho Internacional*. Ha sido Miembro Asesor de la Delegación del Gobierno español ante el Comité del Espacio Ultraterrestre de la ONU. Miembro Correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

SUMARIO

1. *La Carta de Naciones Unidas (1945), la referencia...* 2. *El fracaso del sistema.* 3. *El 11-s (2001) como punto de inflexión.* 4. *“Políticos” (o, como otros prefieren decir, la “práctica”)...* 5. *Versus “jueces”.*

1. LA CARTA DE NACIONES UNIDAS (1945), LA REFERENCIA...

El Derecho internacional, tras la devastadora Guerra Mundial de 1939, decidió prohibir el uso de la fuerza armada para la solución de los conflictos internacionales. Los artículos 2.4 y 39-51 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, firmada en San Francisco (Estados Unidos de América) en 1945 encarnan esa norma.

Fue una prohibición total la que se llevó a cabo, pues abarcaba no solo los usos de la fuerza más grave o, según una terminología que se ha consolidado, “mayores”, tales como la agresión pura y dura, sino también los menos graves o “menores”¹, los que implican el empleo de la fuerza militar pero con un carácter puntual, temporal, contenido, limitado a la consecución de unos objetivos concretos y precisos, como las represalias o la utilización de medios armados para el rescate de nacionales cuyas vidas se encuentran en peligro en territorio extranjero (...). Si la prohibición fue total, quedando asimismo fuera de la ley no sólo el empleo directo de la fuerza sino también los usos indirectos, como la ayuda o implicación de un Estado en actos de terrorismo o su participación en guerras civiles que en otro se desarrollen. La Carta de Naciones Unidas de 1945 fue posteriormente precisada con otros instrumentos internacionales que resultan decisivos para llegar a la afirmación que acaban de oírme: la Declaración sobre los Principios de Amistad y Cooperación entre los Estados de la resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970² y la Definición de la Agresión aneja a la resolución 3314 (XXIX), de 14 de noviembre de 1974³, ambas adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas son los dos más importantes.

Dos excepciones tan solo fueron admitidas para la precitada prohibición:

A) Una descentralizada, la legítima defensa. Todo Estado víctima de un

¹ Sentencia de 27 de junio de 1986, en el asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, *CIJ Recueil 1986*, 101, 103-104 (párrafos 191-195 y 210-211); sentencia de 6 de noviembre de 2003, asunto de las plataformas petrolíferas, *CIJ Recueil 2003*, pp. 186-187 (párrafo 51); sentencia de 19 de diciembre de 2005, asunto relativo a las actividades armadas en territorio del Congo (RDC c. Uganda), p. 56 (párrafos 161-164).

² *Principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la menaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política en cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas*, en especial párrafos 2º, 6º, 8º y 9º.

³ La resolución 3314 (XXV) precisa, como veremos en el texto de inmediato, que bajo este concepto se incluye tanto supuestos de agresión directa como indirecta.

ataque armado tenía el derecho a defenderse hasta que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tomase las medidas adecuadas (artículo 51). La legítima defensa permitida estaba empero sujeta a condiciones y requisitos muy estrictos: existencia de un ataque armado era el presupuesto básico y necesidad, inmediatez y proporcionalidad en la respuesta armada defensiva las exigencias impuestas para un ejercicio regular de misma.

Sin ataque armado la legítima defensa no era jurídicamente posible aun si el Estado contra el que pretendía desencadenarse hubiera violado la prohibición del uso de la fuerza. La legítima defensa solo se permite como respuesta (y respuesta hemos visto temporal) a una agresión, esto es, a un uso grave o mayor de la fuerza armada. Jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia, en los asuntos sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos) (1986), el relativo a las plataformas petrolíferas (Irán c. Estados Unidos) (2003) o el de las actividades armadas en el Congo (República Democrática del Congo c. Uganda) (2005), rotundamente lo demuestra⁴.

La Carta había pensado, en cuanto a la noción de ataque armado, en un esquema de libro: el ejército regular de un Estado lanzando contra otro una acción militar de envergadura y alcance por sus objetivos y medios empleados; la Definición de la Agresión (1974) clarifica este esquema cuando establece como manifestaciones concretas de agresión la violación por las fuerzas armadas de un Estado de las fronteras de otro y su ocupación total o parcial, el bombardeo masivo de su territorio aun sin poner un pie en él o, en fin, un ataque generalizado a su flota aérea o naval (civil o militar) (artículo 3, letras a, b, d). Pero la práctica habida tras la adopción de la Carta forzó a admitir que la legítima defensa es también posible en los casos en los que el ataque armado se produce de manera más sutil, en el marco de una "agresión indirecta": la Definición de la Agresión considera que ésta se comete cuando un Estado envía a grupos armados irregulares a otro para cometer en actos armados de una gravedad equiparable a los anteriormente reseñados o aun cuando él no los envía participa sustancialmente en sus desmanes (artículo 3, g); por ejemplo y por hipótesis, de haberse demostrado que el Gobierno de Afganistán envió a los terroristas del 11-S (2001) con órdenes de hacer lo que hicieron (que por los medios empleados, el número

⁴ Sentencia de 27 de junio de 1986, párrafos 191-195 y 210-211; sentencia de 6 de noviembre de 2003, párrafo 51; sentencia de 19 de diciembre de 2005, párrafos 161-164. Y el Tribunal lo ha concretado, además, considerando que no constituyen usos de la fuerza susceptibles de ser calificados como un ataque armado que justifique una respuesta en legítima defensa: el apoyo a fuerzas rebeldes de un Estado por medio del suministro de armas o apoyo logístico; un ataque puntual con el lanzamiento de un misil contra un buque mercante o los disparos repetidos hacia un helicóptero militar desde una patrullera; o el sembrado de una mina con la que choca un navío de guerra; el entrenamiento y transporte (aéreo) de grupos armados para realizar incursiones en un Estado vecino (sentencia de 27 de junio de 1986, párrafo 195; de 6 de noviembre de 2003, párrafos 64 *in fine*, 72; y de 19 de diciembre de 2005 párrafos 127, 161-164).

de víctimas y los objetivos buscados y alcanzados puede calificarse de ataque armado) o que aun no habiéndoles dado encargo alguno los controlaba en el momento de cometer los atentados, Afganistán hubiera cometido una agresión armada contra los Estados Unidos que hubiera generado su derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva.

Individual o colectiva digo, porque en efecto la Carta de Naciones Unidas admitió que un Estado, que no ha sido víctima él de un ataque armado, puede acudir en legítima defensa (colectiva) del que lo ha sido (artículo 51). Años después la CIJ, en el asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua (1986), ha dejado claro que el correcto uso de esta figura implica dos condiciones: el atacado debe haberse declarado víctima de una agresión y debe además haber pedido, después o antes de ataque, al defensor que le defienda; exigencias que al no darse en el caso motivaron el que la Corte denegara la petición de Estados Unidos de estar actuando, al ayudar a las fuerzas de la contra en lucha contra el Gobierno sandinista de Nicaragua, en legítima defensa colectiva de El Salvador, Estado que era objeto de ataques armados por diversos grupos guerrilleros apoyados según su argumentación por el Gobierno nicaragüense⁵.

B) La Carta (1945) también contempló un uso institucional de la fuerza, decidido por el Consejo de Seguridad tras apreciar éste una amenaza o ruptura de la paz y seguridad internacionales o la comisión de un acto de agresión (artículo 39). El Sistema de Seguridad Colectiva establecido permitía al Consejo adoptar toda una serie gradual de medidas para imponer el orden roto o amenazado: desde medidas "provisionales" como el cese el fuego o el envío de misiones de determinación de los hechos (artículo 40), pasando por la adopción de medidas coercitivas no armadas tales como la suspensión de las comunicaciones de todo tipo, la ruptura de relaciones diplomáticas o embargos económicos (artículo 41), hasta la imposición de medidas coercitivas armadas (artículo 42) que podían llegar incluso al desencadenamiento por Naciones Unidas de una guerra por Tierra, Mar y Aire contra un Estado recalcitrante.

La Carta había previsto también la infraestructura necesaria que permitiera al Consejo tener a su disposición un Ejército, el Ejército de Naciones Unidas, con el que hacer cumplir la ley que su capítulo VII representara (artículos 43-47):

- Se creó un órgano, el Comité de Estado Mayor, formado por los jefes de Estado Mayor de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, con la misión de asesorar a éste en los planes y medidas militares que hubieran de tomarse de cara al mantenimientos de la paz y seguridad así como de ejercer la dirección estratégica, a las órdenes del Consejo, de las fuerzas militares que Naciones Unidas debiera utilizar llegado el caso.

⁵ Sentencia de 26 de junio de 1986, párrafos 195 y 199.

- Se obligaba a los Estados miembros de Naciones Unidas a poner a disposición del Consejo las fuerzas armadas que éste precisase; incluso tenían la obligación de tener dispuestas siempre fuerza aéreas nacionales por si el Consejo de Seguridad debía ordenar la ejecución de medidas armadas de carácter urgente.
- Los Estados miembros debían concretar sus compromisos en este punto concertando con el Consejo de Seguridad el pertinente acuerdo por escrito.

El talón de Aquiles del Sistema previsto estaba en el órgano encargado de aplicarlo: el Consejo de Seguridad, formado (hoy) por quince de los Estados miembros (cuenta con cinco permanentes y diez que se eligen cada dos años por votación de y por los miembros de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas). Según la Carta (artículo 27.3) cuando el Consejo debe adoptar sus acuerdos sobre cuestiones que no son de procedimiento, como es el caso de las relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, debe haberlo con el voto de nueve miembros incluido, dice en su tenor literal el mencionado precepto, el voto afirmativo de los miembros permanentes. Un solo Estado, pues, si es uno de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad puede impedir que éste adopte medida alguna de aplicación del capítulo VII; y ello ha ocurrido ante gravísimas crisis y en demasiadas ocasiones. Repárese también, que en la práctica una norma consuetudinaria de Derecho internacional ha modificado el artículo 27.3 al entender que la abstención de uno de los miembros permanentes no equivale a un veto; con la abstención de la República Popular China, uno de los Cinco, el Consejo autorizó en su resolución 678 (1990), de 29 de noviembre, a una Coalición de Estados amigos y aliados de Kuwait a desencadenar contra Irak, que había invadido y ocupado su territorio, una guerra que acabó con su expulsión del territorio Kuwaití (conocida como la “Guerra del Golfo”)⁶.

⁶ La naturaleza consuetudinaria de la citada norma no escrita modificativa del tenor literal del artículo 27.3 ha sido reconocida, como es sabido, por la misma Corte Internacional de Justicia en el asunto sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia (Sudoeste africano) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, dictamen consultivo de 21.06.1971, párrafos 21 y 22 (*CIJ Recueil 1971, 22*). Es muy posible que lo mismo haya ocurrido ya también con la que permite al Consejo “autorizar” a Estados miembros el uso de la fuerza armada...

Sobre esta práctica reciente del Consejo y su valoración jurídica actual, SAROOSHI, D.: *The United Nations and the development of collective security (The delegation by the United Nations Security Council of its chapter VII powers)*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 167 ss.; SICILIANOS, L.A.: “L'autorisation par le Conseil de Sécurité de recourir à la force: Une tentative d'évaluation”, *Revue Générale de Droit International Public*, 106 (2002), núm. 1, 5-50; CASSESE, A.: *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005 [2ª edición], 346-350; CONFORTI, B.: *The law and practice of the United Nations*, M. Nijhoff, Leiden-Boston, 2005 (3ª edición), 208 ss. La Declaración de Brujas (2003) del IDI asume la autorización del Consejo de Seguridad como uno de los factores legitimadores del uso de la fuerza por los Estados; y también el Manual “oficial” sobre los

2. EL FRACASO DEL SISTEMA

El Sistema previsto por la Carta ha sufrido muchos avatares desde 1945, que dan fe de su fracaso. Tras el desencuentro que finalizada la Segunda Guerra Mundial se produce entre los aliados en ella, la Unión Soviética de una parte y Estados Unidos de otra, el capítulo VII de la Carta se tambalea: nunca se firmaron los acuerdos requeridos con el Consejo de Seguridad por los Estados miembros, de modo que el Ejército de Naciones Unidas nunca existió; nunca funcionó el Comité de Estado Mayor; el abuso del veto fue una realidad constante que paralizó la aplicación del Sistema de Seguridad Colectiva en tantas cuantas crisis internacionales se producían (...). Ante esta situación los Estados reaccionan intentando debilitar la norma que les prohíbe el uso de la fuerza armada para resolver sus conflictos; de dos maneras fundamentalmente:

- Intentando ampliar el concepto de legítima defensa, excepción que pretenden aplicable en supuestos en los que no aparece por parte alguna la exigencia de la Carta del ataque armado. En 1986, Estados Unidos, con base en tal argumento, bombardeó las ciudades libias de Trípoli y Bengasi con decenas de muertos y heridos, entre ellos una hija del dictador Ghadafi; el ataque armado de Libia consistió en la colocación de una bomba por personas a sueldo de los servicios libios de seguridad en una discoteca berlinesa y cuya explosión mató e hirió a algunos soldados estadounidenses de una de las bases de la OTAN en Alemania⁷.
- Recuperando viejos conceptos que justificaron el uso de la fuerza armada antes de la Carta de Naciones Unidas pero que con ella desaparecieron. En 1984, Estados Unidos invadió la isla caribeña de Granada para proteger a sus nacionales en la isla amenazados por la situación política en ella imperante (¿No han visto hace poco en una más de las innumerables repeticiones con las que, amén de otros programas, nos castiga la televisión pública de una película del duro Eastwood, ciertamente un Sargento de Hierro, en la que se hace una apología de la invasión?)⁸.

conflictos armados del Reino Unido mantiene en su última edición que las únicas excepciones a la prohibición del uso de la fuerza son la legítima defensa y la autorización del Consejo de Seguridad (UNITED KINGDOM MINISTRY OF DEFENCE: *The Manual of the Law of armed conflict*. UK Ministry of Defence, Oxford University Press, Oxford, 2004, X y 2-3).

⁷ *Keesing's contemporary archives. Record of world events 1986*, págs. 34.262 ss., 34.456 ss. y asimismo las intervenciones del representante de los Estados Unidos ante el Consejo de Seguridad, en especial los días 15 de abril y siguientes de 1986 (S/PV/2674, 2675 y 2682).

⁸ "Chronique des faits internationaux", *Revue Générale de Droit International Public*, 88 (1984), núm. 2, págs. 484 ss., 487 ss.; NASH LEICH, M.: "Contemporary practice of the United States relating to international law", *The American Journal of International Law*, 78 (1984), núm. 1, págs. 200 ss. (págs. 203-204) y núm. 3, págs. 655 ss. (págs. 661-665).

Es verdad que a partir de 1985 se abre una luz en el oscuro túnel cuando en la Unión Soviética las nuevas autoridades inician una política exterior de acercamiento a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y una nueva actitud más respetuosa con el Derecho internacional y la Corte Internacional de Justicia. Se abre un nuevo clima que permitió en 1990 comprobar una revitalización pujante del Sistema de Seguridad Colectiva: cuando Irak invade y ocupa Kuwait en agosto de ese año. El Consejo de Seguridad reacciona como un resorte contra esta agresión y consiguen, todos juntos, Estados Unidos y la Unión Soviética, Arabia Saudita e Israel, poner al agresor en su sitio⁹. Cinco años duró el sueño, porque hasta 1995, el Consejo con la mejor de las voluntades aunque no siempre con el acierto deseable respondió a los desafíos de unos y otros y actuó antes las amenazas y las rupturas de la paz.

A partir de 1995 el castillo se desmorona y el desacuerdo entre los miembros permanentes nos devuelve a una Organización de Naciones Unidas ciega, muda y sorda ante crímenes horribles:

- En julio de 1995, grupos pro-serbios en Bosnia asesinan a varios miles de bosnios musulmanes en Srebrenica ante la presencia de contingentes holandeses de la Operación de Naciones Unidas allí desplegada. En su sentencia de 26 de febrero de 2007, en el asunto sobre la aplicación de la Convención del genocidio en el que Bosnia demanda a Serbia por genocidio, la CIJ reconoció que en Srebrenica se había perpetrado un genocidio pero no pudo imputar el crimen a Serbia por entender que no se había demostrado que en el momento de ser cometido este país ejerciera un control efectivo de los grupos armados que lo llevaron a cabo; sí condenó a ese Estado en todo caso por incumplir su obligación, de conformidad con el artículo 1 del Convenio sobre la prevención y represión del crimen de genocidio (1948) de su obligación de no prevenirlo ni de reprimir su comisión¹⁰. Cuando cuatro años después el entonces Secretario General de Naciones Unidas, Koffi Annan, leyó el Informe sobre Srebrenica dicen que dijo “Nunca más”; nunca más la comunidad internacional debe permanecer inactiva ante crímenes así¹¹.

⁹ Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C. y SILVELA DÍEZ-CRIADO, E.: *El conflicto de Irak I*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria” (Universidad Carlos III de Madrid) y Escuela de Guerra del Ejército (Ministerio de Defensa), Madrid, 2006.

¹⁰ Sentencia de 26 de febrero de 2007, párrafos 377-415 y 425 ss.

¹¹ El 7 de abril de 1999, en un discurso en Ginebra ante la Comisión de Derechos Humanos, hacía una decidida apuesta por la injerencia humanitaria (tan clara que ARIAS, Inocencio F., sostiene que se trató de una “pieza oratoria que por su claridad y por la calidad del emisor puede ser incorporada a una antología de los defensores del Derecho internacional de injerencia por razones humanitarias” (“¿Matará el Consejo de Seguridad a la ONU?”, *Política Exterior*, XIII, julio-agosto 1999, núm. 70, pp. 59-69, en pp. 59-60). En efecto, decía el Secretario General: “La campaña sistemática y viciosa de limpieza étnica llevada a cabo por las autoridades

- En 1999, ante el bloqueo del Consejo de Seguridad, por la amenaza de veto de la pertinente resolución de Rusia y China, la OTAN decide con el fin de evitar una catástrofe humanitaria en Kosovo atacar Yugoslavia. Durante seis meses la OTAN bombardeó el país. Cuando la “Guerra de Kosovo” acabó, el Consejo de Seguridad encargó a la OTAN (resolución 1244/1999) la administración del territorio, que forma parte del actual Estado Serbio. Hoy, el informe del representante para el mismo de Naciones Unidas, pide abiertamente por la independencia del territorio. ¿Por qué vamos a castigar, si es el caso, a un Estado como la actual Serbia plenamente democrático y respetuoso de los derechos de todos con la pérdida de su integridad territorial?¹².

No, el Sistema de Seguridad Colectiva chirría y gime como una maquinaria oxidada.

3. EL 11-S (2001) COMO PUNTO DE INFLEXIÓN

Fue, sin embargo, el atentado terrorista del 11-S (2001) el punto de inflexión del que nace una tendencia muy clara por parte de algunos Estados que socava el alcance que tenía la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales. Todos recordamos aún aquel día y los hechos que luego fueron dibujándose: terroristas de la organización Al Qaeda, con bases y campos de entrenamiento en Afganistán, gobernado por los talibanes, fundamentalistas islámicos, impactan dos aeronaves civiles que secuestran en vuelo con todos sus pasajeros a bordo en dos edificios civiles, las Torres Gemelas de Nueva York, en los que a diario trabajaban

serbias en Kosovo parece tener un objetivo: expulsar o matar al mayor número posible de albaneses (...). Emerge lentamente, pero creo que de forma imparable, una norma jurídica contra la represión violenta de las minorías que debe preceder a los principios de la soberanía estatal” (SG/SM/6949, de 7 de abril de 1999). Es interesante y significativo que el Informe especial que la Asamblea General encargó al Secretario General en noviembre de 1998 sobre el comportamiento de Naciones Unidas ante las matanzas de julio de 1995 en los alrededores de Srebrenica de miles de bosnios a manos de fuerzas serbias, y que el Sr. Annan presentó al público en noviembre de 1999 se extraigan a lo largo de sus 155 pp., y entre otras lecciones relevantes para el futuro, la de que cuando la ONU se encuentre de nuevo ante un “sistemático y deliberado intento de aterrorizar, expulsar o asesinar a la población debe atajarse *por todos los medios necesarios*” (la cursiva es mía, y la aprovecho para recordar a mi atento lector que con la frase “todos los medios necesarios” la resolución 678 del Consejo de Seguridad, de 29 de noviembre de 1990, autorizaba el uso de la fuerza armada contra Irak a la coalición de Estados amigos y aliados de Kuwait, y justificó jurídicamente una guerra corta pero pura y dura que recibió el nombre de “Tormenta del Desierto”).

¹² Resolución 1244 (1999), de 10 de junio. Sobre el posible desenlace de Kosovo *vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la “Guerra de Kosovo)”, *Anuario de Derecho Internacional*, XVI (2000), pp. 93-132 (pp. 117 ss.); BERMEJO GARCÍA, R. Y GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La disolución de Yugoslavia*, Eunsa, Pamplona, 2007, pp. 242 ss.

más de dos mil personas, y en un objetivo militar, el Pentágono, el centro neurálgico de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos; un tercer avión, al parecer destinado a destruir el Capitolio, no llegó a su destino y se estrelló en vuelo.

Los Estados Unidos acusan a Afganistán de estar detrás de todo y unidos a Gran Bretaña lanzan contra este país un ataque armado que justifican jurídicamente en carta dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad, en el artículo 51 de la Carta, en la figura de la legítima defensa. Habida cuenta de que el Ejército afgano no atacó a los Estados Unidos ni a Gran Bretaña y no habiéndose probado, con el rigor que de la prueba hubiera exigido un tribunal, que los terroristas (cuyos actos por los objetivos perseguidos y alcanzados, por los medios utilizados y por el número de víctimas, pueden calificarse de ataque armado) seguían instrucciones concretas de Afganistán o estaban controlados por el Gobierno de este país cuando cometieron esos actos, no parece posible aceptar que Afganistán cometiera una agresión contra Estados Unidos o contra Gran Bretaña por lo que estos países no tenían el derecho de legítima defensa individual o colectiva. La única manera de aceptar la legalidad de la invocación de la figura en este caso sería entender que el Derecho internacional contemporáneo admite la legítima defensa preventiva, esto es, que el ataque armado de Estados Unidos y su socio lo fue para evitar que desde las bases y campos de entrenamiento de Afganistán nuevos atentados pudieran ser lanzados. Al parecer, Estados Unidos y Gran Bretaña pero también otros 18 países al menos, los que integran la OTAN, creen que eso es hoy posible y aceptable para el Derecho; porque la OTAN consideró que los actos del 11-S (2001) constituían un ataque armado contra uno de sus miembros (Estados Unidos) frente al que todos los demás debían ayudarlo con base en el concepto de legítima defensa colectiva. El artículo 5 del tratado constitutivo de dicha Organización fue así activado¹³.

Unos meses después de la Guerra de Afganistán, Estados Unidos adopta su Estrategia de Seguridad Nacional (2002), que ha revisado sin cambios de fondo en el 2006. De acuerdo con ese documento, el Gobierno estadounidense asume una concepción nueva sobre el uso de la fuerza que ha

¹³ Disposición que, como es sabido, contempla el supuesto en el que “un ataque armado contra uno de los Estados partes ocurrido en Europa o en América del Norte” se considerará un ataque contra todos, por lo que cada uno de ellos “en el ejercicio del derecho de legítima defensa, individual o colectiva, reconocido por el art. 51 de la Carta (...) asistirá a la Parte atacada tomando individualmente, y de acuerdo con las otras, las medidas que juzgue necesarias, comprendido el empleo de las fuerzas armadas (...)” (Tratado del Atlántico Norte, Washington 4 de abril de 1949 [BOE de 31 de mayo de 1982]). Véase el comunicado de prensa (NATO press release 124, 12 septiembre 2001; texto completo en www.nato.int/terrorism). El 2 de octubre de 2001 la OTAN, tras recibir informaciones del Gobierno de los Estados Unidos, aceptó la culpabilidad de Al-Qaeda y Osama Ben Laden y su refugio en Afganistán, por lo que confirmó que declaraba aplicable el citado art. 5.

sido bautizada como la de la “guerra preventiva” o “doctrina Bush”. En virtud de la misma, ese país se reserva el derecho de usar, en solitario si es preciso, la fuerza armada en cualquier lugar del mundo y hasta donde sea preciso para evitar que un grupo terrorista cometa atentados contra Estados Unidos o sus intereses o los de sus amigos y aliados; los objetivos de la fuerza empleada pueden ser no sólo esos grupos sino también los Estados que los amparan y apoyan. La “guerra preventiva” se extiende a los Estados que posean o adquieran armas de destrucción masiva con fines hostiles a los Estados Unidos según los Estados Unidos consideren. El uso preventivo de la fuerza no parece condicionado por la inminencia o no del ataque en cuestión sino más bien con el convencimiento, a juicio de los Estados Unidos, de que ese ataque, antes o después se producirá (...). La Estrategia sobre Seguridad Nacional pone como ejemplo de la determinación estadounidense en esta nueva concepción la derrota y derrocamiento del régimen talibán en Afganistán¹⁴.

La Guerra de Irak (2003), de nuevo desencadenada por Estados Unidos y su aliado el Reino Unido, en tanto en cuanto no encuentra justificación jurídica posible debe interpretarse como un nuevo episodio más de la doctrina de la “guerra preventiva”. Estados Unidos y su socio consideraban, de conformidad con informes que luego se han demostrado erróneos pero que en su momento no lo parecieron, que el régimen iraquí contaban con armas de destrucción masiva que, unidas a la naturaleza de su Gobierno y la personalidad de su máximo dirigente, constituía una clara amenaza para los Estados Unidos y otros Estados aliados y amigos de la región, por lo que eran conveniente eliminarlo¹⁵.

4. “POLÍTICOS” (O, COMO OTROS PREFIEREN DECIR, LA “PRÁCTICA”)...

La Comunidad internacional no parece dispuesta a aceptar lo que de más implica la doctrina de la guerra preventiva pero sí acaso lo menos. Con motivo del largo proceso de reforma de la Carta, el Informe del Secretario General de Naciones Unidas (2005) elaborado para su debate por los Jefes

¹⁴ Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América 2002, apartados III, párrafos 2º, 3º, 7º, 8º y 9º; V, párrafos 4º, 7º, 12º, 13º y 15º (utilizo para las citas la traducción extraoficial que de la misma llevó a cabo el Servicio de noticias gubernamental en español, en <http://usinfo.gov/espanol/terror/02093001.htm>). La revisión que de la misma se ha efectuado en marzo de 2006 mantiene la esencia (*The National Security Strategy of the United States of America*, March 2006, disponible en <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/2006>). Para un análisis comparativo entre ambas, BERMEJO GARCÍA, R.: “Guerra y paz (el palo y la zanahoria) en la nueva Estrategia de los Estados Unidos de marzo de 2006”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LVIII [2006], núm. 1, pp. 574-580).

¹⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, C. y GONZÁLEZ MARTÍN, A.: *El conflicto de Irak II*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria” (Universidad Carlos III de Madrid) y Escuela de Guerra del Ejército (Ministerio de Defensa), Madrid, 2006.

de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la misma en septiembre de 2005 en Nueva York, que a su vez se inspira en el Informe del llamado Grupo de Alto Nivel (2004) formado por 16 personalidades nombradas por el propio Secretario General, nos aporta pistas muy claras en este sentido¹⁶.

El Informe del Secretario General rechaza, como contraria a la legalidad vigente y sin mencionarla por su nombre, la doctrina de la guerra preventiva. En casos de amenazas latentes, explica el Sr. Koffi Annan, un Estado no puede decidir el uso unilateral de la fuerza armada; debe dirigirse al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y es éste el que podrá (o no) autorizarle incluso al uso preventivo de la fuerza si es necesario. El Informe pide al propio Consejo, y es un avance sobre la situación actual, que adopte una resolución en la que se especifique que sus miembros se comprometen a cumplirla llegado el caso, indicando los principios o criterios que habrían de guiarle a la hora de autorizar o no esos usos de la fuerza, a saber: sopesar la gravedad de la amenaza, el objetivo adecuado de la acción militar propuesta, si otros medios menos graves que el uso de la fuerza podrían conseguir probablemente detener la amenaza, si la opción militar es proporcional a la amenaza en cuestión, y si hay una posibilidad razonable de éxito¹⁷. El Informe del Secretario General sigue estrechamente respecto del tema apuntado el que adoptara un año antes el Grupo de Alto Nivel¹⁸, aunque éste es, empero, más amplio y explícito en algunos aspectos¹⁹.

El Secretario General de Naciones Unidas, sin embargo, siguiendo de nuevo la senda abierta por el Grupo de Alto Nivel²⁰, entiende y proclama que en virtud del artículo 51 de la Carta, los Estados pueden defenderse por la fuerza ante supuestos de inminencia de un ataque armado. La aceptación de una legítima defensa de algún modo preventiva, pues a la postre de esto se trata, es clarísima; como lo es la afirmación del Secretario General de que esta concepción venía siendo aceptada por el Derecho

¹⁶ El Informe del Secretario General se presentó a los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de Naciones Unidas en septiembre de 2005: *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General (A/59/2005)*, de 21 de marzo de 2005). El del llamado Grupo de Alto Nivel se adoptó un año antes: *Un mundo más seguro. La responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio (A/59/565)*, de 2 de diciembre de 2004.

¹⁷ *Un concepto más amplio...* (A/59/2005) cit. (nota 16), p. 37 (págs. 125-126).

¹⁸ *Un mundo más seguro...* A/59/565 cit. (nota 16), pp. 60-62 y 64-65 (párrafos 183-198 y 204-209).

¹⁹ Por ejemplo, tras entender que al debatir si el Consejo ha de autorizar o aprobar el uso de la fuerza militar debe tener en cuenta ciertos criterios básicos de legitimidad, precisa que éstos deberían quedar incorporados no sólo (como ocurre en el del Sr. Annan) en una resolución del Consejo sino también "en resoluciones (...) de la Asamblea General" y que estas resoluciones sean "declaratorias", añadiendo: "también creemos que sería útil que cada Estado miembro, sea o no miembro del Consejo de Seguridad, se adhiriera a ellos (*ibidem*, 65, párrafos 208-209).

²⁰ *Un mundo más seguro...* A/59/565 cit., 60-61, párrafos 188-192).

internacional desde hace muchos años²¹. Una y otra son sorprendentes para mí, salvo que Annan, al asumir una y otra, se mueva no tanto por referencia a la reacción armada defensiva frente a un ataque armado inexistente aun cuanto a un ataque que ya existe en la medida en que o se ha iniciado o cuenta, al menos, con todos los elementos necesarios para ser llevado a cabo.

La legalidad de la legítima defensa preventiva ante ataques armados aún no producidos pero inminentes es la cuestión hoy, el problema clave de nuestros días. Con discreción el propio Secretario General encargó al Gobierno suizo la elaboración de un informe sobre la eventual modificación del artículo 51 para hacerle decir con claridad esta nueva verdad; hace ya meses que ese Gobierno transmitió el mensaje de que no es conveniente por el momento enmendar en ese sentido el mencionado precepto. En el seno del Instituto de Derecho Internacional (IDI), asociación científica privada, de la que forman parte muchos internacionalistas de prestigio, se ha formado un Grupo de Trabajo sobre este problema; parece que el grupo está dividido sobre la conveniencia de aceptar formalmente el concepto de la legítima defensa preventiva en el sentido que hemos apuntado.

Personalmente considero que la existencia de un ataque armado es *conditio sine qua non* de una defensa legítima y creo además, como después veremos, que ésta es la tesis que aflora de la jurisprudencia internacional contemporánea. Lo cual no impide considerar que desde un enfoque razonablemente realista de las cosas, ataque armado hay desde el momento en que éste “se lanza” o “se desencadena” y aun acaso, pisando la línea roja ya o caminando ya en el mismísimo filo de la navaja, desde el momento mismo en que el agresor ha tomado todas las medidas necesarias que hagan que aquél sea posible... Quiero creer que es en este sentido en el que el Grupo de Alto Nivel en su Informe (2004) y en particular y sobre todo (dado su cargo) el Secretario General de Naciones Unidas en el suyo (2005) han mantenido que la respuesta armada ante amenazas “inminentes” están cubiertas por el artículo 51 de la Carta.

Si aceptamos esta interpretación (que viniendo de quien viene es difícil no hacer) y porque tú y yo, amigo lector, nos entendamos, podríamos decir no sólo que, por hipótesis, Estados Unidos hubiera podido invocar la legítima defensa para atacar a la flota japonesa cuando navegaba aún hacia Pearl Harbour (1941) sino también que, en la Guerra de los Seis Días (1967),

²¹ “Las amenazas inminentes están plenamente previstas en el artículo 51, que salvaguarda el derecho inherente de los Estados soberanos a defenderse de un ataque armado. Los juristas han reconocido hace tiempo que esto abarca tanto un ataque inminente como un ataque ya ocurrido” *Un concepto más amplio...A/59/2005 cit.*, 37 (párrafo 124). Parece detectarse una cierta incoherencia que al defenderla por parte del Secretario General con otros pasajes de su mismo Informe, en los que se reconocen las discrepancias habidas a lo largo de los años sobre la legalidad de la legítima defensa preventiva (*Ibidem*, 36, párrafo 122).

Israel cuando destruyó en los aeropuertos de Egipto, Siria, Jordania, El Líbano y Arabia Saudí la aviación árabe que allí se encontraba estacionada para proceder a un ataque sobre Israel lo hizo legítimamente...

Pero ésta es la altura máxima a la que el Derecho internacional vigente permite saltar. Las amenazas que el terrorismo, por la naturaleza de sus ataques plantea, el poder destructor que las armas empleadas (por quien da primero) alcanzan y, en fin, la contumacia de algunos Gobiernos en su ayuda al terrorismo internacional son factores que añaden un dulce terrón de azúcar al bebedizo que nos hará aceptar como tolerable en estos tiempos de zozobra una legítima defensa así entendida.

Con base, entre otros, en el texto adoptado por el Grupo de Alto Nivel²², el Secretario General en el Informe que sometiera a la consideración de los Jefes de Estado y de Gobierno (septiembre de 2005) en Nueva York, asume la existencia de una obligación de proteger a cargo en primer lugar de los propios Estados respecto de su población pero, si estos no pueden o no quieren, esa responsabilidad recae sobre la comunidad internacional, que deberá emplear toda medida coercitiva que resulte necesaria incluso, en su caso, el uso de la fuerza armada. Es verdad también que el Secretario General conecta dicha obligación con la intervención del Consejo de Seguridad, proponiendo una idea planteada ya doctrinalmente al recomendar que éste apruebe una resolución, una especie de "doctrina", en la que exponga en qué condiciones y con qué parámetros el Consejo debe autorizar el uso de

²² El Grupo de Alto Nivel acepta palmariamente que la comunidad internacional no puede ya permanecer impasible ante catástrofes humanitarias del tipo de las que se han venido produciendo en los últimos años, admitiendo que "existe un reconocimiento cada vez mayor de... 'la obligación de proteger' [de] todos los Estados cuando se trata de seres humanos que sufren una catástrofe que se puede evitar, ya se trate de homicidios o violaciones en masa, de la depuración étnica mediante el terror y la expulsión por la fuerza, de matarlos deliberadamente de hambre o de exponerlos a enfermedades". Y considerando que "está cada vez más aceptado por otra parte que si bien incumbe a los gobiernos soberanos la responsabilidad primordial de proteger a sus propios ciudadanos de catástrofes de esa índole, cuando no pueden o no quieren hacerlo es la comunidad internacional en general la que debe asumir esa responsabilidad, que comprende un proceso que va de la prevención y la respuesta a la violencia de ser necesaria a la reconstrucción de sociedades devastadas. Lo primordial debe ser ayudar a que se ponga término a la violencia, sea por conducto de la mediación o de otro mecanismo, y proteger a la población con medidas tales como el envío de misiones humanitarias, de derechos humanos o de policía". Por lo que "la fuerza, si hay que usarla, debe constituir un último recurso". Es verdad que el Grupo conecta "la norma que se está imponiendo en el sentido de que existe una responsabilidad internacional colectiva de proteger (...)", con su ejecución por un órgano determinado (es "el Consejo de Seguridad [el que] puede ejercer[la] autorizando la intervención militar como último recurso en caso de genocidio y otras matanzas en gran escala, de depuración étnica o de graves infracciones del derecho internacional humanitario que un gobierno soberano no haya podido o no haya querido prevenir"), señalando además los criterios de legitimidad que el Consejo debe evaluar a la hora de conceder o no la autorización requerida (*Un mundo más seguro... (A/59/565)* cit. [nota 16], pp. 63-64, párrafos 201, 203, 207).

la fuerza armada para impedir, por ejemplo, la comisión de un genocidio, la depuración étnica u otros crímenes similares de lesa humanidad (...) ²³.

Pero, nos preguntamos, ¿y si el Consejo de Seguridad solo interviene tarde, mal y parcialmente, como, por poner un ejemplo de rabiosa actualidad, en Darfur (Sudán) ²⁴ o lo que es peor, y hay también ejemplos sangrantes en la mente de todos, simplemente no actúa?; porque se observará que el Informe del Secretario General no menciona para nada en contexto tal la eliminación o la restricción del derecho de veto (...); ni siquiera recoge lo que en todo caso tampoco se trataría de “eliminación” o “restricción” del veto, la “petición” que sobre éste formulara el Grupo de Alto Nivel “a los miembros permanentes [de] que, a título individual, se comprometan a abstenerse de utilizar el veto en casos de genocidio y abusos en gran escala de los derechos humanos”; ni tampoco su propuesta “de que se instituya un sistema de ‘veto indicativo’ en virtud del cual los miembros del Consejo de Seguridad podrían pedir una indicación pública de las posturas respecto de una decisión que se propusiera” ²⁵.

¿Por qué si existe una “obligación internacional de proteger” no se ha ido más allá y se ha sido más claro? Puesto que existe una “obligación internacional de proteger”, ¿no hubiera sido conveniente que el Grupo de Alto Nivel y, sobre todo, el Secretario General hubieran concretado en sus propuestas esta «obligación» que reconocen?

A la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Es-

²³ *Un concepto más amplio...A/59/2005* cit., párrafos 122-125, 135 (pp. 36-37, 39 y párrafo 7, letra b) del Anexo (“Decisiones propuestas a los Jefes de Estado y de Gobierno”, p. 65).

²⁴ CERVELL HORTAL, M^a. J.: “Darfour, otra crisis olvidada”, *Revista Española de Derecho Inteuernacional*, LVI (2004), 1046-1051; BERMEJO GARCÍA, R. y POZO SERRANO, P.: “La Communauté internationale face à la crise du Darfour: de l'échec dans la prévention à la responsabilité de réagir”, *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2007, 93-127 (p. 117 ss.).

²⁵ *Un mundo más seguro...A/59/565* cit., 77, párrafos 256-257; en su reciente Curso de la Haya, un internacionalista hindú propone una reforma del Consejo de Seguridad en 13 puntos, el sexto de los cuales dice así: “los miembros permanentes del Consejo no deben usar su poder de veto si dos tercios del Consejo se manifiesta a favor de intervenir en nombre de Naciones Unidas” (MANI, V.S.: “‘Humanitarian’ intervention today”, *Recueil des Cours*, 313 [(2005), págs. 9-324, pág. 310]. No desconocemos, claro, que no hay voluntad política alguna de acometer reformas en este punto, como en el Informe del Secretario General se demuestra: Ni al tratar del uso de la fuerza ni cuando aborda la reforma del Consejo de Seguridad se altera en lo más mínimo la regulación actual del derecho de veto; y aún habrá quien piense que debemos alegrarnos de poder llorar sólo por un ojo, pues en ninguno de los dos “modelos” (el A y el B) que en dicho Informe se proponen sobre la reforma de la composición del Consejo de Seguridad se conceden nuevos derechos de veto (*Un concepto más amplio... A/59/2005* cit., 36-37 y 39 [párrafos 122-126, 135], 65 [7.b del Anexo 2]; y 47-48 [párrafos 167-170], 67 [párrafo 8 letra c del Anexo 2]).

tados, establecida junto con diversas fundaciones por el Gobierno de Canadá en septiembre de 2000, le fue encargada la elaboración de un informe que pudiera servir al Secretario General, y en su caso a las Partes interesadas, a encontrar una solución viable y práctica en los casos en los que en un determinado país tuvieran lugar atentados gravísimos contra el ser humano. Se trataba de una comisión de expertos en operaciones de gestión de crisis, de mantenimiento de la paz, en Derecho internacional humanitario, antiguos Jefes de Estado o personalidades de la diplomacia y la política; de una comisión plural, pues sus doce miembros proceden de todos los continentes y tienen la nacionalidad de todos los Mundos, desde el Primero al Tercero²⁶.

En el Informe presentado por la Comisión en diciembre de 2001, el grupo formula recomendaciones tanto a la Asamblea General como al Consejo de Seguridad, exhortando a este último en particular a que sus miembros

“consideren la posibilidad de alcanzar un acuerdo, y lo intenten, respecto de un conjunto de directrices que abarquen los ‘Principios de intervención militar’..., y se rijan por ellas al responder a las peticiones de intervención militar con fines de protección humana”.

En síntesis, los Principios para la intervención militar propuestos por la CIISE son: en supuestos en que en un Estado dolosa, negligentemente o por colapso de sus instituciones se produzcan “grandes pérdidas de vidas humanas” o “depuración étnica a gran escala”, el Consejo debe autorizar a los Estados que estén dispuestos a llevar a cabo una intervención militar con fines de protección humana a hacerlo, tras un examen sin demora de la situación. A tal fin, la Comisión insta a los miembros permanentes del Consejo a:

“alcanzar un acuerdo, y lo intenten, para abstenerse de utilizar su derecho de veto, en asuntos que no comprometan sus intereses nacionales, para obstaculizar la aprobación de resoluciones que autoricen una intervención militar con fines de protección humana, y que cuenten con el apoyo mayoritario”.

El Informe (2001) tiene en cuenta, lo que ni el del Grupo de Alto Nivel (2004) ni el del Secretario General (2005) hacen, la posibilidad de que el Consejo de Seguridad no se comporte según lo previsto, o no lo haga en un

²⁶ *La responsabilidad de proteger. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. Diciembre de 2001.* Este puede consultarse en inglés y en español en www.iciss-ciise.gc.ca; dicha fue después sustituida (<http://www.dfait-maci.gc.ca/iciss-ciise/report-en.asp>; también en <http://www.iciss.ca/pdf/Spanish-report.pdf>). El informe fue presentado antes y debatido en el Consejo de Seguridad: Leonetti, A.J. : “Organisation des Nations Unies, 1) Conseil de Sécurité: débat sur la responsabilité de protéger, 10/11 mai 2002”, *Revue Générale de Droit International Public*, 106 [2002], núm. 3, pp. 672 ss., en pp. 672-673).

tiempo razonable, caso en el cual la Comisión considera que hay dos posibles alternativas: una, acudir a la resolución 377 (V), de 3 de noviembre de 1950, por la que la Asamblea General es facultada para, en caso de parálisis del Consejo de Seguridad, dirigir a sus miembros recomendaciones para la adopción de medidas colectivas, incluso el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario²⁷; y otra que una Organización regional o subregional actúe en el marco de su jurisdicción y “posteriormente” solicite la autorización del Consejo. Repárese en que este grupo de expertos acepta, en caso de bloqueo del Sistema, una intervención armada de humanidad llevada a cabo por una Organización internacional sin autorización previa del Consejo...²⁸.

5. VERSUS “JUECES”

No será fácil una reforma, en su caso, del mencionado artículo 51 de la Carta, pues los Jueces, los jueces internacionales, se resisten a aceptar esta tendencia moderna que implica una atenuación del principio que prohíbe a los Estados el uso de la fuerza armada para resolver sus conflictos. La actitud reticente de la jurisprudencia internacional frente a la práctica estatal en formación que hemos comentado puede vertebrarse con el comentario de dos manifestaciones fundamentales.

Una, la Corte Internacional de Justicia viene manteniendo una concepción estricta y restrictiva de la legítima defensa a la que se refiere el artículo 51 de la Carta. Así, este Tribunal ha considerado que la legítima defensa sólo es posible como respuesta a un ataque armado genuino, a una agresión armada y no ante comportamientos de un Estado que aun siendo en violación de la norma que prohíbe el uso de la fuerza no pueden calificarse de tal:

- En su sentencia de 27 de junio de 1986, en el asunto de la actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), la Corte consideró que cuando un Estado ayuda a grupos armados que luchan en otro mediante el suministro de armas y la concesión de apoyo logístico o de refugio en su territorio, dicho país incumple la prohibición del uso de la fuerza pero su conducta no equivale a un ataque armado por lo que el Estado que podríamos llamar víctima no puede esgrimir la figura de la legítima defensa individual o colectiva²⁹.

²⁷ Resolución 377 (V), “Unión pro paz”, A, párrafo 1.

²⁸ «Sinopsis: La responsabilidad de proteger: Principios para la intervención militar», 3.E (*La responsabilidad de proteger...* cit.; y párrafos 6.35 y 6.36 a 6.40 del capítulo 6 (La cuestión de la autoridad), *La responsabilidad...* cit., p. 59.

²⁹ “Dadas las circunstancias en las que ha nacido la controversia, el derecho de legítima defensa sólo se plantea en este caso en el marco de una agresión armada en curso y no se refiere a la cuestión de la licitud de una reacción ante la amenaza inminente de una agresión armada. La Corte no se pronunciará sobre este tema” (sentencia de 27 de junio de 1986, párrafo 194, *CIJ Recueil 1986*, 103).

- En su sentencia de 6 de noviembre de 2003, en el asunto de las plataformas petrolíferas (Irán c. Estados Unidos), la Corte afirmó que el envío de un misil aislado contra un buque mercante con pabellón de los Estados Unidos por Irán, disparos aislados contra helicópteros estadounidenses por lanchas patrulleras iraníes, o el choque con una mina de un destructor americano no constituían un ataque armado que permitiera a los Estados invocar el derecho de legítima defensa contra Irán y arrasar, como ocurrió, varios complejos petrolíferos iraníes desde los que, afirmaron los representantes de los Estados Unidos, los ataques se habían producido³⁰.

- Y finalmente, en su sentencia de 19 de diciembre de 2005, en el asunto de las actividades armadas en territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda), el Tribunal consideró que Uganda no podía ampararse en el derecho de legítima defensa contra Estados, como Sudán, que habían suministrado transporte aéreo a grupos armados congoleños y les habían entregado armas, pues estos actos no son un ataque armado³¹.

Aunque la Corte en ninguna de las sentencias citadas *expressis verbis* se pronuncia por la legalidad de la legítima defensa preventiva, tanto de la rigurosa interpretación que de esta figura hace, como de los términos que utiliza parece deducirse que la misma no es favorable a la legalidad de reaccionar por la fuerza con apoyo en este concepto si un ataque armado no se ha producido; en particular esto es así, a mi entender, en su decisión en el asunto sobre las actividades armadas en el territorio del Congo que enfrentó a este país con Uganda³².

Así las cosas, la interpretación que subyace en la jurisprudencia internacional contemporánea parece contraria a admitir la legalidad de una legítima defensa ante un ataque armado que sólo lo sea en potencia, por

³⁰ “En consecuencia [dice la Corte], para establecer que tenían derecho a atacar a las plataformas iraníes en el ejercicio del derecho de legítima defensa individual, los Estados Unidos deben demostrar *que han sido ya atacados* y que Irán era el responsable de tales ataques, y que estos eran de *tal naturaleza que hubieran podido calificarse de ‘agresión armada’ tanto en el sentido del artículo 51 de la Carta como según el Derecho consuetudinario sobre el uso de la fuerza*” (sentencia de 6 de noviembre de 2003, párrafo 51) (la cursiva es añadida).

³¹ Sentencia de 19 de diciembre de 2005, párrafo 127.

³² Y es que aunque también en él precisa la Corte que no habiéndose argumentado por las partes no se ocupará de la legítima defensa preventiva, crea una atmósfera de cierta ambigüedad cuando (en un contexto de rechazo de la válida invocación por Uganda del artículo 51 de la Carta) sostiene que las motivaciones de dicho Estado para acudir a la fuerza eran fundamentalmente de naturaleza “preventiva” (párrafos 143-148 y 112-113). *Vid.* al respecto GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a.J.: “La prohibición del uso de la fuerza en la sentencia de la CIJ de 19 de diciembre de 2005 (asunto sobre las actividades armadas en territorio del Congo (RDC c. Uganda)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LVIII (2006), núm. 1, 239-256 (pp. 249-250).

cercana que ésta sea, lo que parece excluir su invocación ante un ataque “inminente” pero aún no producido...No obstante lo cual, nada sabemos de qué piensa la Corte sobre el “momento crítico” a partir del cual pueda entenderse que un ataque armado existe ya ... Y es este un concepto, como sabemos, que puede admitir concepciones más o menos “preventivas”...

Y dos, el TPIY, en el asunto Tadic (1999) y en otros, ha contribuido a esta posición de la jurisprudencia internacional que quiere mantener en los términos más rigurosos posibles la prohibición del uso de la fuerza armada, de una manera diferente: ese tribunal ha entendido que los Estados son los responsables de los actos armados que grupos o bandas irregulares sobre los que el Estado ejerce un control general cometan, un control:

“(...) que vaya más allá de su simple equipamiento y financiación y entrañe además una coordinación o ayuda en la planificación de su actividad militar (...). No es, empero, necesario que, además, el Estado imparta, ya al jefe ya a los miembros del grupo, instrucciones para la comisión de actos específicos contrarios al Derecho internacional”³³.

Así pudo imputar a la antigua Yugoslavia, Serbia hoy, los comportamientos de las fuerzas armadas proserbias de Bosnia que dirigía el acusado y de este modo pudo condenarle por la comisión de crímenes de guerra de conformidad con el Estatuto del TPIY adoptado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en su resolución 827 (1993), de 25 de mayo³⁴.

Lamentablemente otro tribunal internacional, la CIJ ha optado por una teoría distinta que hace más difícil imputar a un Estado los actos armados cometidos por grupos o fuerzas irregulares, reduciéndose así la posibilidad de que los Estados sean declarados responsables por violar la prohibición y facilitándoles así de algún modo el que puedan burlar ésta:

- Ya en el asunto sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1986), la Corte solo declaró a Estados Unidos responsable de los actos armados cometidos por las fuerzas de la contra cuando en el momento de ser cometidos el Gobierno de los Estados Unidos controlaba de manera efectiva a dichos grupos³⁵.

- Jurisprudencia en la que, conociendo ya la tesis del TPIY, ha insistido, pues en su sentencia de 26 de febrero de 2007, en el caso de la aplicación del Convenio sobre genocidio (Bosnia c. Serbia), la Corte consideró que las fuerzas armadas pro-serbias en Bosnia cometieron un genocidio en la ciudad de Srebrenica en julio de 1995 por la matanza de miles de bosnios, pero no que este crimen pudiera serle imputado a Serbia pues

³³ Sentencia de 15 de julio de 1999, párrafo 131 (*The International Legal Materials*, XXXVIII [1999], págs. 1544 ss.).

³⁴ BOE de 24 de noviembre de 1993.

³⁵ Sentencia de 27 de junio de 1986, *CIJ Recueil 1986*, 62, 64-65 y 48, 50-51 (respectivamente párrafos 109, 115 y 80, 86).

este país aunque controlaba de manera general dichos grupos armados no ejercía sobre ellos un control efectivo cuando llevaron a cabo el genocidio³⁶.

Por lo demás, y en cuanto a la obligación internacional de proteger, la concepción restrictiva que respecto de la norma que prohíbe el uso de la fuerza y sus excepciones se desprende de su jurisprudencia, parece jugar en contra de lo que dicha obligación implicaría de querer darle un efecto útil, al menos en tanto en cuanto la Corte no se pronuncie explícitamente a su favor, lo que desde luego no ha sido hasta el momento el caso.

6. Y FIN

Chi sará sará sin duda. Pero en todo caso debe resaltarse que en el supuesto en que la legítima defensa se permita jurídicamente como una respuesta válida ante un ataque armado inminente, el Estado que la invoca lo hace a su propio riesgo y en todo caso el concepto sólo es aplicable al supuesto de inminencia de una verdadera e inequívoca agresión armada pero no antes el peligro de un uso inminente pero menor de la fuerza.

Y si hablamos de la obligación internacional de proteger también requisitos hay, por supuesto, que condicionarían si y cómo el uso de la fuerza armada es posible.

³⁶ Sí condena a Yugoslavia por haber incumplido la obligación establecida por el Convenio sobre el genocidio de 1948 (artículo 1) de prevenir y/o reprimir los actos de genocidio cometidos por otros en Srebrenica (sentencia de 26 de febrero de 2007, párrafos 377-415 y 425 ss.).

BLANCA

**LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO “PESCA RESPONSABLE”:
UN PROCESO DE EVOLUCIÓN PERMANENTE***

*THE APPLICATION OF THE CONCEPT “RESPONSIBLE FISHING”: A
PROCESS OF PERMANENT EVOLUTION*

*Eva María Vázquez Gómez***

RESUMEN

El presente trabajo estudia las medidas jurídicas aplicables a la alarmante situación de sobreexplotación, menoscabo y agotamiento de los recursos vivos marinos, en base a nuevos principios, criterios, enfoques o conceptos rectores destinados a desarrollar el concepto de “pesca responsable” y garantizar su efectiva aplicación.

PALABRAS-CLAVE

Pesca responsable - principios - evolución.

ABSTRACT

The present work studies the legal measures applicable to the alarming situation of over-exploitation, reduction and exhaustion of the marine living resources, on the basis of new principles, governing criteria, approaches or concepts destined to develop the concept of “responsible fishing” and to guarantee its effective application.

KEY WORDS

Responsible fishing - principles – evolution.

SUMARIO

Introducción. 1. El concepto de “pesca responsable”. 2. El enfoque de ecosistemas en la pesca. 3. El principio de precaución. 4. El principio de compatibilidad. 5. La cooperación institucionalizada como mecanismo de aplicación del concepto “pesca responsable”. Conclusión.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2005-04614/JURI *Los intereses de España y de la Unión Europea y los desarrollos recientes y pendientes en el Derecho Internacional del Mar*. Ministerio de Educación y Ciencia. España.

** Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Vicedecana de Estudiantes y Programas de Intercambio de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba-España. Miembro Correspondiente de la AADI.

INTRODUCCIÓN

En tanto Derecho de la sociedad internacional contemporánea, caracterizada por su alcance mundial, su división, heterogeneidad y dinamismo, el Derecho Internacional está condicionado especialmente por este último rasgo. Tal y como afirmara la Corte Internacional de Justicia en su *Dictamen sobre el asunto de Namibia*, las normas del ordenamiento jurídico internacional deben ser interpretadas y aplicadas “en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación”¹.

En el Derecho del mar, y más concretamente en el orden internacional de la pesca marítima, la incapacidad de dar solución a la alarmante situación de sobreexplotación, menoscabo y agotamiento de los recursos marinos vivos, ha hecho que en relativamente poco tiempo surjan nuevos principios, criterios, enfoques o conceptos rectores destinados a desarrollar el concepto de “pesca responsable” que garantice su aplicación efectiva. En la actualidad, junto al ya consolidado principio de precaución, surge con fuerza el denominado *enfoque de ecosistemas en la pesca*; enfoque sustentado sobre criterios o conceptos recogidos en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en el Acuerdo de 1995 sobre especies transzonales y altamente migratorias (en adelante, Acuerdo de 1995)², así como en otros muchos instrumentos o documentos, vinculantes o no, va camino, en mi opinión, de convertirse en el “principio-madre” del orden internacional pesquero.

1. EL CONCEPTO DE “PESCA RESPONSABLE”

En el 19º período de sesiones del Comité de Pesca (COFI) de la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) celebrado en 1991, se hizo un llamamiento para establecer un nuevo acuerdo internacional con el fin de velar por el desarrollo sostenible de la pesca para las generaciones actuales y futuras, tomando como base el concepto de pesca responsable. De este modo, en mayo de 1992, la Conferencia Internacional sobre Pesca Responsable organizada por México en colaboración con la FAO, aprobó la Declaración de Cancún³ en la que, sobre la base del Capítulo 17 de la Agenda 21, se estableció que el concepto de pesca responsable abarcaba “la utilización sostenible de los recursos pesqueros de manera armónica con el medio ambiente; el uso de prácticas de captura y acuicultura que no dañen los ecosistemas, los recursos o su

¹ C.I.J., *Recueil 1971*, p.16, § 31.

² Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, *Doc. UN. A/CONF.164/37 de 8 de septiembre de 1995*.

³ FAO, *Declaration of the International Conference on Responsible Fishing*, Cancún, México, 6-8 may 1992, *cofi/93/Inf. 7*, Dec. 1992.

calidad; la incorporación del valor añadido a dichos productos por medio de procesos de transformación que cumplan las normas sanitarias exigidas; el uso de prácticas comerciales de manera que el consumidor tenga acceso a productos de buena calidad”⁴.

No obstante, la Conferencia Internacional sobre Pesca Responsable no se limitó a desarrollar este concepto, sino que además se expresó que debía ir acompañado de un conjunto de medidas, principios o conceptos generales que posibiliten una ordenación eficaz y responsable de la pesca que aseguren su desarrollo sostenible. En esta dirección, en la Declaración de Cancún se solicitó a la FAO la redacción de un Código Internacional de Conducta para la Pesca Responsable destinado a la aplicación efectiva del concepto “pesca responsable”. Esta solicitud fue sometida al examen del Consejo de la FAO en su 102^o período de sesiones de noviembre de 1992, momento en el que puede decirse que se inicia el proceso de elaboración del Código de Conducta⁵.

Tras dos años de negociaciones y como resultado de cinco encuentros que tomaron la forma de consultas técnicas, el 31 de octubre de 1995 en el seno de la 28^a sesión de la Conferencia de la FAO se adoptó por consenso el Código de Conducta para la Pesca Responsable (en adelante, Código de Conducta)⁶, tomando como base para su configuración la Declaración de Cancún, la Estrategia aprobada por la Conferencia Mundial de la FAO sobre ordenación y desarrollo pesqueros de 1984, la Declaración de Río de Janeiro, la Agenda 21, la Consulta Técnica sobre la pesca en alta mar de 1992, así como lo acontecido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces transzonales y las especies altamente migratorias.

El Código de Conducta es un instrumento de carácter voluntario; no obstante, debe ser tenido en cuenta que son muchas las partes de este Código que están basadas en normas pertinentes del Derecho Internacional; es más, en su artículo 1.1 se señala que a ciertas disposiciones ya se le han conferido efectos vinculantes por medio de otros instrumentos jurídicos obligatorios, como es el caso del Acuerdo para Promover el Cumplimiento de las Medidas Internacionales de Conservación y Ordenación por los buques pesqueros que pescan en Alta Mar de 1993⁷.

En cualquier caso, este Código constituye la más clara y completa expresión de los principios que regulan la conservación, la ordenación y el

⁴ Preámbulo de la Declaración de Cancún.

⁵ Para una concisa pero clara y completa visión de los antecedentes del Código de Conducta, véase, GARCÍA, S.M., COCHRANE, K., VAN SANTEN, G. y CHRISTIE, F.: “Towards sustainable fisheries: a strategy for FAO and the World Bank”, en *Ocean & Coastal Management*, vol. 42, 1999, pp. 384 y 385.

⁶ El Código de Conducta ha sido publicado por la propia FAO: *Código de Conducta para la Pesca Responsable*, FAO, Roma, 1995, 46 pp.

⁷ Sobre este particular, *vid.* MOORE, G.: “The Code of Conduct for Responsible Fisheries”, en HEY, E. (Edit.): *Developments in International Fisheries Law*, The Netherlands, 1999, p. 90 y 91.

desarrollo de todas las pesquerías ya sea en aguas bajo jurisdicción nacional, ya sea en aguas de alta mar. Este Código trata de albergar a un mismo tiempo todos los aspectos pesqueros, llegando a interrelacionar o identificar la conservación y administración pesquera con las políticas comerciales y el uso sostenible de la biodiversidad marina, en la misma línea que la Agenda 21⁸. Si contemplamos los artículos 1.2 y 1.3 del Código de Conducta podremos observar que no únicamente es un instrumento que se aplica a los Estados, sean o no miembros de la FAO, y a las organizaciones internacionales de pesca interesadas, sino también a las personas físicas que formen parte de alguna manera del proceso de manipulación del pescado hasta llegar al consumidor. Posiblemente, la razón última de no haberle dotado del carácter obligatorio que hubiera merecido, se encuentre en la complejidad de su ámbito de aplicación al tratar de reunir, repetimos, todos los aspectos pesqueros.

2. EL ENFOQUE DE ECOSISTEMAS EN LA PESCA

La confluencia de diversos factores en la degradación del ecosistema imposibilitando un uso sostenible de los recursos pesqueros, ha provocado que se comience a cuestionar la posible regulación o gestión íntegra del ecosistema. La pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, la sobrecapitalización, el tamaño excesivo de las flotas, el cambio de pabellón de los buques para eludir los controles, el uso de artes insuficientemente selectivas, las bases de datos imprecisas, la falta de cooperación suficiente, el uso excesivo de la capacidad pesquera local, las incursiones no autorizadas de flotas extranjeras en violación de los derechos soberanos de los Estados ribereños, la infravaloración de las capturas, el exceso de desechos y de capturas accidentales, entre otros muchos factores, en lugar de ir desapareciendo a la luz de los nuevos instrumentos internacionales han ido aumentando hasta un punto impensable no hace mucho.

Dada la envergadura del Código de Conducta, todos sus principios, criterios o enfoques necesitaban ser analizados y desarrollados con mayor detalle, por lo que durante los trabajos preparatorios del Código se acordó que la FAO elaboraría una serie de orientaciones técnicas para la pesca responsable⁹. En la década de los noventa son numerosas las orientaciones

⁸ Vid. HEY, E.: "Global Fisheries Regulations in the First Half of the 1990's", en *JMCL*, vol. 11, n.º 4, 1996, p.483.

⁹ *Operaciones de pesca*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n.º 1, FAO, Roma, 1996; *Enfoque precautorio para la pesca de captura y las introducciones de especies*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n.º 2, FAO, Roma, 1996; *Integración de la pesca en la ordenación de la zona costera*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n.º 3, FAO, Roma, 1996; *Ordenación pesquera*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n.º 4, FAO, Roma, 1997; *Desarrollo de la acuicultura*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n.º 5, FAO, Roma, 1997; *La pesca continental*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n.º 6, FAO, Roma, 1997;

elaboradas por la FAO. Sin embargo, la aplicación efectiva del concepto “pesca responsable” distaba mucho de lo deseado por, entre otras, las razones señaladas más arriba, comenzando a principios de este nuevo milenio un desarrollo de los principios que, recogidos en el Código de Conducta y relativos a la conservación y ordenación de la pesca marítima, no hubieran sido aún analizados. Principios como el de precaución o el de compatibilidad requieren ser apoyados y completados.

Así las cosas, la *Conferencia de Reykjavik sobre la Pesca Responsable en el ecosistema marino* de 2001¹⁰, destinada “a reunir y examinar los mejores conocimientos disponibles sobre las cuestiones relativas al ecosistema marino, a fin de conocer la manera de incluir los aspectos relativos al ecosistema en la ordenación de la pesca de captura y determinar las dificultades futuras y las estrategias correspondientes”¹¹, pidió a la FAO la elaboración de unas “directrices técnicas sobre las mejores prácticas con respecto a la introducción de consideraciones relativas al ecosistema en la ordenación de la pesca”¹². Por su parte, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002 celebrada en Johannesburgo se decidió “elaborar y facilitar el uso de diversos enfoques e instrumentos, incluido el enfoque basado en el ecosistema, la eliminación de prácticas de pesca destructivas, el establecimiento de zonas marinas protegidas y la integración de la ordenación de las zonas marinas y costeras en los sectores fundamentales”¹³.

Utilización responsable del pescado, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n° 7, FAO, Roma, 1998; *Indicadores para el desarrollo sostenible de la pesca de captura marina*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n° 8, FAO, Roma, 2000; *La ordenación pesquera. 1. Conservación y ordenación del tiburón*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n° 4 Supl. 1, FAO, Roma, 2001; *Aplicación del Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n° 9, FAO, Roma, 2002; *Operaciones pesqueras. 1. Sistemas de localización de buques vía satélite*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n° 1 Supl.1, FAO, Roma, 2003; *Aumento de la contribución de la pesca en pequeña escala a la mitigación de la pobreza y a la seguridad alimentaria*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n° 10, FAO, Roma, 2006; *Aquaculture development 2. Health management for responsible movement of live aquatic animals*, FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n° 5 Supl. 2, FAO, Roma, 2007. Véase, GARCÍA, S.M., STAPLES, D.J. y CHESSON, J.: “The FAO guidelines for the development and use of indicators for sustainable development of marine capture fisheries and an Australian example of their application”, en *Ocean & Coastal Management*, vol. 43, 2000, pp. 537-556.

¹⁰ Conferencia de la FAO, 31º período de sesiones, Roma, 2-13 de noviembre de 2001, Conferencia de Reykjavik sobre la pesca responsable en el ecosistema marino, C 2001/INF/25.

¹¹ *Ibidem*, § 2.

¹² *Ibidem*, § 10.

¹³ Naciones Unidas. Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002: A/CONF.199/20

Un año más tarde, la FAO elaboró la orientación técnica relativa al enfoque de ecosistemas en la pesca¹⁴, destinada a asegurar el desarrollo sostenible de la pesca y, concretamente, a contribuir a una aplicación eficaz del concepto “pesca responsable”, ya que, como se afirma en el documento de la FAO, “(e)n teoría, todos los aspectos de la pesca responsable recogidos en el Código pueden ser abordados a través del enfoque de ecosistemas en la pesca”¹⁵. Dicho en otras palabras, este enfoque es una manera de aplicar los conceptos del desarrollo sostenible a las actividades pesqueras, por lo que muchos de los principios y enfoques recogidos en el Código de Conducta para una ordenación eficaz y responsable de la pesca están íntimamente vinculados con el enfoque de ecosistemas¹⁶. En virtud del Anexo 2 de estas orientaciones técnicas, los principios o requisitos sobre los que se apoya el enfoque de ecosistemas y, por tanto, en lo que asimismo debe sustentarse el concepto de “pesca responsable” son: evitar la pesca excesiva; asegurar la reversibilidad y la reconstrucción; minimizar los efectos de la pesca; aplicar el principio de unidad biológica (la interdependencia de las poblaciones de peces); asegurar la compatibilidad de las medidas de ordenación y conservación adoptadas en alta mar y en aguas bajo jurisdicción nacional; aplicar el enfoque precautorio; mejorar el bienestar de los seres humanos y la equidad entre ellos; asignar los derechos de usuario (los usuarios autorizados a pescar deberán pagar por el privilegio exclusivo que se les otorga en el uso de un recurso público); promover la integración sectorial; ampliar la participación de las partes interesadas; y, mantener la integridad de los ecosistemas¹⁷.

De esta manera, los principios relativos al enfoque de ecosistemas en la pesca están incorporados en diferentes instrumentos jurídicos vigentes¹⁸, así como en documentos adoptados en diferentes conferencias internacionales de la materia: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, en la que se abordaron los aspectos esenciales de los ecosistemas; la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (la Convención), en cuyo artículo 61 se dispone que las medidas de conservación de los recursos adoptadas por el Estado ribereño en su zona económica exclusiva tendrán, entre otras, la finalidad de preservar o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes; el informe presentado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1987, donde se define el desarrollo sostenible como “el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”; la Conferencia de las Naciones Unidas

¹⁴ FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable: *La Ordenación Pesquera. El enfoque de ecosistemas en la pesca*, n.º 4, supl. 2, 2003.

¹⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹⁶ *Ibidem*, p. 5.

¹⁷ *Ibidem*, p. 101 y ss.

sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y el Programa 21; el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992; el Acuerdo sobre especies transzonales y altamente migratorias de 1995; por supuesto, el citado Código de Conducta, también de 1995; la Declaración de Reykiavik de 2001; y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002.

En cualquier caso, en el objetivo y en la definición recogidos en la orientación técnica de la FAO se refleja con claridad que el enfoque de ecosistemas en la pesca es un medio para aplicar conceptos de desarrollo sostenible y, concretamente, el concepto de “pesca responsable”. En este sentido, el objetivo del enfoque de ecosistemas en la pesca, en virtud de estas directrices, es “planificar, desarrollar y ordenar la pesca de modo que satisfaga las múltiples necesidades y deseos de las sociedades, sin poner en riesgo la posibilidad de que las generaciones futuras se beneficien de la amplia gama de bienes y servicios que pueden obtenerse de los ecosistemas marinos”¹⁹. Sobre esta base, la FAO adopta la siguiente definición: *mediante el enfoque de ecosistemas en la pesca se procura equilibrar diversos objetivos sociales, teniendo en cuenta los conocimientos y las incertidumbres sobre los componentes bióticos, abióticos y humanos de los ecosistemas y sus interacciones, y aplicar a la pesca un enfoque integrado dentro de límites fidedignos.*

Sin embargo, pese a que los principios y enfoques vertebradores del enfoque de ecosistema en la pesca no son ni mucho menos nuevos, la falta de experiencia práctica en la aplicación del mismo justificaba la elaboración de esta orientación técnica por parte de la FAO. Para ello, este organismo especializado de Naciones Unidas, ha comparado lo que hacía falta para aplicar el enfoque de ecosistemas en la pesca y las necesidades ya existentes de las prácticas de ordenación pesquera vigentes²⁰. No obstante, si bien este nuevo enfoque vendría a completar de forma extraordinaria los principios o criterios utilizados en la actualidad en la ordenación pesquera, la FAO se ha mostrado muy prudente en relación con este enfoque, llegando a afirmar que, insistimos, debido a la poca experiencia práctica existente, esta orientación técnica tendría que considerarse como preliminar, debiendo ser revisada periódicamente a la luz de la práctica que se vaya adquiriendo.

Aun así, la FAO estima que “la ordenación pesquera con arreglo al enfoque de ecosistemas en la pesca debería respetar los principios siguientes: la ordenación de la pesca debería tener por objeto limitar el efecto de esta actividad sobre el ecosistema en la medida de lo posible; es preciso mantener la relación ecológica entre las especies capturas y las especies dependientes y asociadas; las medidas de ordenación deben ser compatibles en toda la zona de distribución del recurso (más allá de las jurisdicciones y de los

¹⁸ Sobre este particular, PARSONS, S.: “Ecosystem Considerations in Fisheries Management: Theory and Practice”, en *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 20, n. 3-4, pp. 381 a 412, especialmente 385 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, p. 15.

²⁰ *Ibidem*, p. 6.

planes de ordenación); es preciso aplicar el enfoque precautorio, porque los conocimientos sobre los ecosistemas son incompletos; la gobernanza debería asegurar el bienestar y la equidad, tanto de las personas como de los ecosistemas”²¹.

No obstante, la importancia y el cariz que ha tomado el enfoque de ecosistema en la aplicación del concepto “pesca responsable” es incuestionable. En el informe del Secretario General de las Naciones Unidas relativo a “Los océanos y el derecho del mar”, adoptado en el sexagésimo período de sesiones, señala que este enfoque, unido al de precaución, ha sido reconocido de manera generalizada²². No obstante, si bien gozan de una aceptación generalizada, en la práctica su grado de aplicación varía considerablemente. Por su parte, la Asamblea General, el 17 de noviembre de 2004, en su Resolución 59/24 *exhorta* a los Estados a que adopten estrategias y programas para aplicar el enfoque de la ordenación integrado y basado en los ecosistemas²³, *alentando* en su Resolución 59/25 a los Estados a que a más tardar en 2010 apliquen el enfoque basado en los ecosistemas²⁴. Asimismo, en su Resolución 61/105 vuelve a *exhortar* “a todos los Estados a que, directamente o por medio de la cooperación institucionalizada, apliquen ampliamente el criterio de precaución y un enfoque basado en los ecosistemas en la conservación, ordenación y explotación de las poblaciones de peces, especialmente las de peces transzonales, las de peces altamente migratorios y ciertas poblaciones de peces diferenciadas de alta mar”²⁵.

3. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El artículo 6 del Acuerdo de 1995 sobre especies transzonales y altamente migratorias, establece que “(l)os Estados aplicarán ampliamente el criterio de precaución a la conservación, ordenación y explotación de las

²¹ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

²² A/60/63 de 4 de marzo de 2005, § 185.

²³ A/RES/59/24 4 de febrero de 2005. Resolución aprobada por la Asamblea General: *Los océanos y el derecho del mar*. Esta resolución fue adoptada por 141 votos a favor, 1 en contra y 2 abstenciones el 17 de noviembre de 2004.

²⁴ A/RES/59/25 17 de enero de 2005. Resolución aprobada por la Asamblea General: *La pesca sostenible, incluso mediante el Acuerdo de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, e instrumentos conexos*, § 58. Esta resolución fue adoptada sin votación el 17 de noviembre de 2004.

²⁵ A/RES/61/105 6 de marzo de 2007. Resolución aprobada por la Asamblea General: *La pesca sostenible, incluso mediante el Acuerdo de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, e instrumentos conexos*, § 5.

poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios a fin de proteger los recursos marinos vivos y preservar el medio marino” (parágrafo primero), debiendo “ser especialmente prudentes cuando la información sea incierta, poco fiable o inadecuada”, si bien, “la falta de información científica adecuada no se aducirá como razón para aplazar la adopción de medidas de conservación y ordenación o para no adoptarlas” (parágrafo segundo).

No obstante, con anterioridad a este Acuerdo de 1995, el principio de precaución había sido recogido en otros desarrollos relativos a la ordenación pesquera: el Capítulo 17 de la Agenda 21 y el Capítulo 15 de la Declaración de Río, adoptados ambos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, o el Código de Conducta.

En todo caso, el principio de precaución supone la aplicación de una previsión prudente. Previsión prudente que, en el marco de una ordenación pesquera basada en ella, tiene como fin evitar situaciones inaceptables, perjudiciales o irreversibles en un futuro, por lo que para una correcta aplicación, afirmaba la FAO en 1997, de esta previsión prudente es preciso establecer marcos jurídicos de ordenación para todas las pesquerías en los que se contengan, entre otras cuestiones, normas que controlen el acceso a las pesquerías, regulación de la recolección de datos y medidas provisionales que salvaguarden los recursos hasta la adopción de planes globales de ordenación²⁶.

Sobre la base de estas consideraciones técnicas, se desprende claramente la íntima relación existente entre el criterio de precaución y una aplicación efectiva del concepto “pesca responsable” al comprobarse que el objetivo último de este principio, en el orden internacional de la pesca marítima, es la conservación y el uso sostenible de los recursos pesqueros²⁷. De esta manera, el principio de precaución se constituye como uno de los principios informadores, posiblemente el más importante, del enfoque de ecosistemas en la pesca, ya que, como se señala en la orientación técnica de la FAO, en el marco de este enfoque, el principio de precaución “adquiere una significación aún mayor porque se prevé que las incertidumbres serán mucho mayores que en la ordenación orientada hacia los recursos objetivo”. La aplicación del principio, continúa afirmando la FAO, según el cual “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente deberá resultar en la adopción de medidas prudentes de orde-

²⁶ FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable, n.º 2: *Enfoque precautorio para la pesca de captura y las introducciones de especies*, Roma, 1997, pp. 8 y 10.

²⁷ En este sentido, LABROT, V.: “Pêche et Précaution: un air déjà vu sur mélodie nouvelle”, ponencia presentada en el Coloquio internacional *Droit de la Mer et Pêche Responsable*, organizado por el Centre de Droit et d’Economie de la Mer, Brest – IUEM, 19 y 20 de mayo de 2000, pp. 2 y 3 (ejemplar policopiado).

nación hasta que pueda saberse más sobre la estructura y las funciones del ecosistema”²⁸.

Por otra parte, tal y como establece el artículo 3 del Acuerdo de 1995, el principio de precaución se aplicará tanto a la conservación y ordenación de las especies transzonales y altamente migratorias que se encuentran dentro de las aguas bajo jurisdicción nacional como a la conservación y ordenación de las encontradas en aguas de alta mar, el actuar precautorio al que están obligados los Estados deberá quedar reflejado no únicamente en las medidas de gestión adoptadas para los recursos del alta mar sino también en las medidas que los Estados ribereños establezcan para los recursos pesqueros de las aguas sometidas a su jurisdicción.

4. EL PRINCIPIO DE COMPATIBILIDAD

Ahora bien, una aplicación eficaz del concepto “pesca responsable” a través de una regulación íntegra del ecosistema marino no plantearía mayor problema que el de su puesta en práctica, de no ser por la distribución zonal de nuestros mares en materia de conservación y ordenación de su recursos vivos. Esto es, ¿qué sentido tiene la aplicación de unas adecuadas medidas de conservación, tendentes a una pesca responsable, sobre los recursos encontrados en las aguas sometidas a la soberanía del Estado ribereño si en alta mar, sobre la base de una interpretación equívoca, abusiva e insultante del principio de libertad, se explota haciendo caso omiso a toda medida de conservación? ¿Qué sentido tiene la adopción de unas adecuadas medidas de conservación para un espacio marítimo si unas millas marinas más allá no se aplican medidas que se complementen con ellas? Hasta la fecha, los peces siguen sin entender de líneas fronterizas imaginarias, por lo que se hacía y se hace necesaria una ordenación integrada del ecosistema marino con el fin de encontrar una solución común para un problema común. El Acuerdo de 1995 sobre especies transzonales y altamente migratorias trató de dar respuesta a estos interrogantes estableciendo en su artículo 7 párrafo 2 el denominado principio de compatibilidad; para esta disposición, las “medidas de conservación y ordenación que se establezcan para la alta mar y las que se adopten para las zonas que se encuentran bajo jurisdicción nacional habrán de ser compatibles, a fin de asegurar la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios en general. Con este fin, los Estados ribereños y los Estados que pesquen en alta mar tienen la obligación de cooperar para lograr medidas compatibles con respecto a dichas poblaciones”.

Este principio, uno sobre los que se sustenta el enfoque de ecosistemas en la pesca como hemos apuntado, debe aplicarse atendiendo a una serie

²⁸ FAO Orientaciones Técnicas para la Pesca Responsable: *La Ordenación Pesquera. El enfoque de ecosistemas en la pesca*, cit. sup. pp. 26 y 27.

de factores detallados en el citado artículo 7.2, de tal manera que las medidas de ordenación sean coherentes en toda la zona de distribución del recurso pesquero de que se trate. En cualquier caso, surge el problema de quién tiene la prerrogativa de decidir cuáles son las medidas adecuadas de conservación: ¿deberán proceder del Estado ribereño o, por el contrario, del Estado o Estados cuyos nacionales faenan en aguas de alta mar adyacentes a las aguas jurisdiccionales de aquél? El Acuerdo de 1995 es claro: estos Estados deberán cooperar para lograr medidas compatibles. Unas medidas efectivas de conservación y ordenación respaldadas por los datos científicos exigidos pueden ser trasladadas a aquellas aguas -sean de alta mar, sean bajo jurisdicción nacional- que forman parte del ámbito geográfico en el que se desarrolla el ciclo vital de la población en cuestión y en las que, por diversas circunstancias, no se han adoptado medidas semejantes²⁹. Este traslado, provenga de alta mar o provenga de una ZEE, debe perseguir una racional conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias, por lo que, cumpliéndose dicha premisa, en ningún momento este traslado podría calificarse de una ampliación de los derechos contemplados en la Convención de 1982 para unos u otros Estados, simplemente se estaría aplicando el principio de compatibilidad o, más ampliamente y utilizando un concepto más reciente, el enfoque de ecosistemas en la pesca.

Sobre este particular, destaca cómo los distintos intereses que entran fundamentalmente en juego en una mesa negociadora son los económicos, ya sean de los Estados de pesca a distancia, ya sean de los Estados ribereños, cuando el único interés, a nuestro entender, que debería estar en la mente de todos es el de la salvaguardia del recurso pesquero en cuestión, la protección en su conjunto del ecosistema marino. Siguiendo al profesor Rafael Casado Raigón, el enfoque de ecosistemas, al igual que sucede con el criterio de precaución, dependerá de los intereses en presencia en un momento dado, de ahí que debiera ser calificado como *concepto jurídico dinámico*³⁰.

En todo caso, el Acuerdo de 1995 dispone que los Estados tendrán en cuenta la unidad biológica y demás características biológicas de la población pesquera en el momento de llegar a determinar las medidas de conservación y ordenación compatibles. Éste es el factor que, desde nuestro punto de vista, merece una mayor atención. En el Acuerdo de 1995 se echaba en falta un desarrollo exhaustivo de este criterio biológico, siendo necesario acudir a otros instrumentos internacionales, concretamente a tratados

²⁹ Véase ELFERNIK, O.: "The Impact Article 7(2) of the Fish Stocks Agreement on the Formulation of Conservation & Management Measures for Straddling & Highly Migratory Fish Stocks", en *FAO Legal Papers ONLINE* # 4, Agosto, 1999, pp.6 y ss.

³⁰ CASADO RAIGÓN, R.: "Nuevas tendencias en materia de conservación y gestión de los recursos marinos vivos", en SOBRINO HEREDIA, J.M. (Coor.): *Mares y Océanos en un mundo en cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 83. El subrayado es nuestro.

internacionales relativos a la protección del medio ambiente, para tomar los elementos que desarrollen el concepto de diversidad biológica. En la actualidad, sin embargo, tras la reunión Reykiavik y, fundamentalmente, tras la orientación técnica de la FAO relativa al enfoque de ecosistemas, parece que el artículo 7.2 del Acuerdo de 1995 podrá dotarse de un mayor y específico contenido proveniente de estudios propiamente pesqueros, si bien, como afirma la FAO, el enfoque de ecosistemas en la pesca es una nueva etapa en un proceso de evolución permanente.

5. LA COOPERACIÓN INSTITUCIONALIZADA COMO MECANISMO DE APLICACIÓN DEL CONCEPTO “PESCA RESPONSABLE”

Ya en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuando impone a los Estados la obligación de cooperar en la conservación y la administración de los recursos vivos de alta mar, se atribuía a la cooperación institucionalizada un papel relevante como mecanismo de aplicación del principio de cooperación. Esta cooperación canalizada a través de Organizaciones Internacionales de Ordenación Pesquera (OPI's), entendida como el mejor de los instrumentos para la consecución de una pesca responsable, sostenible y racional, es una constante en los instrumentos relativos a la ordenación pesquera adoptados con posterioridad a la Convención de 1982; especialmente en el Código de Conducta y en el Acuerdo de 1995, incluyendo en este último el Documento Final de su Conferencia de Revisión celebrada en 2006.

En este sentido, la Asamblea General en su Resolución 59/25³¹, señalada más arriba, solicitaba al Secretario General que convocase para el primer semestre de 2006 una conferencia de revisión del Acuerdo de 1995. En esta conferencia de revisión, celebrada en Nueva York del 22 al 26 de mayo de 2006³², desde un primer momento ha mostrado una especial preocupación por el enfoque de ecosistemas que, unido al de precaución y al de compatibilidad, ha pasado a ser considerado un principio básico del concepto “pesca responsable”. Pero, ¿con qué intención?

En el Documento Final adoptado en la Conferencia de revisión³³, tras reconocer que las OPI's constituyen el principal mecanismo para la cooperación internacional en materia de conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, se señala que “(l)a Conferencia alentó a los Estados, cuando correspondiera, a reconocer que los principios generales del Acuerdo también

³¹ § 16.

³² Naciones Unidas, Asamblea General, A/COF.210/2006/15, 5 de julio de 2006, *Informe de la Conferencia de revisión del Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios*.

³³ *Ibidem*, Anexo, p. 34 y ss.

se deben aplicar a poblaciones de peces concretas de alta mar”³⁴. Sobre este particular, la Conferencia de revisión afirmó que las OPI’s “con atribuciones para regular las poblaciones de peces transzonales tienen la competencia necesaria para conservar y ordenar las poblaciones de peces concretas de alta mar”, no existiendo, continúa afirmado, “obstáculo alguno para que dichas organizaciones adopten medidas de ordenación con respecto a esas poblaciones de conformidad con los principios generales enunciados en el Acuerdo”³⁵. En este orden de cosas, en los encuentros anteriores a la adopción del Documento Final, algunas delegaciones observaron la importancia de adoptar medidas para aplicar los criterios de precaución y de ordenación basada en el ecosistema, señalándose que se debía ampliar el mandato y la capacidad de las OPI’s “más allá de las especies que son objeto de la pesca, mediante la aplicación de un enfoque basado en varias especies y no en una sola, a fin de incorporar consideraciones fundamentadas en el ecosistema en sus decisiones sobre ordenación”³⁶.

Entendiendo por “poblaciones de peces concretas de alta mar” aquellas que, desarrollando su ciclo vital en estas aguas, no sean consideradas poblaciones de peces transzonales o altamente migratorias, podríamos llegar a pensar que estamos asistiendo a una enmascarada ampliación del ámbito de aplicación del Acuerdo de 1995 sobre la base del criterio de ordenación basado en el ecosistema. Por el contrario, en nuestra opinión, entendemos que la Conferencia de revisión está únicamente desarrollando determinadas disposiciones del Acuerdo en las que se recogen criterios que informan al concepto “pesca responsable” y, concretamente al enfoque de ecosistemas en la pesca. En virtud del artículo 5, parágrafo e) del Acuerdo de 1995, los Estados ribereños y los Estados que pescan en alta mar deberán, al dar cumplimiento a su deber de cooperar de conformidad con la Convención, entre otras cosas, “(a)doptar, en caso necesario, medidas para la conservación y ordenación de las demás poblaciones que pertenecen al mismo ecosistema, o que son dependientes de las poblaciones objeto de la pesca o están asociadas con ella, con miras a preservar o restablecer tales poblaciones por encima de los niveles en que su reproducción pueda verse gravemente amenazada”.

En cualquier caso, cada vez se hace más complicado hablar del principio de libertad de pesca en alta mar dado el incremento cuantitativo y, sobre todo, cualitativo de sus limitaciones. El deber de cooperar al que todos los Estados están obligados en busca de una aplicación efectiva del concepto “pesca responsable” pasa, fundamentalmente, por la actuación de las OPI’s, por la cooperación institucionalizada; puesto que aquellos Estados que no pertenezcan a las mismas o no se comprometan a respetar las medidas de conservación adoptadas por ellas, no tendrán acceso a los recursos de pesca

³⁴ Documento Final, § 2.

³⁵ *Ibidem*, §16.

³⁶ Informe de la Conferencia de revisión, § 43.

a que sean aplicables dichas medidas³⁷. Es por todo ello por lo que no debería ser consentido el fenómeno que en su día denominamos *jurisdicción progresiva colectiva* o *creeping jurisdiction colectiva*; todas las OPI's deberían de estar abiertas a la entrada de todos aquellos Estados interesados en la explotación, administración y conservación de los recursos pesqueros regulados por ellas³⁸.

CONCLUSIÓN

No abordar criterios tan novedosos como el del enfoque de ecosistemas en la pesca es negar la nota de historicidad del Derecho Internacional y, en definitiva, negar el dinamismo de la sociedad internacional contemporánea. Tal y como recoge el Documento Final de la Conferencia de revisión del Acuerdo de 1995, deben fortalecerse los mandatos de las OPI's y las medidas adoptadas por ellas a fin de *aplicar criterios modernos* en materia de ordenación pesquera, para lo cual se basarán en las informaciones científicas más exactas de que se disponga y aplicarán el criterio de precaución, incorporando a la ordenación pesquera un criterio basado en el ecosistema³⁹. El estudio del concepto "pesca responsable" exige estar abierto a la asunción de nuevos criterios, aunque su falta de aplicación práctica genere cierto grado de imprecisión e incertidumbre.

³⁷ Artículo 8.4 del Acuerdo de 1995.

³⁸ Véase, VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M.: *Las Organizaciones Internacionales de Ordenación Pesquera. La cooperación para la conservación y gestión de los recursos vivos del alta mar*, Consejería de Agricultura y Pesca, Junta de Andalucía, Sevilla, 2002, pp. 218 y ss.

³⁹ Documento Final adoptado en la Conferencia de revisión, § 32. a).

**EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA***

THE INTERNATIONAL LAW IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE ARGENTINE NATION

*Zlata Drnas de Clément ***

RESUMEN

El presente trabajo analiza las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en materia de derecho internacional a partir de la reforma constitucional de 1994. El trabajo se centra en los fallos que se ocupan de las fuentes del derecho internacional por la importancia de esa temática en el tratamiento de todos los otros aspectos internacionales considerados por la Corte.

PALABRAS-CLAVE

Sentencias - Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina - fuentes del Derecho Internacional

ABSTRACT

The present work analyzes the sentences of the Supreme Court of Justice of the Argentine Nation (from the constitutional reform of 1994) in the matter of international law. The work concentrates in the sentences that take care of the sources of the International Law because of the importance of that thematic in the treatment of all the other international aspects considered by the Court.

KEY WORDS

Sentences - Supreme Court of Justice of the Argentine Nation - Sources of International Law.

* Relato de la *Sección Derecho Internacional Público* en el *XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional* (Mar del Plata, 27 a 29 de septiembre de 2007).

** Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Titular de la AADI.

SUMARIO

Consideraciones preliminares. 1. Introducción. 1.1. Rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1.2. Jerarquía del derecho internacional en el derecho interno argentino. 2. Las fuentes formales del derecho internacional en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. 2.1. Introducción. 2.2. Tratados internacionales. 2.3. Costumbre internacional. 2.4. Principios generales del derecho. 2.5. Jurisprudencia. 2.6. Doctrina. 3. El principio de legalidad en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. 4. Reflexiones finales.

Consideraciones preliminares

En este trabajo enfocaremos, en parte introductoria, muy brevemente, el rol de la Corte Suprema de Justicia Internacional (CSJN) en el plano interno y el internacional y la jerarquía normativa que la Corte ha asignado al Derecho internacional.

Atento a la amplitud del tema -particularmente, teniendo en cuenta los varios centenares fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN)-, que hacen referencia a cuestiones vinculadas al derecho internacional- consideramos necesario acotar el estudio en lo que hace al ámbito temporal y a la temática a tratar.

En lo que hace al período a considerar, nos centraremos en los fallos pronunciados tras la reforma de la Constitución Nacional de 1994, sin dejar de hacer referencia a los que la precedieron cuando fueron señeros y precursores de la propia reforma

En lo que hace al espectro temático, dado que la CSJN en los casos en que se ha ocupado del Derecho internacional, a pesar de tratar numerosos aspectos de ese derecho, *i.a.*: organizaciones-organismos internacionales, agentes diplomáticos, agentes consulares, inmunidad de jurisdicción, responsabilidad internacional, ambiente, extradición, nacionalidad, asilo-refugio, derechos humanos, terrorismo, crímenes internacionales, etc., ha considerado en todos ellos, con visión particularmente innovadora, las fuentes del derecho internacional (particularmente el *ius cogens*) y su rol en el derecho interno, hemos considerado conveniente centrar este relato en el tema "fuentes del Derecho internacional", con sustento en, aproximadamente, un centenar de fallos y con referencia directa a más de cuarenta.

Analizaremos la posición de la Corte frente a las distintas fuentes del derecho internacional, en particular: a) tratados; b) costumbre; c) principios generales de derecho; d) jurisprudencia; e) doctrina.

En último término, analizaremos el grado de apego al principio de legalidad que ha puesto de manifiesto la Corte al aplicar el Derecho internacional en los distintos casos.

Dada la riqueza de los pronunciamientos, se ha hecho necesario hacer

una selección de los mismos, la que por las limitaciones de un trabajo como el presente, inevitablemente, resulta pobre frente al riquísimo espectro que nos brindan los fallos de la Corte¹.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) es el más alto tribunal de la República, la máxima instancia jurisdiccional. Es la entidad encargada de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales en su calidad de intérprete final e irrevocable de la Constitución². Sus sentencias tienen el rango de interpretación firme de la Carta Magna. El dictamen judicial de la CSJN participa de la misma supremacía de la Constitución, al que ningún tribunal en sede interna puede declarar inconstitucional o inválido³.

Las sentencias de la Corte poseen un rol funcional determinante por su condición de contralor último -incluso de los otros poderes del Estado- y de ente examinador del cumplimiento de las normas internas y las comprometidas internacionalmente.

Frente a la comunidad internacional, la CSJN es un órgano del Estado, capaz de pronunciar un acto concluyente, resultando sus actos directamente atribuibles al Estado. Toda acción u omisión de este órgano que viole una obligación internacional compromete la responsabilidad internacional del Estado⁴. El principio de la unidad del Estado significa que las acciones u

¹ Para asegurar la fidelidad de las referencias, sin modificar los pronunciamientos seleccionados, en lo posible, mantendremos los textos en su redacción original, indicando la cita textual entre comillas y bastardilla. Nos permitiremos resaltar en negrita las partes relevantes para el desarrollo del análisis.

² BIDART CAMPOS, G.J. *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo 1, Ediar, Buenos Aires, 1998, pp. 31, 259-260; BECERRA FERRER *et al. Manual de Derecho Constitucional*, Tomo 1, Advocatus, Córdoba, 1995, pp. 155 y ss. SAGÜES, N.P. *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 24 y ss.

³ BECERRA FERRER *et al. "Manual de (...)"*, op. cit., p. 353.

⁴ El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (aprobado en segunda lectura en 2001), con valor de norma consuetudinaria internacional en buena parte de su articulado, establece que "(s)e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado (...)" (Art. 4). Por otra parte, el comportamiento de los órganos del Estado que se exceden en el ejercicio de su competencia puede también atribuirse al Estado según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición de esos órganos según el derecho interno. Debe tenerse presente que el comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones (Art. 7 del

omisiones de todos sus órganos deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de la responsabilidad internacional. Cabe a la Corte un rol esencial al ser la garante de la aplicación efectiva del derecho comprometido internacionalmente en el ámbito interno.

Bien ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en su fallo de 26 de diciembre de 1995 en el Asunto *Méndez Valles, Fernando v. A.M. Pescio S.C.A.* (Fallos 318:2639) que “la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino”, y que “la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida (...) con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal bastante” (Cons. 6)⁵. Tal como lo señaláramos, no sólo la “prescindencia” de la aplicación de las normas internacionales vinculantes para Argentina genera responsabilidad, también lo hace la aplicación errónea o violatoria del derecho internacional, pudiendo ser reclamado -en ciertos casos- el Estado argentino en el ámbito internacional por esas violaciones por acción u omisión⁶.

1.2. Jerarquía del derecho internacional en el derecho interno argentino

La Reforma constitucional de 1994 ha establecido en el Art. 75.22 que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes nacionales. Ha enunciado en el mismo artículo una serie de instrumentos internacionales relativos a derechos humanos a los que asignó jerarquía constitucional⁷, en las condiciones de su

referido proyecto). (Cf. *Informe CDI Comentarios al Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 2001).

⁵ V. en idéntico sentido, el considerando 29 del fallo de la CSJN de 14 de junio de 2005, en el Caso *Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad* (SJA 2/11/2205), ha expresado, recordando la sentencia de 3/9/2001, en el caso *Barrios Altos* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “(...) la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Convención (Americana) constituye ‘per se’ una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado”. V. asimismo, en igual sentido, el considerando 25 del fallo de la Corte de 16 de agosto de 2006 en el Caso *Boggiano-Remoción* (Lexis N° 35003889).

⁶ La Corte Internacional de Justicia en la *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, ha expresado: “Es una norma de derecho internacional comúnmente reconocida que el acto de los órganos del Estado debe considerarse como acto de ese Estado. Esta norma [es] de carácter consuetudinario (...)” (*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, I.C.J., Reports 1999*, para. 62).

⁷ Esos instrumentos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito

vigencia, aclarando que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” y “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Por el procedimiento especial establecido en la Constitución⁸, incorporó a la serie de instrumentos con jerarquía constitucional la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

Debe tenerse en cuenta que la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969 (CVT) (ratificada por la República Argentina el 5 de diciembre de 1972 y entrada en vigor el 27 de enero de 1980)⁹, en sus artículos 26 y 27, establece respectivamente: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”.

Aun antes de la Reforma constitucional, la CSJN en los considerandos 18 y 19 de su fallo de 7 de julio de 1992, en el Caso Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros, ha señalado que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ha alterado la situación del ordenamiento argentino, debiendo asignarse **“primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado Art. 27”**¹⁰⁻¹¹.

de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁸ El procedimiento especial requiere que luego de ser aprobado por el Congreso, obtenga el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

⁹ Sólo hacemos referencia a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (entre Estados), si bien, también debiéramos hacer mención de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y Organizaciones Internacionales entre sí de 1986. No lo hacemos atento a que el texto de ambos instrumentos es idéntico en todo, salvo en lo que hace a los sujetos involucrados.

¹⁰ Este pronunciamiento se ve reafirmado, *i.a.* en los Casos *Fibraca Constructora S.C.A.c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* (sentencia de 7 de julio de 1993), *Cafés La Virginia S.A. s/ Apelación por denegación de repetición* (sentencia de 13 de octubre de 1994).

¹¹ Es de observar que, de conformidad al Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ninguna norma de derecho interno es oponible al derecho internacional, incluida la Constitución Nacional. Como antecedente de una interpretación en tal sentido, cabe recordar el dictamen de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Opinión Consultiva sobre el *Tratamiento de Nacionales Polacos*: “(...) un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor” (*Treatment of Polish Nationals, 1932, C.P.J.I., Series A/B, N° 44, p. 4, p. 24*). Precisamente, el Procurador General sustituto, en el Caso Di Pietro, recuerda este dictamen de la CPJI. (CSJN, 20/08/1996 - Di Pietro, Giovanni s/ extradición - Fallos 319:1427). Llegan las actuaciones a

No sólo los tratados internacionales son normas del sistema jurídico argentino, también lo son las normas consuetudinarias internacionales y los principios generales del derecho. En tal sentido, los Magistrados Nazareno y Moliné O'Connor, en el considerando 16 de su voto separado en el Caso Priebke, Erich s/ solicitud de extradición¹², han señalado que la costumbre internacional y los principios generales del derecho, de conformidad al derecho internacional, son fuente del derecho argentino: “*la costumbre internacional y los principios generales del derecho (...) forman parte del derecho interno argentino (...)*”¹³.

conocimiento de la CSJN con motivo del recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Sr. Fiscal de Cámara contra el auto de fs. 679/682 que, al revocar el de la instancia anterior, denegó la extradición solicitada por la República de Italia respecto de Máximo Giovanni Di Pietro por los delitos de secuestro de persona con fines de extorsión, seguido por la muerte del secuestrado como consecuencia no deseada, hurtos y lesiones. Italia había introducido pedido de extradición de Máximo Giovanni Di Pietro ante el Juz. Fed. de 1ª. Inst. del Dto. Jud. de Mar del Plata, Prov. de Bs. As.(9-X-79). La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal revocó la decisión del juez de primera instancia por entender que la cuestión ya había sido resuelta por la Cámara Federal de La Plata y no se daban los supuestos a los que aquel tribunal había subordinado la reapertura del caso, reservándose la opinión sobre la situación de los ciudadanos italianos que pretenden buscar asilo en este país y que han sido condenados en rebeldía en Italia. La denegatoria se basó en la salvaguarda al requerido del recto ejercicio de la defensa en juicio (juzgamiento en Catania en rebeldía-prófugo de la justicia). El Tribunal concluyó, con apoyo en la doctrina de Fallos: 217:314, 228:640 y 291:154 que procedimientos de esa naturaleza repugnan *principios de orden público* protegidos por la Constitución Nacional Argentina (artículos 18 y 29), en tanto se encuentra excluida, en el régimen procesal extranjero, la posibilidad que el condenado sea sometido a un nuevo juzgamiento con su intervención personal, en detrimento de la garantía constitucional de la defensa en juicio.

¹² CSJN, 02/11/1995 - Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n 16063/94). -JA 1996-I-328.Fallos 318:2148. El fallo de la CSJN se dictó contra la sentencia de la Cám. de Apels. Fed. Gral. Roca que denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke formulada por la República de Italia. El Ministerio Público había deducido recurso ordinario de apelación, el que fue concedido. La Corte entendió que el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos no prisioneros de guerra, no absueltos, no condenados, no a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la Jefatura de policía alemana, de entre los trescientos cincuenta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso, configuró *prima facie* delito de genocidio. Ello, sin mengua de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio. La Corte hizo lugar a la extradición.

¹³ El Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece: “1. *La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la*

También, en el Caso Simón¹⁴, el Dictamen del Procurador General, expresa: “(...) *las normas del Derecho Internacional vigentes para la República Argentina -y con ello me refiero no sólo a los tratados, sino también a las normas consuetudinarias y a los principios generales de derecho- revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución (conf. art. 31, Fallos 257:99 y demás citados).* Esta posición es asumida por la Corte.

La CSJN, a partir de la Reforma constitucional, en numerosos fallos, ha invocado normas y reglas internacionales como fuente privilegiada de sus fallos. Incluso, ha llegado a sostener la **supremacía de la norma internacional sobre la Constitución Nacional** a pesar de haber establecido el Art. 75.22 que, ni siquiera los tratados con jerarquía constitucional “derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”.

Los argumentos de la Corte y sus Magistrados han sido variados. Uno de ellos ha sido el usado en 1932 por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Opinión Consultiva relativa a los Nacionales Polacos en Danzig: “Un Estado no puede aducir contra otro Estado su propia Consti-

determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 (...)”. El Art. 59 dispone que “*La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido*”. Obsérvese que los “principios generales del derecho” son fuente principal, de carácter autónomo del derecho internacional, a diferencia de su rol supletorio en el derecho interno. Por ejemplo, el Art. 16 del Código Civil dispone: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho en consideración a las circunstancias del caso”.

¹⁴ CSJN, 14/06/2005 - Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad - SJA 2/11/2005. Julio H Simón interpuso recurso extraordinario contra el pronunciamiento de la sala 2ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Bs. As. que confirmó el auto de primera instancia que decretaba el procesamiento con prisión preventiva de Simón y ampliaba el embargo sobre sus bienes, por crímenes contra la humanidad consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurrían materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí. La denegación el recurso extraordinario, dio origen a la queja ante la Corte. Julio H. Simón, fue imputado por Horacio Verbitsky -Presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales- como querellante, i.a. de haber secuestrado en la tarde del 27/11/1978 a José L. Poblete Rosa, a la esposa de éste, Gertrudis M. Hlaczik (adherentes al grupo político ‘Cristianos para la Liberación’) y a la hija de ambos, Claudia V. Poblete, en calidad de suboficial de la Policía Federal Argentina. Asimismo, fue imputado por torturas al matrimonio en el centro clandestino “El Olimpo”, donde permanecieron dos meses y luego fueron dadas por desaparecidas. La hija nunca fue entregada a sus abuelos, habiendo sido inscrita como Mercedes B. Landa (hija de militar retirado). La Corte hizo lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario; declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23492 y 23521 y confirmó las resoluciones apeladas.

tución con el propósito de evadir las obligaciones que le incumben bajo el derecho internacional¹⁵, posición idéntica a la del enunciado del Art. 27 de la CVT, ya referida.

Otro fundamento ha sido el de la buena fe que debe regir las relaciones entre los Estados.

Así, el Caso Di Pietro¹⁶, el fallo de la Corte, adoptado por unanimidad recuerda la obligación de obrar de buena fe de los Estados en el plano internacional: “6º) *Que, por lo demás, el Tribunal se apartaría del principio de buena fe que debe regir la actuación del Estado Nacional en orden al fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y demás fuentes del derecho internacional, si supeditase el examen de la cuestión a (...)*”.

En el Caso Videla¹⁷ (2003), el Juez Maqueda, en voto separado, ha expresado: “8. *Que, de este modo, siendo los delitos investigados en el ‘sub lite’ una consecuencia directa de la desaparición forzada de personas, deben ser exceptuados de ser juzgados bajo cualquier jurisdicción especial. En efecto, los pactos internacionales deben interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, teniendo en cuenta su objeto y fin, por cuanto la buena fe debe regir la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para que el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes de derecho internacional no se vean afectadas a causa de actos u omisiones de sus órganos internos (doct. de Fallos 319:1464) (...)*”.

En el Caso Blason¹⁸, el fallo de la CSJN da como fundamento del

¹⁵ V. Nota 11.

¹⁶ V. Nota 11.

¹⁷ CSJN, 21/08/2003 - Videla, Jorge R., Fallos 326:2805. La sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la decisión del juez de primera instancia en cuanto rechazó las excepciones de falta de jurisdicción y cosa juzgada articuladas por la defensa de Jorge R. Videla. La Cámara sostuvo que la cuestión debe resolverse a tenor de la nueva situación jurídica imperante a raíz de la reforma constitucional de 1994 y la entrada en vigor y posterior atribución de jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24556, B.O. del 18/10/1995). Esa convención internacional en su art. 9 establece que “los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar”. Asimismo, “los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares”. Contra dicho pronunciamiento la defensa dedujo recurso extraordinario federal, el que fue concedido. La Corte confirmó la sentencia apelada.

¹⁸ CSJN, 06/10/1999 -Blason, Beatriz Lucrecia Graciela v. Embajada de la República Eslovaca- Fallos 322:2399. La actora alegó ante el tribunal de primera instancia haberse desempeñado como personal de maestranza y servicios para la Embajada de la República Eslovaca (CCT 160/75) y reclamó diversos rubros laborales emergentes, en su mayor parte, del despido incausado. Declarada la rebeldía de

monismo jurídico al interés nacional: “2.(...) (E)l caso deberá ser resuelto según las normas y principios del derecho internacional que resulta incorporado ‘ipso iure’ al derecho argentino federal, pues el **desconocimiento de las normas que rigen las relaciones diplomáticas internacionales no tendría otro desenlace que conducir al aislamiento de nuestro país en el concierto de las naciones (...)**”.

En el Caso Verbitsky¹⁹, el Dr. Boggiano, en su voto disidente, consideró que la supremacía del Derecho internacional es un principio de derecho público

la accionada y comunicada más tarde su negativa a someterse a la jurisdicción de los tribunales argentinos, la actora gestionó el dictado de diversas medidas precautorias, las que condujeron, finalmente, a la traba de un embargo preventivo sobre una cuenta bancaria de la embajada. La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, denegó el recurso extraordinario de la demandada (Embajada de la República Eslovaca) contra el fallo que confirmó la decisión de grado que desestimó el pedido de levantamiento de embargo preventivo sobre la cuenta corriente bancaria de la Embajada. Contra dicha decisión se alzó en queja la accionada. La accionada sostuvo que la decisión en crisis, vulneró el principio de seguridad jurídica y la inviolabilidad de las inmunidades de que gozan los Estados extranjeros, como también los compromisos de reciprocidad entre los Estados contratantes (arts. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; 22, inc. 3, 24/5, 30 y 32, inc. 4, Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; y 6 de la ley 24488). Puso énfasis en que su parte nunca renunció -ni expresa ni tácitamente- a las inmunidades reconocidas por el derecho internacional. La Corte declaró admisible el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y ordenó el levantamiento del embargo preventivo.

¹⁹ CSJN, 03/05/2005 - Verbitsky, Horacio -LNBA 2005-2-227 El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) interpuso acción de habeas corpus, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados. Argumentó la superpoblación y el consecuente hacinamiento que deben padecer las personas privadas de su libertad. La Sala III del Tribunal de Casación decidió rechazar el *habeas corpus* interpuesto con fundamento en que no era competente para entender originariamente en la acción instaurada. Sostuvo que su competencia estaba limitada en la materia al conocimiento del recurso en los términos y con los alcances establecidos en los artículos 406 y 417 del Código Procesal Penal local. Agregó, *i.a.*, que el *habeas corpus* no autorizaba, en principio, a sustituir a los jueces propios de la causa en decisiones que les incumben, de modo tal que la reparación de las agravaciones en las condiciones de detención denunciadas en la presentación de origen debían encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales, a cuya disposición se hallan los beneficiarios del *habeas corpus*. El Centro de Estudios Legales y Sociales impugnó la sentencia del Tribunal de Casación a través de los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley previstos en los acápites “a” y “b” del artículo 161, inciso 3, de la Constitución de la provincia de Buenos Aires y en los artículos 491 y 494 del Código Procesal Penal local. Llegadas las actuaciones a conocimiento del la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, el *a quo*, por el voto de la mayoría de sus miembros, declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos. Contra este pronunciamiento la actora interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la presentación ante la CSJN.

interno: “8) (...) **Por lo demás, con la reforma constitucional de 1994, la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno ha pasado a integrar los principios de derecho público de la Constitución (arts. 27 y 75, incs. 22 y 24 CN.; Fallos 324:3143, voto del juez Boggiano)**”.

También la Corte ha fundado la supremacía del derecho internacional en la necesidad de no incurrir en responsabilidad internacional.

Así, en el Caso Méndez Valles²⁰ -entre numerosos otros- la Corte, en su fallo, ha señalado: “6. *Que el abandono de las distinciones aludidas radica en que, cuando el país ratifica un tratado internacional, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino (...)*”.

En el Caso Duhalde²¹, el fallo de la Corte señala que “(de) otro modo,

²⁰ CSJN, 26/12/1995 - Méndez Valles, Fernando v. A. M. Pescio S.C.A - JA 1998 - I- 548. Fallos 318:2639. Fernando Méndez Valles promovió, a través de apoderado, demanda ejecutiva por cobro de alquileres, contra la firma “A. M. Pescio S.C.A.”, en el invocado carácter de cesionario de los derechos y acciones que tenía Mario Juan Copello contra la demandada. Señaló, a ese efecto, que en un juicio que la locataria (“A. M. Pescio S.C.A.”) había entablado anteriormente contra el Sr. Copello y que tramitó ante la justicia del fuero civil de la Capital Federal, se había fijado el valor locativo por cuatro años de arrendamiento de una cantera de yeso ubicada en las proximidades de Malargüe, Prov. de Mendoza, que la inquilina adeudaba a aquél (conf. sentencia del 27/12/89). El actor adjuntó, para acreditar la cesión, un instrumento privado que aparece suscripto por él y por Copello, fechado el 7/1/86, en Montevideo, República Oriental del Uruguay. Dicho documento fue protocolizado ante escribano público, en la citada ciudad, el 22/10/87. También se agregó una carta documento enviada a “A. M. Pescio S.C.A.” el 16/10/90, en la que se le notificaba la cesión de derechos. La ejecutada opuso, entre otras defensas, la excepción de inhabilidad de título ya que la cesión de derechos litigiosos debía hacerse de conformidad con lo prescripto en el art. 1455 CC (escritura pública o acta judicial hecha en el respectivo expediente), lo que no se había cumplimentado en el caso. La sala M de la C. Nac. Civ., al confirmar la decisión de 1ª instancia, hizo lugar a la excepción planteada, por entender que en el *sub examine* eran requeribles las exigencias formales del art. 1455 CC. argentino, de acuerdo -entre otras razones- a la exégesis que hizo del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (1940). Contra ese pronunciamiento, el actor interpuso recurso extraordinario, que fue concedido por el *a quo*, con fundamento en que se estaría poniendo en debate la inteligencia e interpretación del art. 36 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (art. 14 inc. 3 ley 48), como así también en juego la garantía constitucional prevista por el art. 17 CN.

²¹ CSJN, 31/08/1999 - Duhalde, Mario Alfredo v. Organización Panamericana de la Salud /Oficina Sanitaria Panamericana s/accidente- ley 9688 - Fallos 322:1905. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala VIII) -por remisión al dictamen del Ministerio Fiscal- confirmó la resolución de grado por la que se desestimó la alegación de la accionada dirigida a cuestionar la aptitud de la Justicia de la Nación para entender en estas actuaciones. Adujo que el moderno

por vía analógica, se modificaría unilateralmente la inmunidad que tienen las organizaciones internacionales en virtud de los tratados que obligan a la República Argentina, con las posibles **consecuencias sancionatorias de la comunidad internacional**" (Cons. 15).

Con relación a la supremacía del derecho internacional, destacamos lo señalado por el Miembro Titular de la AADI José Dobovšek en sus comentarios al Primer informe y Cuestionario de elaboración de este relato: que "(e)s una realidad alentadora la posición asumida por la CSJN de adoptar un monismo jurídico con primacía del derecho internacional", perspectiva propia de los ius-internacionalistas.

El "monismo jurídico" implica la aplicación del derecho internacional en el sistema interno de acuerdo con su *status* y configuración en el plano internacional, aspecto que nos ocupa en la presente oportunidad.

2. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LAS SENTENCIAS DE LA CSJN

2.1. Introducción

Desde el tiempo de nuestros primeros estudios de Derecho internacional se nos ha señalado que las fuentes formales son los ámbitos (instrumentos escritos o manifestaciones no escritas) de los que surge, mana, el derecho. Esta concepción o la que incumbe al estudio de los modos o procedimientos de creación del derecho, responde a lo que, tradicionalmente, se ha designado como "fuentes formales", a diferencia de las "fuentes materiales", entendidas éstas como causas, razones por las que las fuentes formales surgen (históricas, económicas, sociales, religiosas, culturales, etc.), siendo estas últimas el fundamento del contenido sustantivo de las fuentes formales.

Las fuentes formales tienen un proceso creativo, formativo. Frecuentemente, en la doctrina se ha confundido el proceso/procedimiento de formación de la norma con el resultado del proceso: la norma en sí (como tal). Por nuestra parte entendemos que el Art. 38 del Estatuto de la CIJ (ECIJ)²², al

concepto de inmunidad de jurisdicción -en el estado actual de las relaciones exteriores- excluye lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, limitándose a los actos de gobierno. Hizo mérito, además, de la índole irrenunciable de la jurisdicción natural, la que, precisó, el Alto Cuerpo pretendió particularmente resguardar en la hipótesis de créditos de índole alimentaria. Contra dicha decisión, dedujo recurso federal la demandada, el que fue concedido. El actor, funcionario de la Organización Panamericana de la Salud -Organización Mundial de la Salud- Oficina Sanitaria Panamericana, demandó a su ex empleadora con amparo en las previsiones de la ley 24028; y del reglamento para el personal de dicha organización. Notificada la accionada, se presentó invocando el privilegio de inmunidad jurisdiccional, el que fue desestimado con amparo, centralmente, en la doctrina del precedente "Manauta...". La Corte revoca la sentencia apelada y admite el privilegio de inmunidad de jurisdicción.

²² V. Nota 13.

que suele tomarse como base para el estudio de las fuentes del Derecho internacional, hace referencia a las fuentes del Derecho internacional en estado de aplicabilidad y no al procedimiento de formación de las mismas, tal como más adelante explicitaremos.

No debe llamar la atención que se tome al Art. 38 del ECIJ para el estudio de las fuentes normativas internacionales ya que la CIJ es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, organización que posee 192 Estados Miembros. Además, la CIJ tiene vocación de órgano universal ya que a ella pueden acceder todos los Estados aun cuando no sean miembros de NU²³.

Del citado artículo surge que las fuentes principales del DI son: convenciones (tratados, acuerdos, pactos, etc.), costumbre y principios generales del derecho y, que las fuentes auxiliares son: jurisprudencia y doctrina. Al decir que son principales, se quiere señalar que un tribunal puede fallar con base en una cualquiera de ellas. En cambio, las auxiliares o secundarias sólo son útiles para precisar o determinar el alcance o significado de las principales.

2.2. Tratados internacionales

Bien ha señalado el Dr. Boggiano, en voto separado, en el Caso Arancibia Clavel²⁴, *“(q)ue los “referidos **tratados**”²⁵ no se han “incorporado” a la Constitución argentina convirtiéndose en Derecho interno, sino que por voluntad del constituyente tal remisión lo fue “en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22). **Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen, y éstas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que ‘la referencia’ que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el Derecho Internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento (causa “Giroldi”, de Fallos 318:514 (...)). Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional (...)**” (Consid. 11).*

²³ Arts. 92 y 93 de la CNU.

²⁴ CSJN, 24/08/2004 - Arancibia Clavel, Enrique L. - JA 2004-IV-426. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 6 condenó a Enrique L. Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito de asociación ilícita (Dirección de Inteligencia Nacional -DINA. Exterior-, dependiente del gobierno de facto de Chile) agravada en concurso real con el de participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos de Carlos J. S. Prats y Sofia E. Cuthbert Chiarleoni. La sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación Penal casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y declaró extinguida la acción penal por prescripción respecto del delito de asociación ilícita simple, sobreseyendo a Arancibia Clavel por este hecho. La querellante -en representación del gobierno de Chile- interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja ante la Corte.

²⁵ Tratados con jerarquía constitucional enunciados en el Art. 75.22 de la CN.

Es por ello que debe tenerse en cuenta los requisitos establecidos por el Derecho internacional para la vigencia y aplicación de los tratados internacionales como fuente formal del derecho internacional.

Los tratados están regidos por el Derecho internacional. En tal sentido, el Art. 2.1.a) de la CVT define al tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y *regido por el derecho internacional*, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (el resaltado nos pertenece).

La CSJN en diversas oportunidades se ha referido a los tratados internacionales como fuente de sus fallos.

La CVT, en su Art. 24 establece que un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores, no siendo suficiente para su exigibilidad que un Estado haya manifestado su consentimiento en obligarse.

En el Art. 28 establece la irretroactividad de los tratados, disponiendo que los tratados no obligan por actos o hechos que hayan tenido lugar con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

Un tratado internacional puede interactuar con la costumbre internacional, así:

* puede receptar una norma consuetudinaria, lo que no quita vida autónoma a la costumbre (declaración de derecho preexistente)²⁶;

²⁶ En el Caso Suárez Mason, el Juez Boggiano, en voto disidente, ha expresado equivocadamente: “Que es misión de esta Corte, velar por el cumplimiento del derecho internacional con la contribución que ello importa a la realización del interés superior de la comunidad internacional con la cual nuestro país, en virtud de formar parte de ella, se encuentra **obligado por los tratados celebrados**. Y, **además, por el ius cogens**, esto es, el **derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada**” (Consid. 18). Sin duda alguna se refería a la costumbre receptada en una norma convencional. V. CSJN, 13/08/1998-Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. (Fallos 321:2031). En este caso, contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que decidió -por mayoría- tener presente la respuesta del Estado Mayor del Ejército en lo referente al destino de las personas desaparecidas en jurisdicción dependiente del Primer Cuerpo del Ejército entre los años 1976 y 1983 y resolvió, asimismo, que los autos sigan según su estado (lo que implicó la denegación de diversas medidas de prueba solicitadas por la Sra. Carmen Aguiar de Lapacó -madre de una de las desaparecidas-. Aguiar de Lapacó dedujo recurso extraordinario, el que fue concedido. La Corte declaró improcedente el recurso extraordinario dado que la realización de las medidas requeridas implicaría la reapertura del proceso y el consecuente ejercicio de actividad jurisdiccional contra quienes han sido sobreseídos definitivamente por las conductas que dieron lugar a la formación de la causa.

* puede cristalizar aspectos de una costumbre en formación, contribuyendo a perfilarla (factor de creación de norma consuetudinaria);

* puede ser el generador de una norma consuetudinaria (costumización del tratado).

El derecho positivo, al igual que la doctrina y la jurisprudencia han señalado ciertos requisitos del Derecho internacional para la costumización de un tratado internacional²⁷.

Cuando se invoca a un tratado como fuente del derecho debe mostrarse que se halla en vigor y que es exigible y aplicable a la parte frente a la que se pretende hacer valer. Sin embargo, si se quiere invocar como fuente del derecho al valor consuetudinario del texto de un tratado en cualquiera de las modalidades señaladas debe probarse la existencia de la costumbre, es decir la existencia de la *opinio iuris sive necessitatis* en la práctica sucesiva o instantánea, según el caso²⁸, separadamente del texto de la convención en su condición de tal.

Sin embargo, haciendo caso omiso del requerimiento internacional, en el Caso Massera²⁹, el dictamen del Procurador ha señalado: " *Por desaparición forzada de personas -se dijo en aquella oportunidad- se entiende en el derecho penal internacional la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona*". **Tal es la formulación adoptada por el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -incorporada a la Constitución por ley 24556-, que no hizo más que receptor en esa**

²⁷ El Art. 38 de la CVT establece que nada impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional general **reconocida como tal**. La CIJ en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia / Malta)* ha señalado: "Es axiomático, por supuesto, que el contenido material del derecho internacional consuetudinario debe ser visto primariamente a la luz de la práctica real y de la *opinio juris* de los Estados, incluso las convenciones multilaterales *pueden* tener un importante rol para grabar y definir reglas derivadas de la costumbre, o en su desarrollo". (CIJ *Recueil*, 1985, pp. 29-30, para. 27).

²⁸ Se ha señalado en la doctrina que, para que una norma convencional multilateral pueda alcanzar valor de costumbre internacional general, necesita que, al menos un tercio de la comunidad internacional de Estados sea parte en el convenio y que en ese conjunto estén representadas todas las regiones geográficas, todas las ideologías, religiones, tendencias económicas, sistemas políticos. (V. SUR. S. "Sources du droit international", *Juris Classeur de Droit International*, Sources de Droit, T.1, Fasc. 13 (1 cahier) 3, 1988, pp. 6 y ss.).

²⁹ CSJN, 15/04/2004 – Massera, Emilio E., Fallos 327:924. La C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª de Bs. As. confirmó la decisión del juez de 1ª instancia que no hizo lugar a la excarcelación de Emilio E. Massera bajo ninguna forma de caución. Contra dicho pronunciamiento el defensor oficial del nombrado interpuso el recurso extraordinario.

medida la noción que era ya de comprensión general en el derecho internacional de los derechos humanos". Agregó más adelante: "En el marco de esta **evolución**³⁰, una vez más **la incorporación a nuestro ordenamiento de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad**³¹ **y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -que en su art. 7 declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad**³²⁻³³, **ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado nacional**". Debemos tener presente lo señalado precedentemente con relación a la aplicabilidad de las referidas convenciones y los requisitos del Derecho internacional para su costumización.

El procurador no funda conforme al Derecho internacional el valor de norma consuetudinaria (regional, menos general) del Art. 2 de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. Es de observar que atenta contra el posible valor consuetudinario de la Convención su propio Art. 21, ya que prevé la posibilidad de denuncia y de desobligación de sus cláusulas.

En el Caso Simón³⁴, el Dr. Boggiano en voto separado ha expresado "que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al Derecho Internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio" (Cons. 14) y "que **la jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente 'en las condiciones de su vigencia', esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación**" (Cons. 15)³⁵. Sin embargo la CVT no considera que la jurisprudencia pueda ser una fuente general de interpretación de los tratados. La CVT establece con relación a la interpretación de los tratados:

³⁰ Es de observar que la sola referencia a la idea de "evolución", *per se*, hace pensar que antes de ella la situación jurídica era diferente, lo que lleva a contradicción al dictamen del Procurador.

³¹ La Convención cuenta con 51 EP (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=435&ps=P>). Consulta realizada el 31 de agosto de 2007 (pág. actualizada a enero de 2006).

³² El Art. 7 establece: "La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, *cuando existiera una norma de carácter fundamental* que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el periodo de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte". Es decir, que la propia norma contempla la no aplicación de la imprescriptibilidad.

³³ La Convención cuenta con 13 EP (<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>). Consulta realizada el 31 de agosto de 2007.

³⁴ V. Nota 14.

³⁵ Esta afirmación, es reiterada por la Corte y sus magistrados en numerosos fallos. Más aún, identificada equivocadamente al significado de las "condiciones de su vigencia" que expresa el Art. 75.22.

31. Regla general de interpretación

- 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*
- 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;**
- 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.**
- 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.*

32. Medios de interpretación complementarios

- Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*
- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o*
 - b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

Cuando el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enuncia a “*las decisiones judiciales (...) como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho*”³⁶, hace referencia a las situaciones en las que el Tribunal debe discernir significados en un texto normativo a los fines de su aplicabilidad. Por otra parte, tal como lo veremos más adelante, la jurisprudencia internacional (ya que la nacional es un mero hecho para el Derecho internacional) tiene valor como fuente autoritativa en la aplicación del derecho en un caso determinado y como medio para determinar la existencia de normas consuetudinarias o la aplicabilidad de ciertos principios generales del derecho en caso concreto. Debe tenerse en cuenta que toda la referencia del Art. 38 está dirigida a la indicación de las fuentes a los fines

³⁶ V. Nota 13.

de la solución de un conflicto en particular, no a la determinación de las fuentes del derecho internacional en general. En consecuencia, si pretende sacarse del enunciado formulaciones generales en materia de fuentes del derecho internacional, deben efectuarse las adecuaciones necesarias, sacando la redacción del contexto de litigio entre partes.

2.3. Costumbre internacional

La costumbre, fuente incontestable de derecho internacional, tiene un rol de esencial importancia para el funcionamiento general del Derecho internacional dadas las imperfecciones que presenta el sistema. Constituye el único medio de formación de las normas (reglas) generales, aplicables al conjunto de los sujetos de derecho internacional. Ello no impide que puedan formarse costumbres regionales, locales o institucionales³⁷. La vocación generalizante de la costumbre permite concebir al Derecho internacional como un conjunto normativo común a todos los sujetos de DI. Se ha solido afirmar que el rol que tiene la costumbre en el Derecho internacional no hace más que confirmar el carácter incompleto, primitivo de tal derecho y que construcciones jurídicas más perfectas, como el derecho comunitario europeo dejan poco espacio a la costumbre, al estar en condiciones de construir un derecho escrito de tipo codificador.

La costumbre, no formulada en ningún instrumento escrito, se caracteriza por el hecho de que su nacimiento se da espontáneamente (a diferencia del derecho escrito, predominantemente formalista) como parte de los requerimientos de la vida internacional, sin un acto determinado de surgimiento.

Su formación, en la *percepción tradicional* se apoya en la práctica reiterada sin interrupciones en el tiempo, la que lleva a dar a ese comportamiento visos de obligatoriedad³⁸. El *elemento objetivo* de la repetición formativa de la

³⁷ Como las reconocidas en por la CIJ en sentencia de 18 de noviembre de 1951 en el *Asunto relativo a las Pesquerías Anglo-Noruegas* (Rec. 1951, p. 116); en sentencia de 12 de abril de 1960 en el *Asunto relativo al Derecho de Paso por Territorio Indio* (Rec. 1960, p. 39); en opinión consultiva de 21 de junio de 1971 en el *Asunto relativo a Namibia* (Rec. p.22). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la diferencia entre costumbre general y costumbre regional, local o institucional (de las OI) no hace a la naturaleza de la costumbre ya que la *opinio juris* es, por su propia condición, generalizante.

³⁸ La teoría voluntarista hace surgir a la costumbre de la voluntad del Estado al que obliga (*l.a.* D. Anzilotti, A. Cavaglieri, Ch. Chaumont, K. Strupp, G. Tunkin, E. de Vattel). Las teorías no voluntaristas hacen devenir la fuerza obligatoria de la costumbre de hechos exteriores y superiores a la voluntad de los sujetos comprometidos (*l.a.* R. Ago, J. Basdevant, L. Condorelli, H. Kelsen, N. Quoc Dinh, G. Scelle) Cf. SUR, S. *Op. Cit* "Sources (...)", p. 6. Algunos autores, para desechar la teoría voluntarista, han puesto el acento en la propia formulación del Art. 38 (mientras exige que los convenios sean expresamente reconocidos por el Estado involucrado, para la costumbre requiere la prueba de una práctica general. Además, recuerdan que en el caso de los nuevos Estados, los que están vinculados a la costumbre anterior sin posibilidades de pronunciamiento de su consenso o

costumbre requiere que ésta sea uniforme, continua, no interrumpida, emanada de actos de autoridad representativa del sujeto que la construye³⁹. Para la formación de la costumbre no se exige que la reiteración de la práctica sea puntualmente idéntica, ya que no resulta pensable la repetición de una situación fáctica exactamente igual a la anterior, basta que en situaciones similares se adopten posiciones coherentes en la *ratio* jurídica de la práctica. Los actos unilaterales, al igual que los acuerdos internacionales, frecuentemente, poseen un rol destacado en la formación de la costumbre, si bien, ésta los excede. Largamente se ha cuestionado en qué momento y cómo una práctica (elemento objetivo) resulta manifestativa de la convicción de obligatoriedad o *elemento subjetivo* (*opinio iuris sive necessitatis*), conformando una costumbre⁴⁰⁻⁴¹. El

no. (Cf. ANDRASSY, J., BAKOTIĆ, B., VUKAS, B. *Međunarodno Pravo*, I, Skolska Knjiga, Zagreb, 1999, p. 15) Es de observar que con anterioridad al siglo XIX, la doctrina ha hecho referencia a la costumbre como "consentimiento" (consentimiento de todos y conformidad con la razón divina en Suárez; consentimiento y conformidad a la naturaleza en Bynkershoek; consentimiento de la mayoría y conformidad con la razón en Zouche; consentimiento de la mayoría en Grocio; consentimiento de todos en Martens). Desde el XIX a la fecha, no se hace más referencia al consentimiento, sino a la *opinio juris*, si bien en diferentes vertientes. (Cf. STERN, B. "Custom at the Heart of International Law, *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Pedone, Paris, 1981, p. 485).

³⁹ Conformen *pruebas subsidiarias o elementos confirmativos* de la existencia de los actos y la convicción de obligatoriedad con que los mismos fueron realizados, las obras doctrinarias, los documentos de organismos u órganos internacionales, particularmente, la Comisión de Derecho Internacional. Se ha discutido el valor de las resoluciones de Organizaciones internacionales. Por nuestra parte, entendemos que debe distinguirse la resolución del órgano (acto unilateral del sujeto internacional colectivo) del comportamiento del Estado al votar o prestar su consenso al texto de la resolución, constituyendo este último, acto concluyente del sujeto internacional, conformativo de la práctica del mismo en determinada materia.

⁴⁰ Quien invoca la existencia de una costumbre, no necesita probar el derecho sino únicamente los hechos. Es el tribunal quien pondera la existencia de la *opinio juris* conformativa de la costumbre. La práctica continua actúa de presunción de la *opinio juris*, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que la *opinio juris* es un seudo elemento y que lo objetivo y lo subjetivo de los actos se hallan inextricablemente unidos (Cf. HAGGENMACHER, P. "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale", *RGDIP*, 1986, p.5-125). La CIJ en el *Asunto del Golfo del Maine*, Rec. p.299) ha señalado que la *opinio juris* "se prueba por la vía de la inducción, partiendo del análisis de una práctica suficientemente detallada (étouffée) y convincente, y no por vía de la deducción, partiendo de ideas preconstituidas *a priori*". La motivación de la práctica, de la actitud de los sujetos al realizar los actos se deriva la *opinio juris*. La *opinio juris* es la "*ratio legis* de la práctica" (Cf. SUR, S. *Op. Cit.* "Sources de droit (...)", Fasc. 13, 2 cahier, p. 2).

⁴¹ Los sujetos internacionales pueden impedir bajo ciertas condiciones la formación de una norma consuetudinaria general a través de la manifestación persistente de su oposición a la misma (*regla del objeto persistente*). No obstante no resulta admisible la sustracción unilateral en "interés" particular a una norma consuetudinaria general establecida. La CIJ en sentencia de 20 de febrero de 1969 en el *Asunto relativo a la Plataforma Continental del Mar del Norte* ha señalado que "las obligaciones de derecho internacional o consuetudinario [...] no pueden [...] estar

obrar necesario conforme a derecho se distingue de los comportamientos por oportunidad política, conveniencia o cortesía, los que, aun cuando se den a modo de práctica ininterrumpida, no han de constituir costumbre por faltarles el elemento subjetivo (obrar con el sentimiento de obligación jurídica/comportamiento necesario conforme a derecho)⁴².

No siempre la CSJN ha interpretado correctamente el origen, la naturaleza y rol de la costumbre internacional.

En el caso Arancibia⁴³ el Juez Boggiano, en voto separado ha expresado que, "(...) *en rigor, el Derecho Internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del Derecho interno argentino*" (Consid. 33). Esta afirmación no es concordante con la que el mismo Magistrado expresara en el Caso Verbitsky, referido *supra*, en la que consagraba que "la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno ha pasado a integrar los principios de derecho público de la Constitución"⁴⁴, ni con la obligatoriedad del Derecho Internacional *per se*.

La costumbre puede consistir en un acto o en una omisión. Puede tener rol normativo positivo o negativo.

Una costumbre puede ser derogatoria de otra costumbre o de normas convencionales. Tal el caso, por ejemplo, de la *desuetudo* o del surgimiento sobreviniente de una norma de *ius cogens*.

Los "principios generales *del* derecho internacional" son normas consuetudinarias del derecho internacional, que pueden estar receptadas o enunciadas en normas convencionales (*vg.*: proscripción de la agresión, igualdad soberana de los Estados, deber de no injerencia en asuntos de jurisdicción interna de terceros, solución pacífica de controversias, inviolabilidad diplomática y consular, etc.), no debiendo ser confundidos con los "principios generales del derecho" (máximas abstractas, surgidas *in foro doméstico*)⁴⁵.

En lo que hace a la condición jerárquica de la costumbre en relación a otras fuentes, los doctrinarios no positivistas sostienen que la costumbre

subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad para su propio beneficio [...]" (CIJ, Recueil, 1969, pp. 39-40).

⁴² La CIJ en la sentencia referida en nota anterior ha expresado: "Los actos [...] no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben poner en evidencia, por su naturaleza o por la forma en que se han realizado, o la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho. [...] Ni la frecuencia ni el carácter habitual de los actos bastan [...]" (CIJ, Recueil, 1969, p. 44). V. *infra*.

⁴³ V. Nota 24.

⁴⁴ V. Nota 19.

⁴⁵ V. *infra* el subtítulo "Principios generales del derecho".

⁴⁶ Similar disposición contienen otros acuerdos internacionales, en sus partes preambulares, *vg.* la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, la Convención de Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar de 1982.

es superior a los *tratados* e independiente de ellos, ya que la propia CVT reconoce que tiene la costumbre en su base y que para las cuestiones no regladas en los convenios, ella subsiste⁴⁶. Asimismo, la CVT en el Art. 38, al referirse a los efectos de los tratados en relación a terceros Estados dispone que lo dispuesto en la sección al respecto “no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional *reconocida como tal*” (el resaltado nos pertenece).

Particularmente, es destacable el rol asignado a la norma consuetudinaria de *ius cogens* al disponer la CVT, en sus Arts. 53 y 64, la nulidad y terminación de todos los tratados que estén en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general. La CSJN, especialmente, se ha explayado en materia de *ius cogens*, siendo cerca de cien los fallos en los que ha tomado en consideración esta fuente normativa.

Bien señala el fallo de la CSJN en el Caso Priebke⁴⁷, que “*la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del Derecho internacional*” (Consid. 4).

En el Caso Cabrera⁴⁸ la CSJN, siguiendo la terminología del Art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, había definido al *ius cogens* como “*norma imperativa de Derecho Internacional General, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados*” (Consid. 9).

Sin embargo, el fallo de la CSJN en el Caso Arancibia⁴⁹ pone en duda la claridad de comprensión por parte del Tribunal del *ius cogens* como norma internacional, al expresar, en el Consid. 30 que “*(...) la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del ius cogens. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada (Fallos 318:2148, voto del juez Bossert)*”. Tal como lo señaláramos en trabajo anterior⁵⁰ la posición de la Corte se vuelve circular en tanto toma como fuente de su Fallo lo que en caso anterior (Priebke) perteneció al voto separado de uno de sus Magistra-

⁴⁷ V. Nota 12.

⁴⁸ CSJN, 05/12/1983-Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. (V. Fallos 305:2150). Fallo pronunciado en el recurso extraordinario presentado por la demandada (Comisión Técnica Mixta de Salto Grande) contra la sentencia dictada por la C. Nac. del Trabajo, sala 4^a, por la que se había declarado la inconstitucionalidad del art. 4 ley 21756, y consecuentemente, la competencia del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de la Capital Federal. La Corte confirmó la sentencia de la Cámara.

⁴⁹ V. Nota 24.

⁵⁰ “El *ius cogens* en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, Número II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2006, pp. 20-24.

dos. Si bien, la referencia a “adhesión o ratificación” como modalidad no exclusiva para la existencia del *ius cogens* resulta errónea, esa referencia puede vincularse a la interacción entre tratados y normas consuetudinarias, es decir, a la posibilidad de que un tratado multilateral pueda adquirir valor de norma consuetudinaria de carácter general. Tal como está expresada la afirmación contradice pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) al respecto. Así, por ejemplo, con relación al surgimiento de que una norma consuetudinaria por la práctica acompañada de *opinio iuris* manifestada en acuerdos multilaterales, la CIJ retomando lo señalado en el Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte ha expresado: “*It is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and opinio juris of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them.*” (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, ICJ Reports 1985, pp. 29-30, para. 27).

Con relación a la aceptación tácita de una práctica determinada, la CIJ (al igual que la CPJI), ha planteado mayores exigencias que las que Bossert, Maqueda y la Corte han señalado: “*(...) the Court has to emphasize that, as was observed in the North Sea Continental Shelf cases, for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned “amount to a settled practice”, but they must be accompanied by the opinio iuris sive necessitatis. Either the States taking such action or other States in a position to react to it, must have behaved so that their conduct is evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio iuris sive necessitatis.*” (ICJ Reports 1969, p. 44, para. 77).

El requisito de la práctica acompañada de la *opinio iuris*, había sido ya resaltado en la sentencia de la CPJI de 7 de noviembre de 1927 en el Asunto *Lotus*: “*Solamente si la abstención ha sido motivada por la conciencia de un deber de abstención se podrá hablar de costumbre internacional*” (CPJI, Serie A, n° 10, p.28).

Más allá de la posición señalada precedentemente, esta visión de la costumbre establecida en los referidos fallos ha sido considerada por las corrientes postmodernas como una visión tradicional de la costumbre, asentada en un proceso de determinación inductivo desde la práctica particular con criterio de *opinio iuris*. Ello, a diferencia de la *percepción postmoderna* de la costumbre internacional, surgida de un proceso deductivo desde las formulaciones declarativas de carácter general y contenido normativo (vg. Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, textos convencionales adoptados en conferencias internacionales, etc.), las que se consideran manifestaciones multilaterales de posición jurídica internacional (a más de manifestación de práctica de los Estados en par-

ticular), que pueden declarar normas consuetudinarias existentes, cristalizar costumbre en formación o generar una nueva costumbre, incluso de modo instantáneo⁵¹⁻⁵². Posición esta última que predomina en los pronunciamientos de la Corte argentina y sus Magistrados aun cuando han intentado en varios fallos determinar la existencia del *ius cogens* por la vía inductiva del modelo tradicional⁵³. Debe tenerse en cuenta que no corresponde a los jueces nacionales determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (como es el *ius cogens*)⁵⁴.

En el Caso Simón⁵⁵, el Procurador General en el Punto IX de su dictamen expresó⁵⁶: “la ratificación en años recientes de la **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas** por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya lo adelantara, la **reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal; en otras palabras, una manifestación más del proceso de codificación del Derecho Internacional no contractual existente**”. Agregó a ello: “En conclusión, ya en la década de los años setenta, esto es, para la época de los hechos investigados, **el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas nor-**

⁵¹ Cf. ROBERTS, A. E. “Traditional and Modern Approach to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, Vol. 95, pp. 757 y ss.

⁵² Esta visión postmoderna reflectivista, sin embargo, choca con la postmoderna criticista que considera ficciones al consenso y a la universalidad. En tal sentido, por ejemplo, Carter expresa: “The crucial question is simply whether a positive system of universal international law actually exists, or whether particular states and their representative legal scholars merely appeal to such positivist discourse so as to impose a particularist language upon others *as of if were a universally accepted legal discourse*. So post-modernism is concerned to unearth difference, heterogeneity and conflict *as reality* in place of *fictional* representations of universality and consensus.” (el resaltado nos pertenece) (Cf. CARTER, A. “Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law”, *EJIL*, Vol. 2, N° 1, pp. 66).

⁵³ V. *infra* si corresponde a los tribunales nacionales “determinar” la existencia de una norma consuetudinaria internacional.

⁵⁴ V. Barberis, J.A. *Formación del Derecho Internacional*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, s/f, pp.106-107.

⁵⁵ V. Nota 14.

⁵⁶ El Fallo de la Corte se declaró “concordante con lo dictaminado por el Procurador General de la Nación”.

mas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (ius cogens)”⁵⁷⁻⁵⁸.

La CSJN no ha receptado correctamente el valor jurídico de los pronunciamientos de Organizaciones u organismos internacionales a través de sus órganos no jurisdiccionales, ni ha distinguido bien la naturaleza de esos órganos, ni sus facultades.

Si bien, ciertas resoluciones de OI, particularmente, la Asamblea General de Naciones Unidas, pueden desempeñar un rol destacado en el proceso de creación de una norma consuetudinaria mediante pronunciamientos declarativos o programáticos, dando lugar al nacimiento de una costumbre salvaje (por oposición a la “sabia” tradicional -como la llamara R. J. Dupuy⁵⁹-), la CSJN en varios fallos ha confundido los roles de las distintas entidades que mencionó.

Así, por ejemplo, en el Caso Bramajo⁶⁰, la Corte ha expresado: “8) (...) **la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2 de la Ley 23054 (conforme doctrina de la causa G 342 XXVI “Giroldi, Horacio David y otros s/ recurso de casación, sentencia del 7 de abril de 1995)”**. Además, en el considerando 15 ha hecho referencia a la **“jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”**. Indudablemente, la Corte ha confundido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente, atento a que en el Caso Giroldi no hay referencia alguna a la Comisión.

⁵⁷ A esta afirmación le es aplicable lo señalado en el párrafo anterior con relación a los requerimientos del derecho internacional para que se forme una norma consuetudinaria internacional de carácter general como es el *jus cogens* internacional.

⁵⁸ Debe hacerse una diferencia entre el valor jurídico de los pronunciamientos voluntaristas, progresistas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y aquéllos en los que constata la existencia de una norma consuetudinaria internacional. V. nuestro trabajo “Algunas consideraciones sobre el debido proceso y las garantías judiciales en los fallos de los Tribunales de Derechos Humanos ¿Justicia Transicional?”, en *Libro Homenaje al Prof. Lucas Gualberto Sosa* (obra en preparación).

⁵⁹ DUPUY, R.-J. “Droit déclaratoire et droit programmeur: de la coutume sauvage à la *soft law*”, *L’élaboration du Droit International Public*, Coll. S.F.D.I., Toulouse - París, 1974, pp. 132 y ss.

⁶⁰ CSJN, 18/10/1996 – Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación – Causa 44.891. Contra la resolución de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, que concedió la excarcelación de Hernán Javier Bramajo en aplicación del art. 1 de la Ley 24390, al cumplir tres años de detención en prisión preventiva. El Fiscal de Cámara dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja ante la Corte.

Asimismo, en el caso Arancibia⁶¹, el Juez Maqueda ha señalado: “29) (...) Estas **normas del ius cogens**, sin embargo, no son una gratuita **creación de la Comisión de Derecho Internacional**, ya que la presencia en el seno de esa institución de juristas representativos de los principales sistemas jurídicos del mundo contemporáneo que dieron su aprobación unánime⁶² a ese texto es índice de que las normas imperativas de Derecho Internacional general son generalmente aceptadas y reconocidas como válidas (Juncal, Julio Á., “La norma imperativa de Derecho Internacional general (ius cogens): los criterios para juzgar de su existencia”, LL 132-1200, 1968), y la existencia de ese orden público internacional es, desde luego, anterior a la entrada en vigencia de ese tratado en cada uno de los países que lo han ratificado en sus respectivos órdenes nacionales, porque, por naturaleza, preexiste a su consagración normativa en el orden positivo”.

En el Caso Simón⁶³, el propio fallo de la Corte expresa: “17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la **jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** (conf. Fallos 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas)”.

La Corte ha señalado corolarios sustantivos y procesales en los casos de violaciones de normas de *ius cogens*⁶⁴.

En el Caso Priebke⁶⁵, los Magistrados Nazareno y Moliné O'Connor, en voto separado, han señalado que “el carácter de *ius cogens* (...) lleva implícita su **inmunidad** frente a la actividad individual de los Estados, lo que implica la **invalidéz de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga ese tipo de ilegalidades**” (Consid. 70). Sin embargo, es de observar que no toda norma de *ius cogens*, de conformidad a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,

⁶¹ V. Nota 24.

⁶² V. *infra* el comentario a este párrafo en el Título “Doctrina”.

⁶³ V. Nota 14.

⁶⁴ El Juez Boggiano, en voto separado en el Caso Arancibia Clavel, ha enunciado de modo genérico que “**los derechos básicos de la persona humana**” son considerados de *ius cogens*, esto es, normas imperativas e inderogables de Derecho Internacional consuetudinario” (Consid. 11). Algunos doctrinarios han llegado a afirmar que todos los derechos humanos son normas de *ius cogens*, lo que ha motivado críticas de fuerte contenido por parte de sus colegas. D’Amato critica a Karen Parker y a Lyn Beth Neylon por su trabajo “Compelling the Law of Human Rights”, publicado en 1989 en la *Hastings International Law & Comp. Law Rev.* en el que consideran que todos los derechos humanos son obligaciones de *ius cogens*. Cf. D’AMATO, A. “It’s a Bird, it’s a Plane, it’s *ius cogens*!”, *Connecticut Journal of International Law*, 1990, Vol. 6 N°1, pp.1-6. V. asimismo, SCHIEDERMAIR, H. *Die Menschenrechte als ius cogens* (<http://www.kodabu.de/jur-ak-koeln/beitraege/buntenbroich02.html>).

⁶⁵ V. Nota 12.

tiene ese efecto. La Convención distingue en sus artículos 53 y 64 los efectos diferenciados que tienen las situaciones de disposiciones que contravienen una norma de *ius cogens* sobreviniente (con efecto *ex nunc*) de las que violan una norma de *ius cogens* vigente al momento de la celebración del acuerdo (con efecto *ex tunc*).

El Juez Bossert en el mismo Caso (Priebke), en voto separado, ha señalado que la *Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad*, declaró **imprescriptibles** a los crímenes de guerra y de lesa humanidad (en tiempos de paz y de guerra), a las infracciones graves del Derecho internacional humanitario y al genocidio (Consid. 80).

Asimismo, ha señalado que, “*en la medida en que la comisión de esos hechos afecta(ba) a la humanidad en su conjunto y a las normas del Derecho de Gentes, con lo cual quedaba involucrado en autos el principio de inexorabilidad de su juzgamiento, del que se deriva como corolario lógico el de su imprescriptibilidad*” (Consid. 10)⁶⁶.

En su extenso voto, además, agregó: que “*(...) el requerimiento de la “doble subsunción” no requiere la valoración en concreto (basada en la denominación del delito y en la estricta interpretación de los elementos típicos), bastando aplicar el criterio in abstracto “a partir de la sustancia criminal del hecho con prescindencia del apego estricto al ‘nomen iuris’ del tipo legal, que evita que la eficacia del instituto de la extradición se vea frustrada u obstaculizada con motivo de las diferencias propias que reconocen las calificaciones legales de los Estados Parte*” (Consid. 20)⁶⁷.

El Juez Boggiano, en voto separado en el Caso Arancibia Clavel⁶⁸, ha destacado la “**conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad**” (Consid. 30). Agregó, además, que “*la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente, en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (Fallos 319:2779)*” (Consid. 35). Sostuvo, asimismo, que “*no es posible afirmar que el art. 18 CN., que establece el principio de legalidad y de irretroactividad, consagre una solución distinta en el art. 118 respecto de la aplicación de las normas del ius cogens relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del Derecho Internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes*” (Consid. 40). Por una parte, llama la atención la referencia a un “principio de

⁶⁶ No señala el Magistrado la fuente normativa de ese alegado “principio”.

⁶⁷ Es de observar que la Corte, en otros pronunciamientos en materia de crímenes cometidos durante la última dictadura militar, ha considerado que, para entender conformada prueba suficiente de esos hechos bastaba contar con indicios, atento a las dificultades para obtener prueba fehaciente (vg.: transcurso del tiempo y el ocultamiento de lo sucedido).

⁶⁸ V. Nota 24.

actualidad del orden público internacional". Por otra parte, si las normas imperativas son parte del principio de legalidad, debió fundar su fallo en las fuentes imperativas en vigor en el derecho internacional, conforme a ese derecho, lo que no ha realizado.

2.4. Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho son máximas universales enunciativas de valores fundamentales a preservar en las relaciones humanas individuales o colectivas⁶⁹.

Con relación al origen de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, éstos surgen a partir de una comparación y sistematización de distintos derechos internos y del transporte del espíritu común de esos derechos al Derecho Internacional. Ese espíritu común manifestado en preceptos, ideas jurídicas básicas o "saberes" jurídicos, no se deriva, necesariamente, del conjunto de todos los sistemas internos, sino más bien de aquellos que están en condiciones de hacer aportes pertinentes o significativos.

La sentencia arbitral de 20 de diciembre de 1896, en el *Asunto Fabiani*, expresa que: "Consultados los principios generales del Derecho de Gentes sobre si hay denegación de justicia, es decir las reglas comunes a la mayor parte de las legislaciones o enseñadas por la doctrina (...) "⁷⁰. Este pronunciamiento contiene una definición, que pone de manifiesto los procedimientos para la determinación de los principios generales del derecho.

La expresión del Art. 38 del Estatuto de la CPJI y de la CIJ, relativa a los principios reconocidos por "las naciones civilizadas" -dado el contexto histórico de colonialismo en el que fue pronunciado-, debe entenderse como los que corresponden a los sistemas jurídicos organizados o desarrollados, desechando a los sistemas salvajes, primitivos.

No se ha dudado del rol de los principios generales en la aplicación e interpretación de las normas internacionales (concepción *secundum legem* o *infra legem*⁷¹). Sin embargo, la CIJ en distintas sentencias ha considerado a

⁶⁹ Los grupos humanos suelen acumular *principios axiomáticos* (juicios del ser, que no cambian, propios de las ciencias exactas, físicas o naturales (por ej: "el triángulo es una figura de tres ángulos".) o *principios tópicos* (juicios de la razón práctica, problemática deontológica o axiológica), propios de las ciencias sociales o humanas, consideradas necesariamente inexactas. Sin embargo, el enlace entre álgebra, algoritmo y lógica, permite afirmar que ciertos principios de las ciencias sociales pueden alcanzar rigor de exactitud en las conclusiones; por ej.: el principio *a fortiori* "quien puede lo más puede lo menos", "quien no puede lo menos no puede lo más".

⁷⁰ DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 109.

⁷¹ La Cámara (Sala) de la CIJ en su sentencia en el *Asunto del Diferendo Fronterizo* (Burkina Faso y Mali) ha señalado que "(...) tomará en consideración la equidad tal como ella se configura *infra legem*, es decir, la forma de equidad que constituye un método de interpretación del derecho, siendo ésa una de sus cualidades". (CIJ, Rec. 1986, p.567-568, par. 28).

la equidad como fuente normativa directa de derechos y deberes, haciendo referencia en particular a la “regla de equidad”⁷². Frecuentemente se ha reconocido a la equidad un rol integrador en la jurisprudencia, no sólo interpretativo de normas, cubriendo lagunas normativas (equidad *praeter legem*⁷³ o *secundum ius*), evitando el *non liquet* judicial⁷⁴. La aplicación de los principios generales *contra legem* o *contra ius* no es admitida en general por la doctrina a menos que las partes hubiesen facultado al tribunal a pronunciarse *ex aequo et bono*⁷⁵.

Los principios generales del derecho hasta la fecha sólo han sido

⁷² *I.a.*: *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte* (CIJ, Rec., 1969, p. 47, par. 85 y p. 48, par. 88); *Asunto relativo a la Competencia en Materia de Pesquerías* (CIJ, Rec., 1974, p. 33, par. 78) (“no se trata sólo de arribar a una solución equitativa, sino de arribar a una situación equitativa que repose sobre el derecho aplicable”); *Asunto Túnez/Libia*, (CIJ, Rec., 1982, p. 60, par.71) (“parte integrante del derecho internacional” “la noción jurídica de equidad es un principio general del derecho directamente aplicable en tanto derecho”); *Asunto Libia /Malta* (CIJ, Rec., 1985, p. 39, par. 45) “la justicia, de la que la equidad es una emanación, no es una justicia abstracta, es la justicia de conformidad a la regla de derecho”); *Asunto Jan Mayen* (CIJ, Rec., 1993, pp. 127-128, 192-193, 226 y ss. Opiniones individuales de Schwebel, Shabuddeen, Weeramantry).

⁷³ La Cámara (Sala) de la CIJ en su sentencia en el *Asunto del Diferendo Fronterizo* (Burkina Faso y Mali) ha admitido la posibilidad de aplicación de la equidad *praeter legem* al expresar: “(...) [l]a sala no puede estatuir *ex aequo et bono*. No habiendo recibido de las partes la misión de proceder a un ajuste de sus intereses respectivos, debe igualmente descartar la posibilidad de aplicar en el presente caso la equidad *contra legem*. La sala tampoco aplicará la equidad *praeter legem*”. (CIJ, *Recueil*, 1986, p 567-568, par. 28). Es de observar la forma de expresarse de la Corte, la que al señalar que no aplicará la equidad *praeter legem*, sólo dice que no lo hará, pero no que está inhabilitada para hacerlo, tal como sí lo ha señalado en relación a los pronunciamientos *ex aequo et bono* y *contra legem*. Este pronunciamiento más allá de la “ley” pero dentro del derecho, es propio de la labor de integración que efectúan los órganos jurisdiccionales, si bien en el DI dada las limitaciones en función de la condición soberana de los Estados (*Lotus*) sólo puede ser aplicado con la mayor prudencia.

⁷⁴ En el caso de las sentencias o dictámenes de la CIJ no podría considerarse nunca que un pronunciamiento realizado sólo en base a principios generales del derecho es *praeter legem* ya que esa fuente normativa es de carácter principal de conformidad al Art. 38 del ECIJ.

⁷⁵ Recuerda Weil la crítica de Jennings a la percepción de la equidad como fuente normativa directa al preguntarse qué diferencia habría entre ella y la decisión *ex aequo et bono*. Por nuestra parte, entendemos que ni siquiera la equidad *contra legem* podría ser considerada como manifestación de *ex aequo et bono* (“jurisdicción de equidad”) ya que el pronunciamiento en aplicación de los principios generales del derecho no es libre ni de interpretación personal de los jueces, desligada de las normas aplicables al caso como permite el acuerdo de “jurisdicción de equidad”. Weil, además, considera que el derecho internacional se compone de normas cuya inspiración y finalidad se hallan en los valores humanos, morales o sociales y que la equidad constituye más bien una fuente material de DI. Sin embargo, tal afirmación podría ser válida para todas las otras fuentes del derecho. (WEIL, P. *Écrits de droit international*, Presses Universitaires de France, París, 2000, pp. 173-174, 170-171).

utilizados *infra legem*. Es de tener presente que los Estados socialistas rechazaron la inclusión de los principios generales del derecho por entender que no podía haber entre socialistas y capitalistas principios comunes. No obstante, en situaciones posteriores, explícitamente los aceptaron en formulación equivalente a la del Art. 38 del ECJ y su precedente ECPJ, más aún propugnaron su inclusión, como es el caso de la *Declaración de Principios Reguladora de los Fondos Marinos y Oceánicos y de su Subsuelo fuera de la Jurisdicción Nacional*, adoptada por la AG NU por 108 votos, ninguno en contra y 14 abstenciones (Res. 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970)⁷⁶.

Distintos tribunales internacionales han hecho referencia a los principios generales del derecho. El Tribunal Permanente de Arbitraje en sentencia de 11 de noviembre de 1912 en el *Asunto relativo a las Indemnizaciones de la Guerra de Turquía* ha hecho referencia a los principios de indemnización por actos ilícitos y condena del enriquecimiento ilícito (RSA, V. XI, p. 437 y ss.). La CPJI en el *Asunto relativo a la Alta Silesia Polaca* (CPJI, Serie A, N 6, p. 19) y en el *Asunto de la Fábrica Chorzow* (CPJI, Serie A, N 17, p. 29) ha hecho referencia a principio relativo a la obligación de reparar. La CIJ en el *Asunto del Estrecho de Corfú* (CIJ, Rec., 1949, p.22) y en el dictamen en el *Asunto relativo a las Reservas a la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio*, ha señalado que “los principios que están en la base de la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como que obligan a todos los Estados, al margen de toda relación convencional” (CIJ, Rec. 1951, p. 23-24). En el dictamen de 21 de junio de 1971 en el *Asunto relativo a Namibia* ha hecho referencia al principio relativo a la *exceptio non adimpleti contractus*.

El hecho de que se adjudique carácter de fuente autónoma a los principios generales del derecho, para algunos doctrinarios implica reconocer las características permanentes de la naturaleza humana y aceptar el derecho natural, el que en su esencia (despojado de las contingencias de tiempo y espacio) resulta invariable, absoluto, eterno, permanente y de aplicación universal.

En caso de contravenir la aplicación de las normas convencionales o consuetudinarias principios generales del derecho, sustantivos o procesales, tales fuentes normativas han de ceder ante los principios generales del derecho. Ello no implica en realidad un pronunciamiento *contra legem* sino un pronunciamiento conforme a derecho, ya que, habiendo varias normas de posible aplicación, habiendo pugna entre sus contenidos normativos, la aplicación de un principio general, en su calidad de fuente autónoma del Derecho internacional, no se da sólo para morigerar el rigor de un tratado o de una norma consuetudinaria, sino en su aplicación por separado e, incluso, según el caso, puede tal fuente ser aplicada de modo prevalente.

⁷⁶ VALENCIA RESTREPO, H. *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín-Colombia, 2003, pp. 378-379.

Si bien, los principios generales tienen un carácter *abstracto*, (a diferencia de las normas consuetudinarias), debiendo el juez adaptar su aplicación al caso concreto bajo decisión. A la hora de definir el derecho aplicable a un caso concreto, el juez realiza su pronunciamiento en el conjunto de todas las normas pertinentes, incluidos los principios generales del derecho.

Aun cuando, en su origen, los principios generales del derecho tienen base consuetudinaria en el derecho interno de los Estados, se diferencian de la costumbre en tanto, incluso en el derecho interno, no tienen perfil concreto como la costumbre internacional (producto directo de los actos de la práctica) sino general, abstracto. Por ello, no deben confundirse los denominados *principios generales del derecho internacional* (vg: proscripción del uso de la fuerza; solución pacífica de controversias, igualdad jurídica de los Estados, no ingerencia en asuntos de jurisdicción interna de los Estados, principio de libre determinación de los pueblos, obligación de cooperación, etc.) fruto de la práctica general (costumbre, aun cuando esté inspirada en principios generales del derecho), con los principios generales del derecho.

En lo que hace al fundamento de la obligatoriedad, la forma más frecuente de positivación se halla en la costumbre, no debiendo ser confundida con ella. El que ciertas convenciones hayan receptado ciertos principios generales del derecho (por ej. Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados en sus Arts. 60, 61, 62), no les quita su carácter autónomo, al igual que una norma consuetudinaria receptada por una norma convencional, no queda subsumida en esta última.

Entre las ejemplificaciones de los principios generales del derecho, algunos tienen *contenido sustantivo*, tales como *pacta sunt servanda*, buena fe, no abuso de derecho, equidad, obligación de reparar, *rebus sic stantibus*, *exceptio non adimplendi contractus*, *estoppel*, etc. Otros principios tienen *contenido procesal*, vg.: *non bis in idem*, *cosa juzgada*, *in dubio pro reo*, *favor libertatis*, *lex previa*, etc.

En el Caso Priebke⁷⁷, el Juez Bossert hace referencia al principio de inexorabilidad de juzgamiento al expresar: “10. *Que el Procurador general en su expresión de agravios insistió en la postura inicial del Ministerio Público acerca de que los homicidios por los que se había solicitado la extradición de Priebke configuraban crímenes de lesa humanidad equiparables en cuanto a sus efectos con los crímenes de guerra y que desde esta comprensión había sido efectuado el requerimiento de asistencia internacional. Sostuvo que ello era así en la medida en que **la comisión de esos hechos afectaba a la humanidad en su conjunto y a las normas del Derecho de Gentes, con lo cual quedaba involucrado en autos el principio de inexorabilidad de su juzgamiento, del que se deriva como corolario lógico el de su imprescriptibilidad***”. El denominado “principio de inexorabilidad de

⁷⁷ V. Nota 12.

juzgamiento” luce más bien como fuente material de una eventual norma consuetudinaria en posible formación.

El Juez Maqueda, en el Caso Arancibia⁷⁸, ha señalado “*Que (el) sistema de protección de los derechos humanos de los individuos se sostiene en principios que se encuentran en los orígenes del Derecho Internacional y que -de algún modo- lo trascienden, pues no se limitan al mero ordenamiento de las relaciones entre las entidades nacionales sino que también atienden a valores esenciales que todo ordenamiento nacional debe proteger, independientemente de su tipificación positiva. El estudio del recurso extraordinario planteado por la querrela se enhebra con estos presupuestos básicos que, en el actual estado del desarrollo de la ciencia jurídica, influyen en la actuación misma de esta Corte a la hora de considerar el ámbito de su competencia para decidir respecto de un crimen de lesa humanidad*” (Consid. 16) .A continuación agregó que “*corresponde señalar que desde comienzos de la Edad Moderna se admitían una serie de deberes de los Estados en sus tratos que eran reconocidos por las Naciones civilizadas como postulados básicos sobre los cuales debían desarrollarse las relaciones internacionales, sin perjuicio de la observación del derecho de gentes que corresponde a cada una de las Naciones en su interior (iure gentium... intra se)*” (Suárez, Francisco, “Las leyes -de legibus-”, 1967, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 190, II, c. 19, n. 8; también citado por John P. Doyle, Suárez, Francisco, “The law of Nations”, en “Religion and international law”, 1999, Mark W. Janis y Carolyn Evans eds., La Haya, Martinus Nijhoff Publications, p. 110 y nota 105, y Messner, Johannes, “Ética social, política y económica a la luz del derecho natural”, 1967, Ed. Rialp, Madrid, p. 442 y nota 202). Se trataba, en el léxico de aquel tiempo, de probar -mediante un método a posteriori- el derecho natural que debía regir entre las Naciones que se hallaban, con cierto grado de probabilidad, entre las más civilizadas en el orden jurídico universal (Grocio, “Le droit de la guerre et de la paix”, 1867, t. I, L. I., cap. I, párr. XII, Ed. Guillaumin, París, p. 87, y Zuckert, Michael P., “Natural rights and the new republicanism”, 1998, Princeton University Press, Princeton), pauta sostenida en los **principios fundamentales de justicia**, que no pueden quedar restringidos solamente a las leyes de la guerra (juicio de “Wilhelm List y otros”, Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nuremberg, United Nations War Crimes Commission, “Law Reports of Trials on War Criminals”, vol. VIII, 1949, p. 49)” (Consid. 17).

2.5. Jurisprudencia

Tal como lo establece el Art. 38 del Estatuto de la CIJ⁷⁹, las sentencias y fallos jurisprudenciales son fuente auxiliar del DI. Es sabido, tal como lo

⁷⁸ V. Nota 24.

⁷⁹ V. Nota 13.

dispone el Art. 59 del mismo Estatuto⁸⁰, que la sentencia sólo hace derecho para las partes en litigio y con relación al asunto en cuestión. Sin embargo, los pronunciamientos de los tribunales internacionales, frecuentemente, citan y adhieren a antecedentes jurisprudenciales, dando lugar a la construcción de una doctrina del precedente. Esa doctrina jurisprudencial adquiere valor en la medida en que el tribunal no obre de modo voluntarista, con desapego del derecho aplicable. Debe tenerse en cuenta que es a través de los pronunciamientos jurisprudenciales que es posible definir el perfil de una costumbre internacional o de un principio general del derecho. A la hora de ponderar los precedentes jurisprudenciales, tanto la CPJI como la CIJ, han dado el mismo valor a las sentencias (contenciosos interestatales) que a los dictámenes (opiniones consultivas).

Entre los pronunciamientos jurisprudenciales que hacen referencia al valor del precedente se cuentan los producidos en el *Asunto del Lotus*, en el *Asunto de Alta Silesia*, en el *Asunto de Comisión del Danubio* de la CPJI; en el *Asunto del Diferendo Limitrofe en El Salvador y Honduras* de la CIJ.

Entre los principales tribunales internacionales de nuestro tiempo podemos citar a la CIJ (creada en 1946, con sede en La Haya)⁸¹, al Tribunal Permanente de Justicia de La Haya (creado en 1899, con sede en La Haya), al Tribunal Internacional de Derecho del Mar (creado en 1982 y constituido en 1996, con sede en Hamburgo), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (creada en 1968 y constituida en 1979, con sede en San José de Costa Rica), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (creado en 1994 y constituido en 1999, con sede en Estrasburgo), la Corte Penal Internacional (creada en 1998, constituida en 2002, con sede en Roma), etc.

En el Caso Viaña⁸², el fallo de la CSJN ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el Caso Nardelli⁸³ los Magistrados Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert en voto separado han contemplado la cuestión relativa a la jerarquía de la jurisprudencia internacional, recordando fallo anterior: ***“(29) Que los órganos instituidos en el ámbito internacional con competencia para la aplicación e interpretación de los instrumentos internacionales (...) cuya jurisprudencia debe servir de***

⁸⁰ V. Nota 13.

⁸¹ También debe recordarse su antecesora la CPJI (creada en 1920, con sede en La Haya).

⁸² CSJN, 23/11/1995-Viaña, Roberto s/habeas corpus en favor del ciudadano Pablo Calvetti – Fallos 318: 2348.

⁸³ CSJN, 05/11/1996 - Nardelli, Pietro Antonio s/ extradición -Fallos 319:2557. Contra la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, que confirmó la del juez federal de primera instancia por la cual se hizo lugar al pedido de extradición formulado por el Tribunal N° 2 de Milán, República de Italia, en base a condena en ausencia del inculcado.

guía para la interpretación de los preceptos convencionales (confr. Fallos: 318:514, cons. 11) (...). Tal como lo señaláramos anteriormente, conforme al Derecho internacional la jurisprudencia no tiene rol de “guía interpretativa de los convenios”, es únicamente pronunciamiento obligatorio para las Partes en litigio y sólo respecto del caso sobre el que se pronunció el tribunal.

En el Caso Videla⁸⁴, el fallo de la CSJN (2003), ha expresado: “12. **Que a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”⁸⁵, del 14/3/2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como las que se le atribuyen a Jorge R. Videla. Por lo tanto, y de acuerdo con lo resuelto por el tribunal internacional referido, corresponde rechazar en el caso toda interpretación extensiva del alcance de la cosa juzgada que impidiera la persecución penal del imputado por hechos que constituyen violaciones graves a los derechos humanos** (confr. párrs. 41 a 44 fallo cit.) (...). La reflexión que acompañáramos en el párrafo anterior es válida para la presente afirmación con relación al rol de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más allá del valor que ella misma pueda pretender se asigne a sus sentencias. Ello más allá del valor del precedente como posición de la Corte para casos futuros.

En el Caso Hagelin⁸⁶, el Juez Boggiano, en voto separado, ha otorgado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el rol

⁸⁴ V. Nota 17.

⁸⁵ En el Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. El Perú) Interpretación de la Sentencia de Fondo (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 14 de marzo de 2001, La Corte ha decidido por unanimidad: “4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”. “5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables”. En la sentencia de 3 de Septiembre de 2001, también por unanimidad ha decidido: “2. Que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo [de 14 de marzo de 2001] en el caso Barrios Altos tiene efectos generales”.

⁸⁶ CSJN, 08/09/2003 - Hagelin, Ragnar E. - JA 2003-IV-402. Fallos 326:3268. La sala 4ª de la C. Nac. Casación Penal declaró inadmisibile el recurso interpuesto por el apoderado de Ragnar E. Hagelin, a tenor del art. 445 del Código de Justicia Militar, y contra la resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas que rechazó la reapertura de las actuaciones en donde se investigó la desaparición de su hija, “por mediar decisión judicial firme pasada en autoridad de cosa juzgada”, y declaró que no es de su competencia entender en el pedido de nulidad de las leyes 23492 y 23521 y de los decretos 1022/1989 y 2341/1990. Contra dicho pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario federal, el que fue concedido. La Corte declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. Los autos volvieron al tribunal de origen para nuevo pronunciamiento.

de fuente principal del derecho, al igual que lo ha hecho el fallo de la CSJN en el caso Videla considerado con anterioridad. Así, expresa: “6) *Que, en el orden de ideas precedentemente expuesto, también ha de tomarse en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Según ésta, la misma Corte tiene jurisdicción para determinar el alcance de un acuerdo homologado ante sus estrados y dilucidar cualquier controversia o diferencia que se suscite a su respecto, tal como lo resolvió en “Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) v. Perú”, sent. del 30/11/2001, párr. 48º. **Consiguientemente, el derecho aplicable resulta, en definitiva, la jurisprudencia interpretativa del ordenamiento americano de derechos humanos, esto es, la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana**”.*

En el mismo Caso (Hagelin), el Juez Maqueda ha señalado que “A partir de la reforma constitucional de 1994 el art. 75 inc. 22 de la norma fundamental ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), razón por la cual **la jurisprudencia de la Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son parte otros Estados miembros de la Convención constituye una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación**, a efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos (conf. consid. 15 del voto del Dr. Maqueda en la causa V.34 XXXVI, “Videla, Jorge R. s/incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción”, del 21/8/2003)” (Consid. 15).

En el Caso Arancibia⁸⁷, el fallo de la Corte ha establecido: “*Que este criterio ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al manifestar: ‘Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas **prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú...’ (conf. CIDH., caso “Barrios Altos”, sent. del 14/3/2001, serie C, n. 75)” (Consid. 35). Más adelante agregó que “**a partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estruc-***

⁸⁷ V. Nota 24.

turas del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención. **Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de Derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar y, consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional** (conf. CIDH., caso “Barrios Altos”, sent. del 14/3/2001, consid. 41, serie C, n. 75; caso “Trujillo Oroza v. Bolivia”, reparaciones, sent. del 27/2/2002, consid. 106, serie C, n. 92; caso “Benavides Cevallos”, cumplimiento de sentencia, resolución del 9/9/2003, consid. 6 y 7”).

En el Caso Simón⁸⁸ el fallo de la Corte ha determinado: “30. **Que la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuyos alcances para casos como el presente no pueden ser soslayados**”.

En el mismo Caso (Simón), el Dr. Boggiano, en voto separado ha manifestado “15) **Que la jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente “en las condiciones de su vigencia”, esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación** (Fallos 318:514; 321:3555; 323:4130, disidencia del juez Boggiano). De ahí que **la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que la República Argentina reconoció la competencia de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana** (art. 2 ley 23054). Sobre el particular cabe recordar que **esta Corte ha establecido que, como fuente de derecho interno, los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento** (Fallos 321:3555 y sus citas).

En el Caso Mazzeo⁸⁹, el fallo de la Corte ha expresado “(...) que respecto

⁸⁸ V. Nota 14.

⁸⁹ CSJN, 13/07/2007 - Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad; M.2334.XLII. La causa fue iniciada por la presentación efectuada en forma conjunta por Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda; Juan Manuel Castiñeiras y Ana María Astudillo, juntamente con sus representantes letrados y Alicia Palmero, en representación de la Liga Argentina por los Derechos Humanos, quienes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89, mediante el cual el Poder Ejecutivo

a esta cuestión **la Corte Interamericana ha sostenido** 'que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar' (caso "Palamara Iribarne" sentencia del 22 de noviembre de 2005. CIDH, Serie C N 135, párr. 124; caso de la "Masacre de Mapiripán", CIDH, Serie C N 134, 15 de septiembre de 2005, párr. 202; y caso "19 Comerciantes", Serie C N 109, 5 de julio de 2004, párr. 165). **Por tales razones corresponde desestimar los agravios del recurrente sobre este punto (...)** (Consid. 7).

Como se puede observar son muchas y crecientes las interpretaciones erróneas, voluntaristas, sin fundamento en el Derecho internacional las que hace la Corte en torno al rol de la jurisprudencia internacional.

2. 6. Doctrina

De conformidad al Art. 38 del Estatuto de la CIJ, la doctrina tiene rol de fuente auxiliar del DI.

Se trata de las obras de los principales publicistas, los que se pronuncian en forma individual o colectiva. Esto último es frecuente en el caso de instituciones científicas, tales como por ejemplo, el *Institut de Droit International* (1873) o la *International Law Association* (1873). La doctrina es frecuentemente citada por los jueces en sus pronunciamientos en apoyo de la aplicación del derecho al caso particular.

En el Caso Massera⁹⁰, el Procurador ha hecho referencia a la doctrina

Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros, por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. El Juzgado Federal N 2 de San Martín hizo lugar a la presentación, declarando la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, y dispuso privar de efectos, dentro de las actuaciones principales, la totalidad de actos y resoluciones dictadas como consecuencia del decreto mencionado. Fundó su decisión en diversas consideraciones y en los arts. 16, 18, 29, 31, 75 inc. 22, 99 inc. 5, 109, 116 y 118 de la Constitución Nacional. El pronunciamiento fue apelado por el abogado defensor de Santiago Omar Riveros, con fundamento, entre otros, en que la excepción de cosa juzgada en relación al sobreseimiento firme. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, acogió el recurso de la defensa con sustento en que ese tribunal ya se había expedido en la causa acerca de la validez del indulto presidencial. El pronunciamiento fue apelado por distintos grupos de querellantes. La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto de indulto 1002/89. Contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, la defensa técnica de Santiago Omar Riveros dedujo recurso extraordinario federal en los términos del art. 14 de la ley 48.

⁹⁰ V. Nota 29.

internacional: “6.- (...) (L)a **Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeras decisiones sobre denuncias de desaparición forzada de personas expresó que si bien no existía al tiempo de los hechos “ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad”**”. También señaló que “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar”. (conf. caso “Velásquez Rodríguez”, sent. de 29/7/1988, serie C n. 4; luego reiterado en el caso “Godínez Cruz”, sent. de 20/1/1989, serie C n. 5; y recientemente en el caso “Blake”, sent. de 24/1/1998, serie C n. 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, conf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas). No resulta claro en este párrafo el valor asignado a la doctrina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte la referencia a “práctica internacional” -no necesariamente equiparable a costumbre internacional- hace dudar sobre el valor de la referencia para la calificación en derecho internacional de las desapariciones como un delito contra la humanidad fuera de las obligaciones convencionales emergentes para los Estados Partes.

En el Caso Arancibia⁹¹, el Juez Maqueda en voto separado, citando a un autor argentino, ha asignado un rol preeminente a la doctrina, que no responde a la función que le asigna el derecho internacional. Así, ha expresado: “29) (...) Estas normas del *ius cogens*, sin embargo, no son una gratuita creación de la Comisión de Derecho Internacional, ya que **la presencia en el seno de esa institución de juristas representativos de los principales sistemas jurídicos del mundo contemporáneo que dieron su aprobación unánime a ese texto es índice de que las normas imperativas de Derecho Internacional general son generalmente aceptadas y reconocidas como válidas** (Juncal, Julio Á., “La norma imperativa de Derecho Internacional general (*ius cogens*): los criterios para juzgar de su existencia”, LL 132-1200, 1968), y **la existencia de ese orden público internacional es, desde luego, anterior a la entrada en vigencia de ese tratado** en cada uno de los países que lo han ratificado en sus respectivos órdenes nacionales, porque, por naturaleza, preexiste a su consagración normativa en el orden positivo”. Demás está decir que la labor de la Comisión de Derecho Internacional no construye orden público internacional.

⁹¹ V. Nota 24.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS FALLOS DE LA CSJN

En numerosos pronunciamientos de la Corte y de sus Magistrados encontramos referencias a la evolutividad del Derecho internacional, en particular, del perfil del *ius cogens*⁹².

Así, en el Caso Priebke⁹³, los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor han puesto en evidencia que reconocen que se está produciendo un cambio jurídico en ciertos miembros de la sociedad internacional al hacer presente que, a pesar de que algunos Estados ratificaron o adhirieron a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, **“debe reconocerse que no existía en ese momento ni existe en las actuales circunstancias de derecho internacional, una norma reconocida y aceptada por las naciones civilizadas como de práctica obligatoria, en favor de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra”** (Consid. 69). Han recordado, en el mismo considerando, que la República Argentina se abstuvo de votar la adopción del texto de la referida Convención en el ámbito de las Naciones Unidas. A pesar de ello, estimaron que ello no acarrea limitaciones ya que se trata de *normas fundamentales, consuetudinarias que “concernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional”* (Consid. 70). Las afirmaciones de los Considerandos 69 y 70 referidos en este párrafo no lucen congruentes entre sí.

El Juez Maqueda en el Caso Arancibia⁹⁴ ha señalado que **“el *ius cogens* (...) se encuentra sujeto a un proceso de evolución que ha permitido incrementar el conjunto de crímenes de tal atrocidad que no pueden ser admitidos y cuya existencia y vigencia opera independientemente del asentimiento de las autoridades de estos Estados. Lo que el antiguo derecho de gentes castigaba en miras a la normal convivencia entre Estados (enfocado esencialmente hacia la protección de los embajadores o el castigo de la piratería) ha derivado en la punición de crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (...), teniendo en cuenta que el Derecho Internacional crece a través de decisiones alcanzadas de tiempo en tiempo en procura de adaptar principios a nuevas situaciones (...)**”(Consid. 33).

En votos disidentes varios Magistrados produjeron argumentaciones contrarias a la aplicación evolutiva del *ius cogens* por su capacidad de violar los principios de legalidad del derecho penal en Argentina.

⁹² En la mayor parte de este desarrollo seguimos nuestro trabajo publicado en el Cuaderno II de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales citado precedentemente.

⁹³ V. Nota 12.

⁹⁴ V. Nota 24.

Sin embargo, en el Caso Derecho⁹⁵, el Dictamen del Procurador⁹⁶, expresa: “III-La comunidad internacional ha realizado un esfuerzo conjunto para definir, en una **evolución cuyo último punto sobresaliente lo constituye el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, en qué consisten los crímenes de lesa humanidad”. No obstante, es de observar que el Estatuto -calificado por el Procurador y por Corte como punto sobresaliente de esa evolución- expresamente, en el Art. 11 establece una competencia temporal irretroactiva, contradiciendo la posición argentina.

La alegación de conformación de una nueva norma consuetudinaria de carácter general, particularmente una del rango del *ius cogens*, requiere de la constatación de la convicción jurídica de su inderogabilidad con carácter general, universal, representativa de la comunidad de Estados en su conjunto.

Para poder aplicar el criterio de imprescriptibilidad *ex tunc* con capacidad de neutralizar ciertos principios de legalidad del derecho penal (entre ellos el de irretroactividad), según la teoría tradicional, resulta imprescindible probar que la norma consuetudinaria de *ius cogens* existía en el momento del crimen. Si bien, esta afirmación no se corresponde con el derecho internacional en evolución, que aplica la Corte⁹⁷, debe tenerse en cuenta que el derecho

⁹⁵ CSJN, 11-07-2007 – Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal – Causa Nº 24.079- D 1682. XL. El 11 de agosto de 2004 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión de primera instancia por la cual se había declarado la prescripción de la acción penal respecto del imputado René Jesús Derecho. Contra ese pronunciamiento la parte querellante interpuso recurso extraordinario, cuyo rechazo motivó la presentación de esta queja. Lo central de la queja radicó en la alegación de que el delito presuntamente cometido en perjuicio de Juan Francisco Bueno Alves, y por el cual se había imputado a René Jesús Derecho, sería un delito de lesa humanidad. El petitioner alegó que, toda vez que el delito investigado se subsume en esa tipología del derecho internacional, se trataría de un delito imprescriptible. De conformidad a lo señalado por el recurrente, Bueno Alves habría sido víctima, los días 5 y 6 de abril de 1988 (al anochecer del primer día indicado y a la madrugada del siguiente), de una serie de hechos ilícitos que habrían comprendido una detención ilegal, la aplicación de golpes y la privación de medicamentos. El autor de estos hechos habría sido René Jesús Derecho, quien era miembro de la Policía Federal. Los ilícitos habrían ocurrido dentro de la División Defraudaciones y Estafas de dicha institución. El propósito de todas estas conductas, especialmente la aplicación de los golpes, habría consistido, según el apelante, en que Bueno Alves produjera una declaración que comprometiera penalmente a su abogado, el doctor Carlos Pérez Galindo. La motivación policial para proceder de esta manera -es decir, para provocar una declaración de Bueno Alves que sirviera para fraguar un procedimiento contra Pérez Galindo- radicaría en la venganza del “personal policial corrupto” contra este último. El ánimo de venganza propondría, a su vez, de que el doctor Pérez Galindo, en el marco de su actividad profesional, habría contribuido a que se descubrieran actividades ilícitas de la policía.

⁹⁶ Se hace presente que el fallo de la Corte “hace suyos los fundamentos y conclusiones del señor Procurador General, a cuyos términos se remite en razón de brevedad”.

⁹⁷ Si bien invocando un derecho internacional no probado en su existencia.

intertemporal internacional exige que un derecho y su manifestación continuada se ajusten a las exigencias del derecho en evolución (*tempus regit actum*)⁹⁸.

Desde la posición clásica, varios Magistrados, en votos disidentes han sostenido que: ***Es necesario para la extradición la doble subsunción in concreto y la existencia de norma lata precisa y vigente para ello**⁹⁹. ***El ius cogens no puede tipificar delitos**¹⁰⁰. ***No se admite la retroactividad de las normas penales**, en base a lo dispuesto en los Art. 18, 75.22 de la Constitución Nacional, Art. 11. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos **según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito**”) y disposiciones equivalentes reiteradas en el Art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Art. 9 Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Art. 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, etc.¹⁰¹. ***La única**

⁹⁸ V. Laudo del árbitro Max Huber en el *Asunto de la Isla de Palmas (Recueil des sentences arbitrales*, Vol. II, p. 845). Similares consideraciones efectúa la CIJ en el dictamen de 16 de octubre de 1975, en la Opinión Consultiva relativa al *Sahara Occidental* (para. 162).

⁹⁹ V. Caso Priebke, voto disidente conjunto de los Magistrados Belluscio y Levene (h), Consid. 8.

¹⁰⁰ I.a. el Juez Vázquez, en el Consid. 32 de su voto disidente, en el *Caso Arancibia*, no ha podido dejar de observar la existencia de una evolución del derecho, con un nuevo perfil en la actualidad, al señalar: “*Que en razón de ello, esta Corte no puede dejar de advertir la tensión existente entre la obligación que, en la actual evolución del derecho, tienen los Estados de perseguir las violaciones a los derechos humanos y el hecho de que ellos puedan declararse prescriptos*”. El referido Magistrado ha expresado que esa tendencia es peligrosa para la seguridad jurídica, como también resulta poco adecuada en tanto permite afirmar que el *ius cogens* puede tipificar delitos.

¹⁰¹ I.a. en el *Caso Arancibia*, el Juez Belluscio, en el Consid. 15 de su voto disidente, recordó: “(S)i bien el párr. 2º del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega que ‘...nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional’, ese párrafo fue objeto de la reserva dispuesta en el art. 4 ley 23313, (...): “El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del ap. 2 del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 CN.”, de modo que **la República no se adhirió incondicionalmente a los principios o normas del derecho de gentes**, entre los cuales podría incluirse la imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal destinada a perseguir los delitos de lesa humanidad; la adhesión se formuló de manera condicionada, y la condición fue que la aplicación de aquellos principios o normas no pudiera realizarse de modo retroactivo, violando la garantía consagrada en el Art. 18 CN., sino a partir del momento en que nuestras normas internas les dieran vigencia y hacia el futuro”. Agregó: “La cuestión fue expresamente considerada en el Senado de la Nación durante el debate previo a la sanción de la ley 25778, en el cual el senador Baglini -en opinión compartida por los senadores Usandizaga, Maestro, Salvatori, Prades y Gómez Díez- expresó: “Nuestra Carta Magna tiene una primera parte dogmática que ni siquiera fue tocada por la reforma”

alusión de la Constitución al “derecho de gentes” es el **Art. 118**, que **constituye solamente una regla de competencia judicial**¹⁰². *La

constitucional de 1994, donde existe una piedra angular, que no es sólo de nuestra Constitución sino del Derecho Internacional, el de todos los países, que es el art. 18, por el que se **establecen principios fundamentales que son la garantía común de todos**, aun de los ciudadanos que sin merecer el título de tal negaron a algunos el ejercicio de sus derechos (...)”. Similar argumentación presenta el Juez Fayt en su voto disidente en el mismo Caso, en el Considerando 20, al hacer presente que “[n]o debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del ap. 2 fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-(conf. Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscripta en Santiago de Chile el 9/9/1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA., 1959, Washington DC.)”. Asimismo, señaló: “en definitiva, la vigencia del Art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el **‘nullum crimen nulla poena sine lege praevia’ es innegablemente un principio de Derecho Público establecido en esta Constitución (art. 18 CN.), quizá uno de sus más valiosos**. Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando éstos se juzguen en el país” (Consid. 19). El Juez agregó: “Con respecto a la específica posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad, es del caso reseñar que el 3/12/1973 la Asamblea General de la ONU, adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”. Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN.4/368, p. 99). Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que adopten una legislación retroactiva...” (Naciones Unidas, Asamblea General, 28º período de sesiones, Documentos Oficiales, sesión plenaria 2187, 3/12/1973, Nueva York, p. 4). Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación” (Consid. 20). El mismo Juez, en el Consid. 62 de su voto disidente en el Caso Simón, ha observado: “Que a poco de que se repare en ella, de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco se deriva necesariamente la posibilidad de aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad. En efecto, de su examen **no puede concluirse sin más que la omisión de los jueces de aplicar ex post facto las normas mencionadas vulnera la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, genere responsabilidad internacional**. Al respecto cabe puntualizar que la Corte Interamericana jamás ha afirmado expresamente que para cumplir con el deber de garantía deba aplicarse una norma que vulnere el principio de legalidad, establecido, por otra parte, en el art. 9 Convención Americana y cuyo cumplimiento también ha de asegurarse como deber de garantía del Estado Parte”. A ello agrega consideración sobre las pautas de interpretación establecidas en el Art. 29 de la misma Convención.

¹⁰² I.a. en el Caso Arancibia, en el Consid. 42, el Juez Fayt en voto disidente, ha señalado: “En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que

necesidad de aplicar el derecho constitucional vigente¹⁰³. **La aplicación de los principios y normas del derecho de gentes, entendido éste como todo aquello que constituye parte esencial de la conciencia contem-

a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior), resulta inaplicable (Fallos 324:2885). En efecto, **esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma (Art. 118 de la CN)**. Seco Villalba ("Fuentes de la Constitución argentina", 1943, Ed. Depalma, p.225) da cuenta de su origen, que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en **el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el derecho de gentes** -en ese momento, piratería y trata de esclavos- y fuera de los límites de la Nación el Congreso determinará, por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio".

¹⁰³ I.a. el Juez Vázquez, en el Consid. 31 de su voto disidente, en el Caso Arancibia, ha expresado: "Que la solución aquí adoptada no controvierte la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, esta Corte ha reconocido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de las convenciones incorporadas a la Constitución por el art. 75 inc. 22 párr. 2º debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos 321:3555, consid. 10), pero ello **en modo alguno implica la facultad de los jueces de violar el orden jurídico interno so pretexto de proteger los derechos humanos, pues el aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación**". El Juez Fayt en el Consid. 43 de su voto disidente en el Caso Simón, ha señalado que: "(...) de conformidad con el art. 75 inc. 22 CN., el mencionado Pacto se incorporó 'en las condiciones de su vigencia'. Esta pauta indica que deben tomarse en cuenta las reservas y aclaraciones que nuestro país incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación internacional. Cabe recordar que el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del ap. 2 del art. 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el art. 18 CN, lo que, como luego se verá, se condice con la importancia y necesidad de "un margen nacional de apreciación" (reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8/8/1986; art. 4 ley 23313; al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina, Dr. Ruda, en el 15º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 3ª Comisión, sesiones 1007ª y 1009ª, del 31/10/1960 y 2/11/1960, respectivamente). No debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del ap. 2 fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (conf. Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscripta en Santiago de Chile el 9/9/1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA., 1959, Washington DC.)". En el Consid. 44, ha afirmado: "(...) El artículo citado (27 CN) consagra la supremacía de la Constitución -más precisamente, de los principios constitucionales- frente a los tratados internacionales, y de él proviene la "cláusula constitucional" o "**fórmula argentina**" expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis M. Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se deben excluir de los tratados en materia de arbitraje 'las cuestiones que afectan a las Constituciones de cada país'. En consecuencia, **los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución serán nulos** 'por falta de jurisdicción del gobierno para obligar a la Nación ante otras' (González, Joaquín V., Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26/8/1909 y vol. IX de sus "Obras completas", ps. 306 a 309)".

poránea y colectiva de los pueblos civilizados, y, por vía de ésta, la declaración de imprescriptibilidad de las penas correspondientes a hechos anteriores al dictado de las normas nacionales mediante las cuales la Argentina, como Estado soberano, se adhirió a él, **equivaldría a regirse por un derecho natural, suprapositivo, constituido por criterios de justicia no previstos en el derecho vigente al tiempo de los hechos de cuyo juzgamiento se trata**¹⁰⁴. * la aplicación de la costumbre internacional

¹⁰⁴ Estas expresiones corresponden al voto disidente del Juez Belluscio en el Caso *Arancibia* (Consid. 16), el que, además agrega: "(...) postular que en ausencia de normas constitucionales o legales que calificaran de antemano a los hechos como delitos de lesa humanidad y los consideraran imprescriptibles, igualmente correspondiera aplicarles esa calificación y esa consecuencia porque así lo disponía el derecho penal internacional al cual nuestro país aún no se había adherido. Mirado desde otra perspectiva, de acuerdo con esa tesis el derecho penal internacional resultaría aplicable por analogía o de manera derogatoria del derecho constitucional argentino por considerar que los preceptos contenidos en aquél -derivados de la conciencia de los pueblos civilizados- serían de más valor o se corresponderían más exactamente con el ideal común de justicia, a pesar de lo establecido en nuestra Ley Fundamental. Tal conclusión es jurídicamente inaceptable, porque parte de la base de considerar que la legislación argentina consagró una suerte de injusticia legal que obliga a reemplazarla por las reglas de valor que forman parte del sentimiento de los pueblos civilizados. Ese sentimiento, no ya nuestro derecho penal positivo, sería la fuente de las normas de conducta". En el Considerando 17, el mismo Magistrado recordó que: "frente a los mismos textos u otros similares, la sala criminal de la Corte de Casación francesa ha rechazado terminantemente tanto la aplicación retroactiva de acuerdos internacionales en materia penal como la de un supuesto Derecho Internacional consuetudinario que obligara a aplicar reglas no escritas". Agregó: "En una causa promovida por el Movimiento Contra el Racismo y por la Amistad Entre los Pueblos el juez de instrucción rehusó investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en Argelia entre 1955 y 1957, decisión que fue confirmada por la sala de instrucción de la Corte de Apelaciones de París, por considerar: "(...) 11) Que los hechos denunciados sólo podrían ser perseguidos si revistieran una calificación penal de Derecho interno o de Derecho Internacional; que el art. 212-1 CPen., que define los crímenes contra la humanidad, había sido introducido en la legislación interna el 11/3/1994, de manera que esa incriminación no puede aplicarse a hechos cometidos anteriormente, y que el art. 11 de la ley del 26/12/1964 que declaró imprescriptibles los crímenes contra la humanidad no dio de ellos ninguna definición, por lo que se refirió a textos internacionales preexistentes; que las únicas disposiciones de incriminación en el orden internacional a las cuales Francia se obligó son las previstas por la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg anexa al acuerdo de Londres del 8/8/1945, y las incluidas en la resolución de las Naciones Unidas del 13/2/1946, las cuales sólo contemplan los crímenes que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial, de manera que resultaban inaplicables en el caso; (...) 21) que para sostener la acción no es posible invocar una costumbre internacional que si en su caso puede guiar la interpretación de una convención, no puede suplir su ausencia para crear 'ab initio' una incriminación; (...) 31) que la aplicación de la calificación del art. 212 -1CPen. a hechos anteriores, 'a fortiori' ya prescriptos según las disposiciones del derecho común, estaría en contradicción con el principio de irretroactividad de la ley penal que no podría ser discutido sino sobre la base de una disposición expresa del legislador, que faltaba en el caso; que, igualmente, la

contrariaría las exigencias de que la ley penal debe ser cierta -exhaustiva y no general-, estricta -no analógica- y, concretamente con relación al *sub lite, scripta* -no consuetudinaria-. Sintetizando: las fuentes difusas -como característica definitoria de la costumbre internacional- son claramente incompatibles con el principio de legalidad¹⁰⁵.

En lo que hace a la retroactividad, debe tenerse en cuenta que no sólo la Corte argentina ha sostenido en caso de crímenes de lesa humanidad y otras graves violaciones a normas imperativas del derecho internacional general corresponde enlazar imprescriptibilidad con retroactividad, también lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el *Caso Ilaşcu*, ventilado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Rusia y Moldavia fueron

imprescriptibilidad de hechos anteriores no podría aceptarse sin chocar con el principio general establecido por el art. 112-2, 41, en ausencia de disposiciones específicas en ese sentido. "El recurso de casación, basado en la violación del art. 55 Constitución francesa, del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg anexo al Acuerdo de Londres del 8/8/1945, de la resolución de las Naciones Unidas del 16/2/1946, del artículo único de la ley del 26/12/1964, de los arts. 7.2 Convención Europea de Derechos Humanos y 15.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del art. 212-1 CPen., de la Ley de Amnistía del 31/7/1968, de la superioridad de la norma consuetudinaria represiva internacional sobre las leyes nacionales, del derecho de defensa, y en la ausencia de motivos y falta de base legal, fue rechazado por la Corte de Casación en los siguientes términos: "Atento que resulta de la sentencia atacada y de las piezas del expediente que el Movimiento Contra el Racismo y por la Amistad Entre los Pueblos (MRAP) ha denunciado a persona indeterminada y se ha constituido en parte civil por crímenes contra la humanidad en razón de las torturas y ejecuciones sumarias que, en un libro publicado el 3/5/2001, el general Paul X reveló haber practicado u ordenado practicar sobre la población civil, en Argelia entre 1955 y 1957, cuando era oficial de inteligencia al servicio del ejército francés; Atento que, para confirmar la ordenanza de primera instancia, la sala de instrucción consideró que al no poder ser perseguidos bajo la calificación crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados entraban en las previsiones de la Ley de Amnistía 68-697 del 31/7/1968; Atento que al pronunciarse así, los jueces justificaron su decisión; Que las disposiciones de la ley del 26/12/1964 y las del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres del 8/8/1945, únicamente conciernen a los hechos cometidos por cuenta de los países europeos del eje; Que, por otra parte, los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de irretroactividad de la ley penal más severa, enunciados por los arts. 8 Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, 7.1 Convención Europea de Derechos del Hombre, 15.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 111-3 y 112-1 CPen., constituyen un obstáculo a que los arts. 211-1 a 211-3 de ese Código, que reprimen los crímenes contra la humanidad, se apliquen a los hechos cometidos antes de la fecha de su entrada en vigor, el 11/3/1994; Que, en fin, **la costumbre internacional no podría suplir la ausencia de texto que incrimine, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados por la parte civil** (sent. del 17/6/2003, Bulletin Criminel, 2003, n. 122, p. 465; Recueil Dalloz, 2004-92).

¹⁰⁵ La frase corresponde al voto disidente del Juez Fayt en el *Caso Arancibia Clavel* (Consid. 42).

condenadas por violar varios artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos tras la detención y encarcelamiento de cuatro ciudadanos moldavos en un centro de la Transnistria, a pesar de no haberse hallado vigente para ellos el Convenio a la fecha de la comisión de los hechos (*Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], no 48787/99, CEDH 2004-VII-(8.7.04)¹⁰⁶.

Algunos doctrinarios han observado que en el evolutivo derecho internacional otros principios se han visto debilitados, tal el caso del principio *non bis in idem* y cosa juzgada, a los que han denominado “mito” que agoniza en el derecho procesal actual¹⁰⁷.

Percepciones postmodernas han afirmado la relatividad del principio de no retroactividad vinculado a la imprescriptibilidad de ciertos crímenes. Ello se observa en varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vg.: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr. 153.; *Caso Barrios Altos*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N 75, párr. 41; *Caso Trujillo Oroza*, Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, N° 92, párr. 92 b), etc. También se observa en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, i.a.: *Ilaşcu, Alexandru L. y otros c. Moldavia y Rusia*; *Banković y otros c. los países miembros de la OTAN*; *Gorraiz Lizarraga y otros c. España* (sentencia de 27 abril 2004); *Stran y Stratis Andreadis c. Grecia* (sentencia de 9 décembre 1994, Série a n° 301-b), *Papageorgiou c. Grecia* (sentencia de 22 octubre 1997, Recueil 1997-vi), *Building Societies c. Reino Unido* (sentencia de 23 octubre 1997, Recueil 1997-vii), *Zielinski y Pradal Ş Gonzalez y otros c. Francia*, n° 24846/94, 1999-vii), etc.

Frecuentemente, quienes asumen gobierno tras largos conflictos armados, rebeliones civiles o dictaduras, han preferido otorgar amnistías colectivas o individuales a quienes cometieron graves violaciones a los derechos humanos, como medio de pacificación social. Esa práctica, actualmente, al influjo de nuevas tendencias político-ideológicas es catalogada de viejo y aberrante derecho y suplantada en la práctica de un número creciente de Estados (aun cuando tal número esté lejos de representar una conciencia común de la comunidad de Estados).

4. REFLEXIONES FINALES

Creemos que el derecho internacional ha ido variando en las últimas décadas, en base a las mutaciones operadas en la sociedad internacional y sus percepciones político-ideológico-culturales, pasando de:

¹⁰⁶ V. PETCULESCU, J. “La contribution du droit international de la responsabilité a la protection des droits de l’homme du 8 juillet 2004 dans l’affaire Ilaşcu et autres c. la République de Moldova et la fédération de Russie”, *Revue Générale de Droit International Public*, 2005-3, pp. 381 y ss.

¹⁰⁷ V. i.a. URUEÑA, R.F. *Un mito que agoniza: el principio de ‘non bis in idem’ en el derecho procesal penal contemporáneo* (V. <http://www.elfaroderecho.com/archivos/nonbisinidem.htm>); PISANI, M. “Franco Carrara e il *ne bis in idem* internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXXXVIII, 2005-4, pp. 1022 y ss.

-la prevalencia del *valor institucional estatal universalista (derecho humano colectivo a que se respete “ad intra” y “ad extra” el sistema elegido por la comunidad para regularse*, manifestado en los principios de imperio y soberanía, principio de no intervención, principio de efectividad) con derecho del Estado a someter a grupos sediciosos o rebeldes que pudiesen poner en peligro las instituciones del Estado de la manera que estimara adecuado, para preservar la sociedad como conjunto y sus derechos colectivos establecidos con carácter de obligación primaria y fundamental del Estado a:

-la prevalencia del *valor individual de los derechos humanos con percepción crítica, reflexivista, particularista*, implicando ello la debilitación de los principios fundamentales de la etapa anterior, correspondiendo al Estado asegurar la protección de los derechos humanos fundamentales del individuo con visión fundada en percepciones propias del relativismo cultural¹⁰⁸.

La sociedad nacional y la internacional han cambiado. A la modernidad-racionalidad-prevalencia de lo social/institucional y la seguridad jurídica del colectivo ha sucedido (probablemente, como en las épocas históricas que nos han precedido, por un corto período¹⁰⁹) una era postmoderna-relativista agnóstica, criticista o constructivista con prevalencia de lo particular/individual, facticista/casuista, tal como lo señaláramos *supra*¹¹⁰.

Destacamos esta percepción de “nueva sociedad”, “nuevo derecho”, en tanto, los dos tribunales internacionales de derechos humanos que existen (a más de un importante número de tribunales nacionales) se han ido adhiriendo a la visión postmoderna señalada. La misma ha ido creciendo y contribuyendo a la formación de una nueva eventual *opinio iuris*. Decimos esto último, en tanto, los Estados no se han retirado de los tratados que crearon el sistema jurisdiccional que cambió su doctrina jurisprudencial, ni han retirado sus declaraciones de sumisión obligatoria a esas cortes,

¹⁰⁸ V. con relación a universalismo v. relativismo y la eventual usurpación por parte del poder judicial de las funciones del legislativo, como también por parte de los poderes nacionales del derecho internacional, CURRAN, P.D. “Universalism, Relativism, and Private Enforcement of Customary International Law”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, N° 1 (2004-2005), pp. 311 y ss.

¹⁰⁹ Ya los sofistas, *i.a.*: * han destacado que hay una oposición entre la justicia y la legalidad (nomos): la primera es ley de la naturaleza y mantiene siempre su validez en todo lugar; la segunda es ley humana y variable, engendradora de poder tiránico y arbitrario (Hippias); han argumentado que toda legalidad representa los intereses de los más fuertes, consolidando sociedades injustas (Trasimaco); han señalado las falencias de las normas generales que no contemplan las particularidades fácticas y la singularidad de los acontecimientos (Protágoras), etc.

¹¹⁰ La mutabilidad de la sociedad y su derecho ha sido resalado por numerosos doctrinarios. Así, en particular, Nahlik hace referencia a un *jus cogens* “necessarily changeable” (Nahlik, S.B. “The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties”, *American Journal of International Law*, 1971, pp.736 y ss.).

como respuesta a sus fallos, dando apoyo con ello a la nueva tendencia. Es una dimensión jurídica que avanza sin oposición de los Estados, más allá de que algunas voces de doctrinarios se hayan alzado al rescate de un orden general social que dé seguridad jurídica a todos, como bien superior colectivo. Es de observar que la sociedad es más amplia, dinámica y heterogénea que nunca, bien distante de la homogénea cultura de civilización europea, predominante unas décadas atrás.

La CSJN, tomando las banderas de ese “nuevo derecho” ha aplicado las fuentes del derecho internacional de manera particular, voluntarista, progresista, distinta a la consolidada en el derecho internacional. Es de observar que, cuanto más ideologizado/parcializado esté el perfil de las interpretaciones que hace la Corte, tanto más débil será su aporte a la conformación de una eventual futura norma de derecho internacional general. El peligro de la politización y forzamiento de la evolución del derecho ha sido destacado por Danilenko¹¹¹. La presión puede llevar a una más conflictiva relación interestatal por falta de consenso en la sensible cuestión relativa a la construcción normativa del derecho internacional general, en particular, del *ius cogens*¹¹².

Sin embargo, tal como lo señaláramos al inicio de este trabajo, no deja de ser un gran adelanto desde el punto de vista del Derecho internacional el monismo jurídico con primacía del Derecho internacional que la CSJN con sus fallos ha consolidado.

¹¹¹ El referido autor señala: “States pressing for the rapid reforms in the existing international legal order regard the concept as a powerful tool of renovation. The proponents of reforms have discovered that by creating a few peremptory principles they may bring about radical changes in the entire system of the existing legal relationships”. “As a practical matter, there is a growing danger that in the absence of clearly defined procedures for the creation of peremptory norms their emergence and subsequent identification may become a matter of conflicting assertions reflecting political preferences of different groups of states. Lack of consensus as regards the basic parameters of the law-making process leading to the emergence of peremptory rules inevitably opens the door for the political misuse of the concept”. DANILENKO E. “International Ius Cogens: Issues of Law-Making”, *EJIL*, Vol. 2, N° 1, pp. 42. Asimismo, había señalado AGO la necesidad de la generalidad, universalidad de la práctica-*opinio juris*: “(...) il faut que la conviction du caractère impératif de la règle soit partagée par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale et non seulement, par exemple, par les Etats de l’Ouest ou de l’Est, par les pays développés ou en voie de développement, par ceux d’un continent ou d’un autre”. (Cf. AGO, R. “Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne”, *Recueil des Cours* (1971-III) Vol. 134, pp. 237).

¹¹² PAULUS, A.L. como cierre de sus reflexiones del trabajo que refiriéramos *supra* (“*Jus cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation” ha señalado: “*Jus cogens* cannot substitute for the emergence of consensual values and institutions, and it is dangerous to allow its abuse for bringing them about by other means” (www.jura.uni-munchen.de/Einrichtungen/Is/nolte). V., asimismo al respecto, PETCULESCU, I. “Droit international de la responsabilité et Droits de l’Homme”, *Revue Générale de Droit International Public*, 2005-3, pp. 581 y ss.

LEGISLACIÓN

BLANCA

**CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS
POR LA REPUBLICA ARGENTINA
PERIODO 12-08-2006 al 30-09-2007**

Sistematización a cargo de *María Alejandra Sticca*

SUMARIO

1. Comercio Internacional. 2. Comunicaciones y Transporte. 3. Cooperación Cultural, Científica, Técnica, Económica, Financiera, Industrial y Comercial. 4. Cooperación Fronteriza. 5. Cursos de Aguas Internacionales. 6. Derecho Aeronáutico y Espacial. 7. Derecho Diplomático y Consular. 8. Derecho Fiscal. 9. Derecho Humanitario. 10. Derechos Humanos. 11. Derecho Internacional Penal. 12. Derecho Internacional Privado. 13. Derecho Laboral y Social. 14. Derecho Marítimo. 15. Energía y Materiales Nucleares. 16. Extradición. 17. Integración. 18. Medio Ambiente. 19. Migraciones. 20. Organizaciones y Asociaciones Internacionales y Regionales. 21. Paz y Amistad. 22. Pesca. 23. Prevención y Represión del Tráfico de Estupefacientes. 24. Sanidad. 25. Turismo. 26. Otras disposiciones legales de la República Argentina de interés para el Derecho Internacional.

1. COMERCIO INTERNACIONAL

Ley 26231 Acuerdo Comercial entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular, suscripto en Buenos Aires el 16 de octubre de 2003. Aprobación

Sanción: 28/03/2007 Promulgación: 25/04/2007 B.O.: 26/04/2007.

2. COMUNICACIONES Y TRANSPORTE

Ley 26164 Convenio de Tampere sobre el Suministro de Recursos de Telecomunicaciones para la Mitigación de Catástrofes y las Operaciones de Socorro en casos de Catástrofe, adoptado en Tampere-República de Finlandia- el 18 de junio de 1998. Aprobación

Sanción: 01/11/2006 Promulgación: 24/11/2006 B.O.: 30/11/2006.

Ley 26241 Instrumentos de enmienda a la constitución y al convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, suscriptos en Marrakech -Reino de Marruecos- el 18 de octubre de 2002. Aprobación
Sanción: 11/04/2007 Promulgación: 04/05/2007 B.O.: 07/05/2007.

**3. COOPERACIÓN CULTURAL, CIENTÍFICA,
TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, INDUSTRIAL,
COMERCIAL y DE SALUD**

Ley 26149 Acuerdo de Cooperación Económica y Comercial entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Corea, suscripto en Buenos Aires, el 15 de noviembre de 2004. Aprobación
Sanción: 27/09/2006 Promulgación: 19/10/2006 B.O.: 25/10/2006.

Ley 26159 Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre Cooperación Técnico-Militar, suscripto en Moscú, Federación de Rusia, el 25 de junio de 2004. Aprobación
Sanción: 25/10/2006 Promulgación: 15/11/2006 B.O.: 17/11/2006.

Ley 26161 Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, adoptada en la 33ª Reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO-, el 19 de octubre de 2005. Aprobación
Sanción: 01/11/2006 Promulgación: 24/11/2006 B.O.: 28/11/2006.

Ley 26236 Acuerdo por Canje de Notas entre la República Argentina y la República Italiana sobre el establecimiento en Buenos Aires de una «Unidad Técnica Local», suscripto en Buenos Aires por notas del 18 de enero y del 11 de febrero de 2005. Aprobación
Sanción: 11/04/2007 Promulgación: 04/05/2007 B.O.: 07/05/2007.

Ley 26239 Convenio de Cooperación técnica y científico-tecnológica entre la República Argentina y el Reino de Arabia Saudita, suscripto en Buenos Aires, el 25 de septiembre de 2000. Aprobación
Sanción: 11/04/2007 Promulgación: 04/05/2007 B.O.: 07/05/2007.

Ley 26248 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Belarús sobre Cooperación Económica y Comercial, suscripto en Buenos Aires el 28 de octubre de 2004. Aprobación
Sanción: 25/04/2007 Promulgación: 21/05/2007 B.O.: 22/05/2007.

Ley 26255 Convenio Marco de Cooperación en Materia de Salud y Ciencias Médicas entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China, suscripto en Beijing - República Popular China - el 28 de junio de 2004. Aprobación Sanción: 25/04/2007 Promulgación: 21/05/2007 B.O.: 22/05/2007.

Ley 26284 Convenio de Cooperación Cultural y Educativa entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Corea, suscripto en Buenos Aires el 15 de noviembre de 2004. Aprobación Sanción: 15/08/2007 Promulgación: 12/09/2007 B.O.: 13/09/2007.

4. COOPERACIÓN FRONTERIZA

5. CURSOS DE AGUAS INTERNACIONALES

Ley 26187 Acuerdo de Sede entre la Republica Argentina y la Comisión Mixta Argentino Paraguaya del Río Paraná Suscrito en Asunción – República del Paraguay – 17 de abril de 2001. Aprobación Sanción: 29/11/2006 Promulgación: 21/12/2006 B.O.: 29/12/2006.

6. DERECHO AERONÁUTICO Y ESPACIAL

Ley 26.188 Acuerdo entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República Popular China sobre transporte aéreo civil, suscripto en Beijing –República Popular China– el 28 de junio de 2004. Aprobación Sanción: 29/11/2006 Promulgación: 21/12/2006 B.O.: 04/01/2007.

7. DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR

Ley 26193 Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional adoptado en Nueva York -Estados Unidos de América- el 9 de septiembre de 2002. Aprobación Sanción: 06/12/2006 Promulgación: 26/12/2006 B.O.: 27/12/2006.

8. DERECHO FISCAL

Ley 26185 Convenio entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la Federación de Rusia para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el capital, suscripto en Buenos Aires el 10 de octubre de 2001. Aprobación Sanción: 29/11/2006 Promulgación: 21/12/2006 B.O.: 03/01/2007.

Ley 26232 Protocolo Modificatorio del Convenio entre la República Argen-

tina y la República de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuesto a la renta, ganancias o beneficios y sobre el capital y el patrimonio, suscripto en Santiago, República de Chile, el 23 de abril de 2003. Aprobación
Sanción: 28/03/2007 Promulgación: 25/04/2007 B.O.: 26/04/2007.

- Ley 26276** Protocolo Modificatorio al Convenio del 4 de abril de 1979 entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, suscripto en Buenos Aires el 15 de agosto de 2001. Aprobación
Sanción: 18/07/2007 Promulgación: 10/08/2007 B.O.: 13/08/2007.

9. DERECHO HUMANITARIO

- Ley 26155** Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, adoptado en La Haya - Reino de los Países Bajos- el 14 de mayo de 1954. Aprobación
Sanción: 11/10/2006 Promulgación: 01/11/2006 B.O.: 03/11/2006.
- Ley 26200** Ley de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la Ley N° 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional. Disposiciones Generales Penas y principios generales. Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional. Relaciones con la Corte Penal Internacional.
Sanción: 13/12/06 Promulgación: 05/01/07 B.O.: 09/01/2007.
- Ley 26247** Implementación de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.
Sanción: 25/04/07 Promulgación: 21/05/07 B.O.: 22/05/2007.

10. DERECHOS HUMANOS

- Ley 26171** Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999. Aprobación
Sanción: 15/11/2006 Promulgación: 06/12/2006 B.O.: 11/12/2006.

11. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

- Ley 26137** Tratado de Cooperación entre la República Argentina y los Estados Unidos Mexicanos sobre Asistencia Jurídica en Ma-

teria Penal, suscripto en Buenos Aires el 4 de julio de 2002. Aprobación
Sanción: 16/08/2006 Promulgación: 30/08/2006 B.O.: 04/09/2006.

- Ley 26138** Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 31 de mayo de 2001. Aprobación
Sanción: 16/08/2006 Promulgación: 04/09/2006 B.O.: 05/09/2006.
- Ley 26139** Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, adoptada en Nassau-Bahamas, el 23 de mayo de 1992. Aprobación
Sanción: 16/08/2006 Promulgación: 04/09/2006 B.O.: 06/09/2006.
- Ley 26196** Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal suscripto con el Gobierno de la República Francesa el 14 de octubre de 1998. Aprobación
Sanción: 06/12/2006 Promulgación: 26/12/2006 B.O.: 27/12/2006.
- Ley 26200** Ley de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la ley N° 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional.
Sanción: 13/12/2006 Promulgación: 05/01/2007 B.O.: 09/01/2007.
- Ley 26249** Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados Partes del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile, firmado en Belo Horizonte, República Federativa del Brasil, el 16 de diciembre de 2004. Aprobación
Sanción: 25/04/2007 Promulgación: 21/05/2007 B.O.: 22/05/2007.
- Ley 26250** Acuerdo Complementario al Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del Mercosur, suscripto en Brasilia - República Federativa del Brasil -, el 5 de diciembre de 2002. Aprobación
Sanción: 25/04/2007 Promulgación: 21/05/2007 B.O.: 22/05/2007.
- Ley 26251** Tratado entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Canadá sobre traslado de condenados, suscripto en Buenos Aires, el 3 de julio de 2003. Aprobación
Sanción: 25/04/2007 Promulgación: 21/05/2007 B.O.: 22/05/2007.

Ley 26252 Convenio entre la República Argentina y la República Dominicana sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto en Santo Domingo - República Dominicana -, el 23 de febrero de 2004. Aprobación Sanción: 25/04/2007 Promulgación: 21/05/2007 B.O.: 22/05/2007.

Ley 26259 Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, firmado en Belo Horizonte - República Federativa del Brasil- el 16 de diciembre de 2004. Aprobación Sanción: 09/05/07 Promulgación: 01/06/07 B.O.: 04/06/2007.

12. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ley 26228 Protocolo Adicional entre la República Argentina y la República Italiana modificando el Convenio de Nacionalidad del 29 de octubre de 1971, suscripto en Buenos Aires el 16 de agosto de 2005. Aprobación Sanción: 28/03/2007 Promulgación: 25/04/2007 B.O.: 26/04/2007.

Ley 26229 Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, suscrito en Estrasburgo- República Francesa - el 24 de marzo de 1971. Aprobación Sanción: 28/03/2007 Promulgación: 25/04/2007 B.O.: 26/04/2007.

Ley 26230 Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas. Aprobación Sanción: 28/03/2007 Promulgación: 25/04/2007 B.O.: 26/04/2007.

13. DERECHO LABORAL Y SOCIAL

Ley 26273 Protocolo Complementario al Convenio de Seguridad Social entre la República Argentina y el Reino de España, suscripto en Buenos Aires el 21 de marzo de 2005. Aprobación Sanción: 18/07/2007 Promulgación: 10/08/2007 B.O.: 13/08/2007.

14. DERECHO MARÍTIMO

15. ENERGÍA Y MATERIALES NUCLEARES

16. EXTRADICIÓN

17. INTEGRACIÓN

Ley 26144 Decisión del Consejo del Mercado Común del MERCOSUR N°

17/02, «SIMBOLOS DEL MERCOSUR», suscripta en la ciudad de Brasilia el 6 de diciembre de 2002. Aprobación

Derógase la Ley N° 25.314.

Sanción: 27/09/2006 Promulgación: 23/10/2006 B.O.: 25/10/2006.

Ley 26146 Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, suscripto en Montevideo- República Oriental del Uruguay- el 9 de diciembre de 2005. Aprobación

Sanción: 27/09/2006 Promulgación: 19/10/2006 B.O.: 23/10/2006.

Ley 26163 Protocolo de Integración Educativa para la Formación de Recursos Humanos a Nivel de Post-Grado entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia, suscripto en Brasilia -República Federativa del Brasil- el 5 de diciembre de 2002. Aprobación

Sanción: 01/11/2006 Promulgación: 24/11/2006 B.O.: 29/11/2006.

Ley 26192 Protocolo de adhesión de la República bolivariana de Venezuela al Mercosur, suscripto en Caracas -República Bolivariana de Venezuela-, el 4 de julio de 2006. Aprobación

Sanción: 06/12/2006 Promulgación: 07/12/2006 B.O.: 11/12/2006.

Ley 26249 Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados Partes del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile, firmado en Belo Horizonte, República Federativa del Brasil, el 16 de diciembre de 2004. Aprobación

Sanción: 09/05/2007 Promulgación: 01/06/2007 B.O.: 22/05/2007.

Ley 26250 Acuerdo Complementario al Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del Mercosur, suscripto en Brasilia - República Federativa del Brasil -, el 5 de diciembre de 2002. Aprobación

Sanción: 25/04/07 Promulgación: 21/05/07 B.O.: 22/05/2007.

Ley 26254 Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Argentina y la Asociación de Estados del Caribe (AEC), suscripto en Puerto España- Trinidad y Tobago-, el 8 de noviembre de 2002. Aprobación

Sanción: 25/04/2007 Promulgación: 21/05/2007 B.O.: 22/05/2007.

Ley 26259 Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, firmado en Belo Horizonte - República Federativa del Brasil- el 16 de diciembre de 2004. Aprobación

Sanción: 09/05/07 Promulgación: 01/06/07 B.O.: 04/06/2007.

18. MEDIO AMBIENTE

- Ley 26128** Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú sobre Cooperación en Materia de Desastres, suscripto en Buenos Aires el 11 de junio de 2004. Aprobación
Sanción: 02/08/2006 Promulgación: 23/08/2006 B.O.:25/08/2006.
- Ley 26237** Acuerdo entre la República Argentina y la República de Turquía sobre cooperación en materia de Protección Vegetal, suscripto en Ankara -República de Turquía- el 28 de marzo de 2005. Aprobación
Sanción: 11/04/2007 Promulgación: 04/05/2007 B.O.: 07/05/2007.
- Ley 26253** Acuerdo entre la República Argentina y la República de Turquía sobre Cooperación en materia de protección vegetal, suscripto en Ankara -República de Turquía- el 28 de marzo de 2005. Aprobación
Sanción: 25/04/2007 Promulgación: 21/05/2007 B.O.: 23/05/2007.

19. MIGRACIONES

- Ley 26126** Acuerdo Migratorio entre la República Argentina y la República de Bolivia, suscripto en Buenos Aires el 21 de abril de 2004. Aprobación
Sanción: 02/08/2006 Promulgación: 23/08/2006 B.O.:24/08/2006.
- Ley 26202** Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1990. Aprobación
Sanción: 13/12/2006 Promulgación: 10/01/2007 B.O.:17/01/2007.
- Ley 26240** Acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil para la concesión de residencia permanente a titulares de residencias transitorias o temporarias, suscripto en Puerto Iguazú el 30 de noviembre de 2005. Aprobación
Sanción: 11/04/2007 Promulgación: 04/05/2007 B.O.: 07/05/2007.

20. ORGANIZACIONES Y ASOCIACIONES INTERNACIONALES Y REGIONALES

- Ley 26148** Convenio de Santa Cruz de la Sierra Constitutivo de la Secretaría General Iberoamericana, suscripto en La Paz, República de Bolivia y el Estatuto de la Secretaría General Iberoame-

ricana, aprobado en San José de Costa Rica, República de Costa Rica. Aprobación

Sanción: 27/09/2006 Promulgación: 19/10/2006 B.O.: 24/10/2006.

Ley 26186 Acuerdo de Sede entre la República Argentina y la Liga de los Estados Árabes para el establecimiento de una misión permanente de la Liga de los Estados Árabes en la República Argentina, suscripto en Nueva York – ESTADOS UNIDOS DE AMERICA – el 16 de septiembre de 2005. Aprobación
Sanción: 29/11/2006 Promulgación: 21/12/2006 B.O.: 29/12/2006.

Ley 26187 Acuerdo de Sede entre la Republica Argentina y la Comisión Mixta Argentino Paraguaya del Río Paraná Suscrito en Asunción – Republica del Paraguay – 17 de abril de 2001. Aprobación
Sanción: 29/11/2006 Promulgación: 21/12/2006 B.O.: 29/12/2006.

Ley 26256 Convenio Básico entre el Gobierno de la República Argentina y la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud sobre Relaciones Institucionales y Privilegios e Inmunidades, suscripto en Buenos Aires el 16 de junio de 2005. Aprobación
Sanción: 25/04/2007 Promulgación: 21/05/2007 B.O.: 22/05/2007.

21. PAZ Y AMISTAD

Ley 26247 Implementación de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.
Sanción: 25/04/2007 Promulgación: 21/05/2007 B.O.: 22/05/2007.

22. PESCA

23. PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES

24. SANIDAD

Ley 26127 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y la Oficina Internacional de Epizootias Referente a la Representación Regional para las Américas de la Oficina Internacional de Epizootias en la República Argentina y a sus Privilegios e Inmunidades en Territorio Argentino, suscripto en Buenos Aires y París, el 24 de noviembre de 2003. Aprobación
Sanción: 02/08/2006 Promulgación: 23/08/2006 B.O.: 25/08/2006.

- Ley 26253** Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Armenia sobre Cooperación en Materia de Protección Vegetal y Cuarentena Fitosanitaria, suscripto en Ereván - República de Armenia - el 31 de agosto de 2005. Aprobación
Sanción: 11/04/2007 Promulgación: 04/05/2007 B.O.: 23/05/2007.

25. TURISMO

26. OTRAS DISPOSICIONES LEGALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DE INTERÉS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL

- Ley 26162** Reconócese la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial -CERD-, de conformidad con lo previsto en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial aprobada por Ley 17.722, para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de la jurisdicción de la República Argentina, que alegaren ser víctimas de violaciones por parte del Estado Nacional de cualquiera de los derechos estipulados en dicha Convención.
Sanción: 01/11/2006 Promulgación: 24/11/2006 B.O.: 29/11/2006.
- Ley 26165** Disposiciones Generales. Extradición. Condición jurídica del refugiado. Órganos Competentes y funciones en materia de refugiados. Procedimiento para la determinación de la condición de refugiado. Disposiciones finales
Sanción: 08/11/2006 Promulgación: 28/11/2006 B.O.: 01/12/2006.

JURISPRUDENCIA

BLANCA

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR

LAUDO N 1/2007

LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA SOLICITUD DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCESO EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS COMPENSATORIAS – CONTROVERSA ENTRE URUGUAY Y ARGENTINA SOBRE PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY.

En la ciudad de Asunción República del Paraguay, a los ocho días del mes de junio de 2007.

I. VISTO:

La petición de la República Argentina (en adelante, Argentina), presentada el 3 de mayo de 2007 en la cual solicita al Tribunal Permanente de Revisión (en adelante, el Tribunal) que se pronuncie sobre la proporcionalidad de las medidas compensatorias aplicadas por la República Oriental del Uruguay (en adelante, Uruguay) en relación con el incumplimiento del Laudo recaído en la controversia “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados” (Laudo N 1/2005 y su Laudo Aclaratorio 1/2006), y cumplidos los trámites de rigor.

II. CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

1.1. A través de la Ley 25.626 (08/08/2002; BO 09/08/02), Argentina decidió prohibir “la importación de las mercaderías individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, elaborado bajo los auspicios del Consenso de Cooperación Aduanero, firmado en Bruselas, Reino de Bélgica, el 14 de julio de 1983, y modificado por su Protocolo de Enmienda hecho en Bruselas el 24 de junio de 1986, y sus notas explicativas que figuran en la Nomenclatura Común del Mercosur bajo N.C.M. 4012.10.00 Neumáticos: (llantas neumáticas) recauchutados y 4012.20.00 Neumáticos (llantas neumáticas) usados”, sin discriminación de su origen extra o intra Mercosur.

1.2. Considerando que dicha normativa era incompatible con el Derecho del Mercosur, Uruguay radicó la demanda arbitral pertinente. En primera instancia, el Tribunal *ad hoc* (en adelante, TAH) estableció que la

norma impugnada observaba los principios del derecho mercosureño (laudo de 25 de octubre de 2005, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TAH-2/05, BOM N 00, pendiente de publicación, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

1.3. En virtud del recurso de revisión dirigido contra dicha sentencia, el Tribunal, decidió, por mayoría, hacer lugar a dicho recurso, revocar la decisión y, constatando que la ley en cuestión infringía el Derecho del Mercosur, determinar, entre otros, que la Argentina debía proceder a su derogación o modificación “por la vía Institucional apropiada, dentro del plazo de ciento veinte días corridos” a partir del dictado de la decisión (laudo de revisión de 20 de diciembre de 2005, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TPR-1/05 – Laudo N 1/2005 -, BOM N 00, pendiente de publicación, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

1.4. Dicha sentencia fue objeto de una solicitud de aclaratoria, evacuada oportunamente por el Tribunal (aclaratoria de 13 de enero de 2006, laudo de revisión Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TPR-1/05 - Laudo N° 1/2006- BOM N 00, pendiente de publicación, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

1.5. Posteriormente, Uruguay, considerando que la Argentina no había dado cumplimiento a la decisión del Tribunal, tras solicitar según sus afirmaciones en reiteradas ocasiones la observancia del Laudo N 1/2005, antes citado, decidió la aplicación de medidas compensatoria, a través del Decreto 142/007 (17/04/2007/DO 26/04/07).

A través de dicho Decreto fija una tasa global arancelaria del 16% a la importación de la Argentina de neumáticos con las NCM 4011.10.00.00 y 4012.11.00.00 (neumáticos – llantas neumáticas). Tal decreto tiene vigencia a partir del 18 de abril de 2007.

2. Marco normativo: la presente controversia se halla regida por los artículos 31 y 32 del Protocolo de Olivos (en adelante PO), así como los artículos 43 y 44 del Reglamento del BO (en adelante RPO).

3. Alegaciones de las Partes

3.1 Argentina

3.1.1. Argentina expone, en primer lugar, que la medida compensatoria tiene efectos que provocan desvío de comercio, en particular en beneficio de Brasil y China, entre otros países.

3.1.2. En cuanto a la determinación del “exceso” de una medida compensatoria, la Argentina, luego de señalar que el PO no establece los criterios aplicables y tampoco existen precedentes jurisprudenciales al respecto, en especial en el marco del sistema de solución de controversias mercosureño, destaca que los mismos deberán ser decididos por el Tribunal.

3.1.3. A pesar del silencio del PO, considera que la utilización de la expresión “equivalentes”, utilizada en su artículo 31, incisos 1 y 2, hace relación, tal como se entiende en foros como la Organización Mundial del Comercio (OMC), a la equivalencia que debe existir entre la medida

compensatoria y al perjuicio provocado a la parte reclamante por la medida incompatible con el Derecho del Mercosur, lo cual avala con la invocación de laudos dictados en el ámbito de la OMC. Menciona a su vez, que las medidas habilitadas en dicha Organización carecen de naturaleza punitiva, lo cual significa, según los laudos que cita, que aquellas tienen por finalidad inducir al cumplimiento de la decisión arbitral respectiva, sin que ello debe entenderse como una autorización para que las mismas suspendan las concesiones en un nivel mayor del equivalente al nivel de la anulación o menoscabo provocado al Estado que la aplica.

3.1.4. A partir de su análisis del artículo 32, inciso 2, literal "i", del PO, concluye que la proporcionalidad de la medida compensatoria debe considerarse en relación a los perjuicios que surgen a partir del incumplimiento del laudo, por lo que no puede ser incluido en dicho análisis los daños provocados desde el momento en que se puso en vigencia la medida argentina que restringió las importaciones, que, obviamente, es anterior a la emisión del laudo; todo lo cual basa en laudos de la OMC.

3.1.5. Para la Argentina, la redacción del artículo 32, inciso 2, literal "ii", del PO, al mencionar los otros factores al margen del volumen o valor del comercio que pueden incidir en la determinación de la medida compensatoria, determina que corresponde a Uruguay la carga de la prueba al respecto.

3.1.6. Asimismo, la Argentina agrega, sobre la base de laudos de la OMC, que el criterio para evaluar el nivel del perjuicio provocado por una medida nacional inconsistente con el derecho mercosureño es el impacto sobre el valor de las importaciones, es decir aquellas corrientes comerciales que existiría de no haberse dictado dicha medida.

3.1.7. En orden a todo lo anterior, Argentina solicita al Tribunal, que declare que las medidas compensatorias uruguayas resultan excesivas y desproporcionadas en relación a las consecuencias que surgen del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado, que establezca el monto proporcionado de las medidas compensatorias que podría aplicar Uruguay y, que determine que Uruguay deberá adecuar las medidas compensatorias en causa en el plazo de diez días.

3.1.8. En forma posterior, respondiendo al traslado que le fuera corrido por providencias del Tribunal de 21 y 23 de mayo de 2007, Argentina, en su extenso escrito, destaca, primeramente, que su actitud no ha sido omitir el cumplimiento del laudo, sino que ha tenido lugar a este respecto una demora en su acatamiento, producto, según afirma, de los procedimientos internos y plazos necesarios para la aprobación de una ley modificatoria de la Ley N° 25.626. Agrega además que en todo momento ha informado a Uruguay sobre las medidas internas que se vienen realizando en función de tal fin.

3.1.9. Con base en el artículo 34 del PO (principios y disposiciones del Derecho Internacional), afirma que la interpretación del Tribunal deberá estar guiada por las pautas hermenéuticas que ofrece al respecto los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

3.1.10. Tras no compartir la interpretación efectuada por Uruguay sobre el término “equivalente” que figura en el artículo 31 del PO, considera que dicho concepto ha de entenderse implícitamente referido al nivel de anulación o menoscabo ocasionado por el incumplimiento del laudo, hermenéutica que surge si se considera, según agrega, que esta norma se inspira en el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por el que se rige el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC (ESD).

3.1.11. Según Argentina, la interpretación de Uruguay acerca del concepto de “proporcionalidad” como requiriendo que existe relación entre las medidas compensatorias y cumplimiento del laudo como objetivo de las mismas, y no en vinculación al daño provocado por su incumplimiento, no resulta ajustada al texto del PO, en particular a los artículos 31 y 32 de dicho instrumento. En última instancia, según dicho Estado, la interpretación uruguaya implicaría reconocer a la medida compensatoria carácter punitivo, lo cual sólo podría derivar de un acuerdo expreso de los Estados Partes, que no existe actualmente, no pudiendo tampoco presumirse tal delegación de soberanía.

3.1.12. Con respecto al recurso a la jurisprudencia de la OMC, destaca que ella es pertinente por varias razones. En primer lugar, según la doctrina que cita, el PO se inspira en el ESD; además, a diferencia de las normas de la Unión Europea, aquella normativa se encuentra mencionada en el artículo 1, inciso 2, del PO; asimismo, dicho régimen ha sido reconocido en Acuerdo de Complementación Económica firmados por el MERCOSUR, lo que demuestra una orientación del bloque hacia la naturaleza “compensatoria” de las medidas compensatorias en función del incumplimiento del laudo.

3.1.13. Por otro lado, si bien existen sistemas de integración donde a este tipo de medidas se les confiere carácter punitivo, ello resulta de una delegación expresa de los Estados, como es el caso del Tratado de la Comunidad Europea (artículo 171, hoy 228), luego de la reforma introducida por el Tratado de la Unión Europea, pues en materia punitiva no es posible aplicar la analogía. Además la Comisión ha definido los criterios y métodos de cálculo, para solicitar al Tribunal de Justicia, la imposición de las multas correspondientes por incumplimiento de sus sentencias. Las mismas consideraciones vierte en relación al régimen que impera en la Comunidad Andina. Todo ello, afirma Argentina, es diferente a lo que sucede en el MERCOSUR, donde la normativa no autoriza al Tribunal a sancionar el incumplimiento de un laudo.

3.1.14. Invocando el artículo 34 de la citada Convención de Viena, considera que nada autoriza en el MERCOSUR a aplicar ni el derecho comunitario europeo ni el derecho comunitario andino.

3.1.15. Según el mismo Estado la apreciación del concepto de proporcionalidad que hizo el Tribunal en el Laudo N° 1/2005, antes citado, se refirió a la proporcionalidad que debe observar toda medida que restrinja la libre circulación de mercaderías a fin de ser compatible con las normas del MERCOSUR, siendo ello, como se observa, un ámbito diferente del presente asunto.

3.1.16. A su vez, en cuanto a los criterios invocados por Uruguay para determinar la medida compensatoria, en tanto ellos, según Argentina, no expresen concretamente las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo, resultan inválidos.

3.1.17. Por otro lado, Uruguay, en opinión de Argentina, no ha cumplido en absoluto con su carga de la prueba, prevista en el artículo 44, inciso 2, del RPO en relación al carácter proporcional del arancel del 16% aplicado.

3.1.18. Argentina cuestiona también los datos aportados por Uruguay que acreditarían que, a pesar del mencionado arancel, las exportaciones argentinas mantendrían aún margen de competitividad. Según sus datos de comercio exterior dicho margen no existe, y resultan beneficiadas por lo mismo las importaciones de Uruguay desde Brasil y China.

3.1.19. Finalmente, Argentina manifiesta que la proporcionalidad de las medidas compensatorias con las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo debe determinarse comparando las corrientes comerciales de las posiciones involucradas. Cabe destacar, añade, que la medida uruguaya afecta un flujo comercial más de 30 veces superior al afectado por la prohibición argentina, el cual llega a once veces más si se le agrega a las exportaciones uruguayas perjudicadas un factor de crecimiento anual de 10%. En este contexto, considera que, teniendo en cuenta la tasa de crecimiento de ambas corrientes comerciales afectadas argentina y uruguaya, en aquel porcentaje, aun cuando en el caso de las exportaciones argentinas éste es mayor, una medida compensatoria proporcional consistiría en la aplicación a las exportaciones argentinas en causa de una cuota arancelaria de 104.995 unidades libres del arancel, con un arancel del 16% para la corriente comercial que supere dicha cuota. En cuanto a los demás argumentos, el Tribunal se remite *in totum* a las presentaciones argentinas.

3.1.20. En consecuencia, solicita al Tribunal, entre otros, que declare que la medida compensatoria uruguaya es excesiva y desproporcionada en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo N 1/2005, antes citado, que Uruguay podrá aplicar una medida compensatoria hasta el monto que identifica, que disponga el establecimiento por Uruguay de una cuota arancelaria como la referida *ut supra*; que Uruguay deberá adecuar su medida compensatoria en el plazo de 10 días, y que la misma deberá ser dejada sin efecto a partir de que se adopten las medidas necesarias para cumplir el laudo citado.

3.2. Uruguay

3.2.1. Uruguay destaca, primeramente, que la Argentina reconoce, en este caso en concreto, la existencia del presupuesto esencial para la aplicación de medida compensatoria, a saber el incumplimiento del Laudo N 1/2005, antes citado.

3.2.2. Para Uruguay, el sistema jurisdiccional del Mercosur y su efectiva aplicación constituye la garantía misma del proceso de integración. Por otro lado, el carácter obligatorio de los laudos surge del PO, razón por la cual

su incumplimiento implica una violación tanto a la norma mercosureña objeto del fallo como así también al citado Protocolo, lo que constituye así una afectación a la esencia misma del proceso de integración.

3.2.3. Las medidas compensatorias habilitadas por el PO, según Uruguay, tienen por objetivo no sólo que el Estado acate el Laudo del Tribunal sino también reducir el daño provocado por la demora en la observancia de dicho laudo. Sin embargo, en este caso, las medidas adoptadas por Uruguay, según el mismo Estado Parte, son menos gravosas que las consecuencias que se derivan para Uruguay del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado, por parte de Argentina.

3.2.4. Por otro lado, Uruguay considera que no asiste razón a Argentina al pretender fundar su argumentación en la equivalencia y no en la proporcionalidad. En efecto, según su opinión, la expresión “equivalentes” contenida en los incisos 1 y 2 del artículo 32 del PO hace relación al término “obligaciones”, las cuales deberán ser equivalentes a las “concesiones”, y no a la equivalencia entre el daño provocado por el incumplimiento y las medidas compensatorias. En relación a la jurisprudencia de la OMC aportada por Argentina, manifiesta que la misma no es aplicable al MERCOSUR, dada la diferencia de reacción que existe entre los artículos pertinentes del PO y del ESD.

3.2.5. Asimismo, Uruguay, considera sin fundamento las observaciones de Argentina relativas al hecho de que las medidas compensatorias deben analizarse en relación al comercio afectado a partir del incumplimiento del laudo, y no desde la adopción de la medida declarada incompatible por el mismo, en particular dado que no le ha sido reprochado a Uruguay haber aplicado dicho criterio temporal.

3.2.6. En cuanto a los criterios de justificación de la medida compensatoria, Uruguay resalta, en primer lugar, que la aplicación de las mismas en el mismo sector en el cual Argentina ha incumplido el Laudo N° 1/2005, antes citado, resulta ineficaz según la prueba en la que se base; así por ejemplo, las asimetrías de tamaño de comercio, impiden que se alcance la proporcionalidad, en el mismo sector, aún el supuesto de que se hubiera prohibido totalmente la importación desde Argentina -lo cual no ocurrió-. Por ello se optó por la aplicación de un arancel mínimo, necesario para su finalidad, a saber, lograr el cumplimiento del laudo, sin impedir la importación. Ello respeta, según agrega, el criterio de proporcionalidad referido por el TJCE, en sentencia recogida por este Tribunal en el Laudo N° 1/2005, antes citado. En cuanto a los demás argumentos, el Tribunal se remite *in totum* a la presentación uruguaya.

3.2.7. Como consecuencia de todo lo anterior, Uruguay solicita al Tribunal que desestime la pretensión argentina, declarando que las medidas compensatorias denunciadas son proporcionales y no excesivas, en los términos del PO.

3.2.8. Posteriormente, al evacuar el traslado que le fuera conferido por providencias del Tribunal de 21 y 23 de mayo de 2007, Uruguay, además de ratificar los anteriores conceptos, señala que la proporcionalidad de la

medida compensatoria se demuestra también al considerarse que, desde el punto de vista del comercio bilateral, mientras la medida prohibitiva adoptada por Argentina afectó el 0,30% del total de las exportaciones de Uruguay hacia aquel destino, la medida de Uruguay sólo comprendió el 0.07% del total de las importaciones procedentes de Argentina.

3.2.9. Para dicho Estado Parte, la proporcionalidad mencionada en el PO que debe existir entre las consecuencias del laudo incumplido y las derivadas de la medida compensatoria aplicada hace relación, en ambos supuestos, a los efectos sobre el valor total de las exportaciones o de la producción de los sectores involucrados. En este sentido, afirma, en los sectores respectivamente comprometidos, el valor de las exportaciones hacia Argentina ascendió al 65% del valor total de las mismas y aproximadamente al 60% de su monto de producción; mientras que la corriente comercial argentina hacia Uruguay alcanzó sólo el 2% del valor total de las exportaciones y el 1% de su producción. Fue a partir de ese concepto de proporcionalidad que Uruguay aplicó la medida compensatoria, la cual, sin embargo, afecta márgenes de comercio desde Argentina muy inferiores a los alcanzados por la prohibición argentina a los productos uruguayos.

3.2.10. Uruguay adiona que la pretensión argentina de que la medida compensatoria sea equivalente al nivel del perjuicio sufrido por el incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado, frustraría sin lugar a dudas el objetivo de lograr el acatamiento de tal sentencia, dada las asimetrías de tamaño existente entre ambos Estados.

3.2.11. Finalmente, Uruguay agrega que a los fines de establecer la proporcionalidad de una medida compensatoria no ha de estarse únicamente a la comparación de los flujos comerciales afectados, sino que es evidente que tanto la Ley 25.626 argentina como la actitud de dicho Estado de incumplir un laudo del Tribunal afecta otros valores que escapan al aspecto meramente comercial, ya que inciden negativamente en la consolidación del proceso de integración en sí mismo y en la conformación del mercado común. En cuanto a las demás alegaciones de la parte uruguaya, nos remitimos *in totum* a las presentaciones pertinentes.

3.2.12. En consecuencia de todo lo anterior, Uruguay solicita que el Tribunal desestime el reclamo de Argentina y que declare que las medidas compensatorias aplicadas son proporcionadas y no excesivas, con relación las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado, y por ello son ajustadas a lo dispuesto en las normas pertinentes del PO.

5. Prueba de informe solicitada a la Secretaría del Mercosur.

5.1. Por providencia de 21 de mayo de 2007, el Tribunal, en uso de sus atribuciones y teniendo en cuenta por un lado, las competencias asignadas a la Secretaría del Mercosur (en adelante, SM) por el derecho del bloque, a cuyo temor dicha Institución ha sufrido un proceso de transformación deviniendo en “un órgano con amplia capacidad operacional” cuya función principal es “prestar asesoramiento y apoyo técnico a los demás órganos del Mercosur, con el objetivo de contribuir para la conformación de un

espacio de reflexión común sobre el desarrollo y la consolidación del proceso de integración”, y, por el otro, la necesidad de contar con la mayor cantidad de elementos de prueba posibles, a fin de permitir al Tribunal la adopción de una decisión efectiva y ajustada a derecho, consideró pertinente solicitar un informe económico y jurídico a la SM, sobre las corrientes comerciales implicadas y una ponderación jurídica sobre posibles márgenes de afectación proporcionales de dichos flujos comerciales. El Tribunal argumentó además que tal tipo de medidas de mejor proveer, por lo demás, son práctica común en otros procesos de integración, cuando se abordan cuestiones como la presente.

5.2. La SM, prontamente, comunicó al Tribunal, con notificación a los Estados Partes en la controversia, que el informe solicitado no podía ser evacuado dado que la Secretaría carece de una base de datos propia de comercio exterior que le permita su elaboración; que, en consecuencia, tampoco era posible emitir un informe jurídico sobre el asunto; y, finalmente, que elevar una ponderación jurídica no estaba dentro de sus facultades que les confieren las normas del Mercosur. En este contexto, la SM remarcó especialmente la existencia de la Resolución GMC, N 16/04.

5.3. Si bien es cierto que no es esta la oportunidad procesal para analizar la respuesta de la SM, sin embargo, es conveniente destacar, por un lado, que, tal como el Tribunal lo consideró en su resolución peticionante del informe, la SM se halla normativamente dotada, según el ordenamiento mercosureño, para evacuar consultas como la referida, y, por el otro, que, llegado el caso, no puede serle opuesta al Tribunal la Resolución GMC N 16/04, en razón de lo previsto en las Decisiones CMC N 30/02 y 07/07, las cuales, como normas del CMC, se benefician con una estatuta normativa superior a las disposiciones del GMC, con una absoluta prevalencia.

6. Apreciaciones del Tribunal

6.1. Esta es la primera ocasión en la que el Tribunal es llamado a expedirse sobre la “proporcionalidad” de una medida compensatoria, aplicada ante el incumplimiento de un laudo dictado por este Tribunal.

6.2. Dada la novedad de la cuestión y la consiguiente necesidad de establecer, por primera vez en el Mercosur, los criterios a tener en cuenta a fin de establecer la proporcionalidad de una medida compensatoria, resulta necesario realizar una apreciación global de la situación.

7. Marco conceptual

7.1. Primeramente, conviene destacar que el Mercosur, a diferencia de la OMC y a semejanza de la Unión Europea y de la Comunidad Andina, no se basa pura y exclusivamente en la sola equivalencia de derechos, obligaciones, beneficios y ventajas comerciales y económicas entre los Estados Partes.

7.2. En efecto, a partir de la firma del Tratado de Asunción (TA), los Estados Partes han creado una comunidad de intereses no sólo económicos y comerciales, sino también sociales, culturales, jurídicos y políticos. Ello se comprueba, principalmente a tenor de la letra y el espíritu del preám-

bulo del Tratado de Asunción y de su capítulo I “Propósitos, principios e instrumentos”, pero asimismo a partir de considerar el desarrollo normativo del bloque, en el cual es posible encontrar normas sobre salud, justicia, educación, integración social, derechos laborales, medio ambiente, aspectos políticos, relaciones internacionales, asimetrías, entre otros, como así también al revisarse el contenido de los Comunicados Presidenciales semestrales, la creación de determinados órganos de carácter no comercial, como el Parlamento del Mercosur, el Foro Consultivo-Económico Social, las diferentes Reuniones Ministeriales, el Foro de Consulta y Concertación Política y la Comisión de Representantes Permanentes, entre otros.

7.3. Como lo estableciera el TAH, en el marco de su primera decisión, “el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes... con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración, en el ámbito de los fines y principios del sistema del TA. En tal sentido, el sistema de solución de controversias previsto en el Protocolo de Brasilia [hoy PO] anticipa que las controversias requieren una labor interpretativa en los diversos niveles de solución establecidos” [laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados N 37/1997 y N 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco, asunto 1/99, BOM N 9, junio, 1999, pág. 227, considerando 51].

7.4. El mismo TAH, al señalar la importancia del método teleológico de interpretación, destacó que éste “resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que... configuran procesos o mecanismos de integración” ya que, a diferencia de los tratados de corte clásico, aquellos “constituyen un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central *so pena* de perder todo sentido”. Más adelante, el TAH agregó -con cita de Lecourt- que “[1] a consideración del objeto y fin de los tratados e instrumentos de integración..., es además un factor de seguridad jurídica. Siendo los objetivos permanentes y no mediando una modificación expresa por una norma de jerarquía igual, se constituyen en una referencia estable de cuya continuidad depende la consolidación de las corrientes de comercio y de los procesos económicos y sociales que se producen a su alrededor (TA preámbulo y artículos 1 y 5, entre otras normas)” (Laudo de Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco, asunto 1/99, cit., considerandos 57 y 60; así también, TAH, Laudos de 27 de septiembre de 1999, Subsidios a la Producción y Exportación de carne de Cerdo, asunto 2/99, BOM N 11, diciembre, 1999, pág. 263, considerando 55, y de 29 de septiembre de 2001, Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo, asunto 2/01, BOM N 19, diciembre, 2001, pág. 321, considerando 3.1.).

7.5. Que las anteriores consideraciones resultan pertinentes a los fines de concluir que el Mercosur no puede ser valorado ni conceptualizado como un proceso de mero equilibrio entre las concesiones comerciales y económicas que los Estados Partes se han otorgado, sino que involucra

otros factores no menos importantes que aquellas concesiones, factores que surgen, precisamente, de los fines y objetivos trazados por el TA. Todo ello porque el Mercosur es un bloque regional consistente en un proceso de integración y no un mero ente promotor de la liberalización comercial como es la OMC.

8. El incumplimiento de una decisión del Tribunal

8.1. Consecuentemente, el incumplimiento de una decisión del Tribunal, en este caso de su primer laudo, y la consiguiente aplicación de una medida compensatoria, indefectiblemente, afecta tanto los ocasionales flujos de comercio directamente involucrados, como todo el proceso en su conjunto y las distintas relaciones, de diversa naturaleza, que surgen en su marco.

8.2. Así, la falta de observancia de una decisión del Tribunal, además de perjudicar al Estado Parte beneficiado por la misma, pone en causa la estabilidad y efectividad de las instituciones del Mercosur, provocando, asimismo, una preocupante sensación de descrédito en la sociedad en relación al proceso en su conjunto.

8.3. La situación que permite una medida compensatoria, el incumplimiento de una decisión del Tribunal, constituye uno de los actos unilaterales más delicados que un Estado Parte puede adoptar frente a las instituciones y al derecho mercosureño, dadas las mencionadas consecuencias que ello provoca.

8.4. Tal como lo ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA), el desacato de una sentencia "constituye la más grave ofensa de cuantas puedan ser inferidas al Ordenamiento Jurídico Comunitario, pues lo resquebraja en su esencia al desconocer valores como el del respeto del fallo que dirime una controversia en última instancia", tal situación "siempre y en todos los casos... es de gravedad extrema"¹.

8.5. En palabras del mismo Tribunal de Justicia, aplicables al Mercosur, "cuando se desacata una sentencia no sólo se causa un daño particular o concreto, que puede ser reparado con una medida compensatoria en favor de quien sufre el daño, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario, convirtiéndose en un hecho que afecta a todos los Países Miembros, así como a los Órganos del Sistema al lesionar el proceso de integración"².

¹ TJCA, autos del 20 de octubre de 1999, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 1-AI-97, Junta/Venezuela, GOAC N 500, 25/10/99; de 27 de octubre de 1999, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 3-AI-96, Junta/Venezuela, GOAC N 512, 26/11/99; de 1 de agosto de 2001, sumario por incumplimiento de sentencia dictada en el proceso 34-AI-99, Secretaría General/Perú y de 6 de marzo de 2002, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 53-AI-99, Secretaría General/Ecuador, GOAC N 778, 02/04/02.

² TJCA, auto de 6 de marzo de 2002, proceso 53-AI-99, cit.; ver a su vez, auto de 1 de agosto de 2001, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 33-AI-99, Secretaría General/Perú.

8.6. Por otro lado, aplicando la jurisprudencia andina³, cabe constatar que en el caso de un incumplimiento de una decisión del Tribunal, la “gravedad de la infracción,... proviene del desacato de la sentencia que de por sí constituye un acto de gravedad extrema”, pero asimismo “de la conducta” del Estado Parte que, en este caso, afecta “uno de los pilares fundamentales en los que se asienta el proceso de integración” plasmado en el TA y su Anexo I dedicado al Programa de Liberalización Comercial, al impedir la libre circulación de mercaderías reconocida por este Tribunal.

8.7. A lo anterior es del caso agregar que el incumplimiento de un laudo del Tribunal, de perdurar en el tiempo, llegado el caso, puede tener por un efecto contagioso sobre los Estados Partes, con lo cual la potencialidad perjudicial del hecho aumenta considerablemente, pudiendo llegar a comprometer las bases mismas del proceso de integración.

9. Las medidas compensatorias

9.1. Según el PO, la aplicación de una medida compensatoria queda habilitada ante la alegación de la falta de observancia de una decisión dictada por el TAH o por el Tribunal.

9.2. Las medidas compensatorias, en el marco del Mercosur, tienen por fin solucionar una situación de incumplimiento jurisdiccionalmente declarado del derecho regional, lo cual implica, no sólo equilibrar las corrientes comerciales afectadas por dicha violación sino también poner a resguardo otros factores de índole no comercial, también alterados por esta situación.

9.3. A los fines de resolver la solicitud de la Argentina, resulta esencial valorar el daño que una medida compensatoria tiende a revertir, pues ello será el barómetro para medir su proporcionalidad.

9.4. Como antes se observó, la falta de observancia de una decisión del Tribunal afecta una diversidad de intereses que van más allá de los propios de los Estados Partes involucrados, los cuales, según el artículo 32, inciso 2, literales i) y ii), del PO deben ser evaluados por el Tribunal a los fines de la presente decisión como corresponde a un tribunal comunitario, dadas sus responsabilidades institucionales, en particular la de garantizar la efectiva aplicación del derecho regional.

10. Daños

10.1. Consecuencia de lo anterior, y de la antes citada diferencia con la OMC y semejanza con la Unión Europea y la Comunidad Andina, es que en el Mercosur se ha de prescindir del criterio del mero equilibrio entre las concesiones comerciales recíprocas, aplicado en la primera de las Organizaciones citadas, y optarse por el criterio del daño globalmente considerado, afín con la práctica de estas últimas dada su diferente naturaleza, ob-

³ TJCA, auto de 4 de agosto 2004, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 52-AI-2002, Secretaría General/Venezuela, GOAC N 1108, 25/08/04.

jetivo y alcance⁴. Este, si bien incluye aquel daño comercial, no se agota en el mismo, sino que incorpora otros bienes dignos de la misma protección que las corrientes comerciales ocasionalmente perjudicadas (daño institucional) además de un concepto más amplio que el mero daño comercial; el daño económico.

10.2. En el caso europeo, el Tribunal de Justicia, al referirse a la suma a tanto alzada y a la multa coercitiva como remedios para los supuestos de incumplimiento de sus sentencias, ha destacado que su finalidad es inducir al Estado miembro a que ponga fin al desacato en el menor tiempo posible, fijando como criterio moderador que la misma sea proporcional a la capacidad de pago del Estado del que se trata y al incumplimiento propiamente dicho⁵. En cualquier caso, la medida aplicada debe garantizar que el Estado cumpla con la sentencia cuya falta de observancia se le imputa⁶ y con ello garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de la legalidad jurídica⁷.

10.3. El mismo Tribunal de Justicia ha destacado que las medidas mencionadas no tienen un sentido reparador o de indemnización, sino presionar al Estado a que ejecute la sentencia dictada en su contra⁸.

10.4. Por su parte, el TJCA ha considerado que las sanciones que se apliquen en estos supuestos “no tienen por que estar referidas ni guardar relación sólo con la gravedad del daño ocasionado por la conducta que dio origen a que se adelantara la acción de incumplimiento y se dictara la sentencia objeto del desacato, sino que, necesariamente, deben descansar en el hecho objetivo del incumplimiento de la sentencia del Tribunal”⁹.

⁴ En la Comunidad Europea, la Comisión, en su Comunicación sobre la aflicción del artículo 171 del Tratado CE [hoy artículo 228 CE] N 96/C 242/07 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas – DOCE – N C 242, 21/08/1996, pág. 6), estableció que “La determinación del importe de la sanción debe estar guiada por el objetivo mismo de dicho instrumento: asegurar la aplicación efectiva del Decreto comunitario. La Comisión estima que el importe debe calcularse en función de tres criterios fundamentales:

- la gravedad de la infracción,
- la duración de la misma y
- la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia”.

⁵ TJCE, sentencias de 4 de julio de 2000, Comisión/República Helénica, asunto C-387/97, Rec. I-54047, considerandos 89 y siguientes, y de 14 de marzo de 2006, Comisión/República Francesa, asunto C-177/04, Rec. I-2461, considerando 61 y concordantes.

⁶ TJCE, sentencias de 25 de noviembre de 2003, Comisión/Reino de España, asunto C-278/01, Rec. I-14141, considerandos 40 y siguiente.

⁷ TJCE, sentencia de 12 de julio 2005, Comisión/República Francesa, asunto C-304/02, Rec. I-6263, considerando 80 y siguientes y 103.

⁸ TJCE, sentencia de 14 de marzo de 2006, Comisión/República Francesa, asunto C-177/04, Rec. I.2461, considerando 59 y siguiente.

⁹ TJCA, autos de 20 de octubre de 1999, proceso I-AI-97, cit.; de 27 de octubre de 1999, proceso 3-AI-96, cit., y de 1 de agosto de 2001, proceso 34-AI-99, cit.

10.5. En primer lugar, la situación que habilita una medida compensatoria, afecta, como en este caso, una determinada corriente de flujos comerciales, a saber la de los productos cuya libre circulación se encuentra prohibida por la Argentina. Por ello, la medida compensatoria deberá cubrir, como primer elemento de cálculo, aproximadamente el mismo monto pecuniario que los flujos comerciales perjudicados por el incumplimiento que es la causa de la misma.

10.6. El sector afectado por la medida compensatoria debe ser el mismo al que se refiere el incumplimiento de la decisión del Tribunal, salvo que, como lo establece el artículo 31, inciso 2, del PO, el Estado Parte, de forma fundada, considere que la ejecución de la medida es imposible o ineficaz, supuesto en el cual podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector.

10.7. No obstante, a fin de garantizar la efectividad de la medida y la igualdad de los derechos y obligaciones de los Estados Partes, resulta necesario ponderar también la medida en base al tamaño del Estado Parte afectado por la misma.

10.8. Ello se justifica, por un lado, para evitar que la diferencia de tamaño entre los Estados Partes pueda, en algunos casos, neutralizar su objetivo inmediato y, por el otro, a fin de que aquella pueda ser suficientemente persuasiva para el Estado remiso, a fin de inducirlo a ajustar su conducta al ordenamiento mercosureño. En todos los casos, la medida compensatoria debe garantizar que los beneficios o ventajas obtenidos de la falta de cumplimiento de una decisión jurisdiccional sean sustancialmente menores que aquellos que se obtendrían en el caso de acatarla.

10.9. Por lo demás, esta forma de valorar la proporcionalidad y alcance de la medida compensatoria es coherente con lo afirmado precedentemente, en el sentido de que los perjuicios que provoca el desacato de una sentencia del Tribunal no se extienden sólo al Estado que lo sufre, sino que tienen un efecto expansivo sobre todo el proceso de integración, afectando sustancialmente su credibilidad institucional y su consolidación jurídica.

10.10. Finalmente, cabe tener en cuenta que los Estados Partes no pueden alegar normas, disposiciones o prácticas del derecho interno como justificación de un incumplimiento del Derecho del Mercosur (en este sentido, ver TPR, Opinión consultiva, de 3 de abril de 2007, Norte/Laboratorios Northia, asunto TPR-1/107, BOM N 00, pendiente de publicación, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>, ver Declaración N 2 y, concordantemente, voto de la mayoría de los miembros Moreno Ruffinelli, Joao Grandino Rodas y Olivera García y voto concurrente del miembro relator Fernández de Brix y del miembro Nicolás Becerra; y TAH, laudo aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, cit., considerando 62).

10.11. Por todo ello, en el marco de una medida compensatoria, la consideración de los daños provocados desde la fecha de la adopción del acto o la medida nacional que ha sido declarada incompatible con el derecho mercosureño por el Tribunal, no afecta, por su sola circunstancia, la

proporcionalidad de dicha medida. A su vez, el artículo 32, inciso 2, literal "i", del PO habilita plenamente a este Tribunal, al evaluar la proporcionalidad, a considerar como consecuencia derivada del incumplimiento del laudo al daño existente a partir de la fecha de vigencia de la medida (en este caso la Ley 25.626) declarada violatoria del ordenamiento regional por el laudo incumplido.

IV. CONCLUSIÓN

La fórmula evaluadora de la proporcionalidad de la medida compensatoria en estudio tiende a cubrir dos rubros: daño económico (uno de cuyos componentes es el daño comercial, siendo los otros los propios de las cuestiones tales como las derivadas de las asimetrías en cuestión, las pertinentes escalas de economía, capacidad ociosa pérdida, desempleo, costos hundidos, inversiones perdidas) y daño institucional. En este caso, la medida compensatoria adoptada ni siquiera agota el primer factor. Es un poco más que simbólica, habida cuenta de que la misma es abiertamente menos gravosa para Argentina que las consecuencias que se derivan para Uruguay del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado. Ello se explica esencialmente por las asimetrías de tamaño entre ambos Estados Partes y de sus respectivas economías, y la realidad económica del sector involucrado. Un solo ejemplo bastaría para ilustrar esta conclusión: la participación de Argentina en el año 2000 en las exportaciones de Uruguay del ítem 4012.11.00 fue del 43,4%, mientras que la participación de Uruguay en las exportaciones de Argentina del ítem 4011.10.00 se ha mantenido en alrededor del 2%. A su vez, consultando la página Web del INDEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) de Argentina se puede observar también actualmente como cifra macroeconómica que las exportaciones globales (FOB) intra Mercosur de Argentina apenas dan un 10,96% de destino a Uruguay, mientras que las exportaciones globales de Argentina tienen como destino Uruguay sólo en un 2,1% (www.indec.mecon.ar). Para el mismo año en la página web del INE uruguayo las exportaciones globales de Uruguay (FOB) intra Mercosur dan a Argentina como destino un porcentual del 34,17%, mientras que en cuanto a exportaciones globales dan como destino a Argentina un porcentual del 7,84% (www.ine.gub.uy).

Adicionalmente, existe además incluso un factor no mencionado por ninguna de las Partes: el factor económico-social de pérdida de empleos. Así en el caso en cuestión, una eventual pérdida de un 2% de mercado no conlleva a ningún resultado negativo para Argentina, pero sí a *contrario sensu*, la pérdida de un 43,4% de mercado obviamente provoca resultados muy negativos en cuanto este factor individualmente considerado. La equivalencia sustentada por la parte argentina deviene manifiestamente improcedente al evaluarse la proporcionalidad de una medida compensatoria, dentro del marco del incumplimiento de un laudo emanado del tribunal comunitario en un bloque regional de integración.

Finalmente, el daño institucional explicitado en cierta forma pero no específicamente conceptualizado por Uruguay, comporta otro factor de vital importancia en la evaluación de la proporcionalidad para casos como el

presente, más todavía considerando que el incumplimiento se refiere precisamente al primer laudo emitido por este Tribunal desde su constitución. A su vez, con las distancias del caso ya que en la Unión Europea están prohibidas las medidas compensatorias, sin embargo los criterios mencionados en este laudo dados a conocer por la Comisión Europea en relación al sistema de cálculo de multas coercitivas, son igualmente de plena aplicación al caso (gravedad de la infracción, duración de la misma y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia), para lo cual este Tribunal no necesita en la realidad normativa actual de ninguna delegación de soberanía.

En virtud de todo lo expresado, el Tribunal DECIDE:

1) Por mayoría, determinar que la medida compensatoria contenida en el Decreto N° 142/007 de 17 de abril de 2007, emitido por la República Oriental del Uruguay es proporcional y no excesiva en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo N° 1/2005 dictado por este Tribunal el 20 de diciembre de 2005, conforme a la normativa aplicable.

2) Por unanimidad, disponer, conforme a la normativa aplicable al caso, que, dada la novedad de la cuestión, los honorarios y gastos del presente proceso en cuanto a los tres Miembros actuantes del tribunal serán abonados, por partes iguales, por Argentina y por Uruguay.

3) Por unanimidad, disponer la notificación por correo privado a las partes.

4) Por unanimidad, disponer que el presente laudo sea notificado por correo privado, al mero efecto informativo, a las Coordinaciones Nacionales del GMC de la República Federativa del Brasil y de la República del Paraguay, a las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Partes, así como a la Secretaría del Mercosur.

5) Por unanimidad, disponer la traducción inmediata al portugués del presente laudo.

6) Por unanimidad, disponer la publicación inmediata de este laudo en las páginas web del Tribunal Permanente de Revisión y de la Secretaría del MERCOSUR, a partir de la notificación mencionada en el punto 3).

7) Regístrese en forma debida.

Dr. Nicolás Becerra - Presidente del TPR

Dr. Wilfredo Fernández de Brix - Presidente del TPR para esta controversia

Dr. Ricardo Olivera - Miembro

Dr. Oscar B. Torres - Secretario

RECENSIONES

BLANCA

ABELLÁN HONRUBIA, VICTORIA (Directora) - SAURA ESTAPÁ, JAUME (Coordinador) *Prácticas de Derecho Internacional Público*, Tercera edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2005, 782 páginas.

Los dieciocho integrantes del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Barcelona, encabezados por la Dra. Victoria Abellán Honrubia, nos presentan un volumen de práctica del Derecho Internacional, destinado a los estudiantes.

Sin embargo la limitación que supone presentar un trabajo destinado a los estudiantes no impide disfrutar de una publicación ágil y de alta calidad académica.

Se trata de una serie de veintinueve prácticas focalizadas cada una de ellas en un tema central específico, siguiendo un orden lógico similar a un programa de la asignatura.

Las prácticas están divididas en dos partes: la primera ordenada a partir de una institución de Derecho Internacional Público, de manera que el alumno deba identificar los conceptos, el contenido, etc., aplicando la teoría en forma práctica. La segunda gira en torno a distintas situaciones de hecho, a partir de las cuales los alumnos deberán calificarlas jurídicamente, identificar conceptos e instituciones aplicables al caso específico.

Veamos entonces el contenido concreto de cada una de esas partes.

La primera parte, como decíamos más arriba, está centrada en instituciones de Derecho Internacional como la noción de Derecho Internacional Público; el principio de prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, de libre determinación de los pueblos, de respeto a la dignidad humana; las fuentes del Derecho Internacional en general, incluyendo la práctica española y de las Naciones Unidas; también cuestiones relacionadas con el Estado como la delimitación del territorio, soberanía, reconocimiento de estados y de gobiernos, relaciones diplomáticas y consulares; la personalidad internacional de las organizaciones internacionales; la responsabilidad internacional del Estado, de las organizaciones internacionales y del individuo; la protección diplomática; la solución pacífica de controversias y las sanciones internacionales.

La práctica en esta primera parte utiliza textos normativos, bibliografía variada, normativa que permite el conocimiento de una institución determinada, a los que se agregan los llamados "*aspectos a considerar*" que no son sino conceptos a aplicar por el alumno a modo de conclusión de cada práctica.

En la segunda parte la práctica gira en torno a la creación y extinción

de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la situación en la antigua Yugoslavia, y la cuestión Palestina, esta última una nueva incorporación en relación a la edición anterior de la misma obra.

La práctica en esta parte consiste en analizar los antecedentes de la situación planteada, la bibliografía acorde, los instrumentos, las instituciones de Derecho Internacional aplicables al caso específico.

La bibliografía utilizada es clásica en general y específica a los casos particulares, mientras que la documentación incluye todo tipo de instrumento o jurisprudencia internacional aplicable a cada práctica, citados en forma parcial y acotada a cada tema particular.

En cuanto a la práctica analizada, se destacan la española, de Naciones Unidas y de la Unión Europea.

Colaboraron con la Dra. Abellán Honrubia (Práctica 12, 19): Anna Badía Martí (Práctica 1, 3, 11, 22, 24, 28, 29); Jordi Bonet Pérez (Práctica 4, 7, 14), Albert Galisonga Jordà (Práctica 9, 17, 18), Andreu Olesti Rayo (Práctica 2), Ramón Paniagua Redondo (Práctica 16, 26), Antoni Pigrau Solé (Práctica 6, 23, 24, 25), Xavier Pons Ràfols (Práctica 8, 27, 28), Julio Añoveros Trias de Bes (Práctica 5, 14, 21), David Bondía García (Práctica 4, 26), Xavier Fernández Pons (Práctica 3, 20), Marta Ortega Gómez (Práctica 4), Miguel Palomares Amat (Práctica 17, 18), Eduard Sagarra Trias (Práctica 10, 13), Jaume Saura Estapà, Laura Huici Sancho (Práctica 19), Helena Torroja Mateu (Práctica 15, 20, 21), Milagros Álvarez Verdugo (Práctica 1, 2).

Como es fácilmente observable, en ocasiones los integrantes de este equipo han compartido tareas en las respectivas prácticas.

Se trata en definitiva de un interesante y voluminoso trabajo de equipo, que ha combinado diferentes técnicas clásicas en la enseñanza del Derecho Internacional, en la aplicación actualizada de instituciones internacionales.

Graciela R. Salas

ALONSO GARCÍA, RICARDO (Edit.) *Clasicos de la Justicia Europea en el 50 Aniversario de los Tratados de Roma*, Edit. Aranzadi SA, Pamplona, 2007, 122 páginas.

La obra, "Libro de Navidad", está dedicado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en ocasión del 50 aniversario de los Tratados de Roma, si bien el Tribunal funcionó con anterioridad como institución del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Bien merece el Tribunal ser homenajeado en oportunidad del medio siglo de la UE en tanto fue el principal impulsor de la integración europea, protagonista señero de la consolidación del mercado común.

El homenaje a esa institución que representa el trabajo editado por Ricardo Alonso García, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, reúne cuatro obras. La primera de ellas, el Discurso de Maurice Lagrange expresado ante el Tribunal el 8 de octubre de 1964 en oportuni-

dad de despedirse de sus funciones como Abogado general de la entidad. La segunda, es un trabajo de Robert Lecourt (antiguo Presidente de la Corte), titulado "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas visto desde el interior", el que había sido publicado en francés en el libro homenaje a Hans Hutscher. La tercera obra es de Mackenzie Stuart y se nomina "El Tribunal de Justicia: una visión personal". Fue publicada con anterioridad, en inglés, en el libro homenaje al constitucionalista John Mitchell. La cuarta y última presentación tiene por autor a Glenn Slynn. Se titula "Litigando en Luxemburgo", siendo su enfoque doble ya que el autor fue Abogado General y Juez del Tribunal.

Esta publicación da vida a la historia de la Unión Europea, echando luz a facetas ya ocultas de su pasado, las que en esta edición de "Navidad" reviven a través de la traducción y adecuada selección del destacado Profesor Alonso García.

Zlata Drnas de Clément

BERMEJO GARCIA, R.- GUTIERREZ ESPADA, C. *La disolución de Yugoslavia, Serie Ciencias Sociales, Primera Edición, Ediciones Universitaria de Navarra S.A., Pamplona, 2007, 277 páginas.*

Con el título de la obra los autores nos anticipan su contenido, esto es, el proceso de desaparición de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, sus causas y consecuencias. Consta de cinco partes: I. Introducción: Orígenes de la crisis en la antigua Yugoslavia; II. Hacia la desmembración de la antigua Yugoslavia y las distintas reacciones en Europa; III. Las Naciones Unidas y la crisis yugoslava: La crónica de un fracaso anunciado; IV. El papel de la UEO y de la OTAN en la crisis yugoslava: La "Guerra de Kosovo" (1999); y V. Los últimos coletazos generan una reflexión sobre el principio de libre determinación de los pueblos. Concluye el libro con el índice de autores y el índice analítico de materias.

Desde el principio al fin los hechos y el derecho se analizan desde un punto de vista europeo haciendo hincapié en las causas del conflicto, en el reconocimiento de los nuevos Estados nacidos de la desmembración de la antigua Yugoslavia, los diversos obstáculos que imposibilitaron acordar una solución pacífica inmediata, las medidas adoptadas en el seno de las Naciones Unidas, la crisis humanitaria de Kosovo y la legalidad del uso de la fuerza por parte de los Estados miembros de la OTAN.

No omiten referirse a las dificultades que debieron sortear las Naciones Unidas y la Unión Europea para consensuar una línea de acción que satisficiera a todas las partes involucradas, sobre todo que llevara a la seguridad de los gobiernos europeos que en la región se había recobrado el orden y que no habría peligro de contagio de las ideas secesionistas originadas en la antigua Yugoslavia, pues sostienen que la práctica de los Estados no evidencia con demasiada claridad cuando es o no factible la aplicación del principio de libre determinación de los pueblos. Mientras tanto la prudencia política ha determinado que la provincia serbia de Kosovo per-

manezca sometida a una suerte de “protectorado” internacional de duración indefinida.

La lectura del libro que comentamos resulta amena y, a través de las agudas reflexiones de los autores, permite comprender el pensamiento europeo vigente durante y luego del proceso que culminó con la disolución de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia.

María Cristina Rodríguez

CIENFUEGOS MATEO, MANUEL, *La Asociación Estratégica entre la Unión Europea y el Mercosur, en la Encrucijada*, Editorial CIDOB, Barcelona, España, 2006, 170 páginas.

El objeto de esta investigación es examinar el caso, probablemente pionero en el mundo, de lo que Cienfuegos Mateo, a través de un *oxímoron*, denomina *regionalismo global*, entre la UE y el Mercosur.

Las partes en las que está dividida la obra son: *Consideraciones Introductorias. Las Bases de las Relaciones entre la Unión Europea y el MERCOSUR. Los Vínculos Convencionales entre el MERCOSUR y la Unión Europea. La Ejecución del AMIC: desarrollo de las rondas negociadoras y estado actual de la negociación. Problemas y Beneficios de la Asociación Estratégica entre la UE y el MERCOSUR. Reflexiones Finales. Notas. Referencias Bibliográficas. Direcciones de Internet.*

Aparte de las coincidencias mínimas que toda asociación debe tener, este trabajo es además un estudio de las diferencias que existen entre los dos bloques y que radican, por ejemplo, en que mientras la UE es un organismo supranacional, el Mercosur es un caso de los que el autor denomina, *integración de mediana intensidad*; otra distinción se aprecia en el manejo de las Relaciones Exteriores. Mientras en la UE son conducidas de modo similar a las de un Estado; en el Mercosur todavía se está en una fase de evolución, con la consecuente confusión que acarrea.

Algunas de las cifras macroeconómicas que contiene el libro son: el Mercosur concentra el 1,72% del comercio mundial, con 250 millones de habitantes; la UE promueve el 21% del comercio planetario, con una población de casi 457 millones de habitantes.

Uno de los temas más desarrollados, es el prolijo estudio de los antecedentes convencionales entre el Mercosur y la UE. Pero por sobre todo, se destaca el denominado AMIC del año 1995 (Acuerdo Marco de Cooperación Interregional). Entre sus características esenciales se pueden mencionar: A) Se trata de un acuerdo marco, es decir, se limita a fijar objetivos, principios generales, instrumentos a utilizar e instituciones a crear. B) Debería ser el segundo bloque comercial después del NAFTA, contando con el 10% de la población mundial. C) Es un acuerdo de cuarta generación, ya que no versa sólo sobre aspectos comerciales (1era. generación, como los de la década del 70), ni sobre comercio y cooperación (2da. generación – década de los 80), ni se refiere únicamente a una dimensión política, entendida ésta como la defensa de la democracia y de los DD.HH. (3ra. generación –

década del 90). Sin embargo, el AMIC está paralizado: “*Lo único cierto, es que la asociación se halla en un momento crucial, en su encrucijada*” (pág. 111).

Una de las oportunidades perdidas en el avance de las negociaciones, se produjo el año pasado, cuando cerca del 30% de los países del mundo se dieron cita en Viena, en el mes de mayo del 2006. Fue en la denominada “IV Cumbre Birregional Unión Europea, América Latina y el Caribe”. Lamentablemente, nos dice el autor, además de lo dificultoso que resultaba de por sí poner de acuerdo a tantos actores, las políticas populistas en Sudamérica, además de la alta conflictividad interna en países como Argentina, Bolivia, Venezuela y Ecuador, coadyuvaron para que no pudiera realizarse el tradicional encuentro bilateral entre la UE y el Mercosur, a nivel presidencial. “*Todo ello agravado porque el presidente argentino Kirchner endosó este problema a la UE, reprochando la instalación de empresas europeas en el territorio uruguayo que acabarán contaminando allende sus fronteras*” (pág. 107).

Pero, a pesar de todos los problemas y vicisitudes de la anhelada asociación, Cienfuegos Mateo se muestra esperanzado, ya que: “*Los beneficios económicos que se esperan de la asociación euromercosureña, podrían compensar ampliamente, a la larga, los esfuerzos que está causando su ejecución*” (pág. 109).

Diego García Montaña

COMBACAU, JEAN – SUR, SERGE *Droit international public*, séptima edición, Montchrestien, Paris, 2006, 813 páginas en francés.

Los profesores Jean Combacau y Serge Sur, profesores en la Universidad Panteón-Assas (Paris II), nos presentan en esta ocasión, la séptima edición de este manual, cuya primera edición fuera laureada con el Premio Limantour en 1995.

Desde su primera edición, este trabajo se reconoce continuador de la publicación encabezada por Hubert Thierry y Carles Vallée desde 1975 y de la cual formaran parte los mismos autores.

Las brevísimas palabras introductorias que nos permitieron conocer estos datos, sirven de presentación del contenido de la obra que aquí presentamos.

En efecto, en un sencillo párrafo los autores dejan presentados los fundamentos de su trabajo:

“Tel qu’il se présente aujourd’hui, ce nouveau manuel s’inscrit dans une continuité doctrinale, celle du positivisme juridique. Il est avant tout attentif au droit international tel que le produisent e l’appliquent les États, qui en sont à la fois les sources et les sujets essentiels”.

Podríamos concluir esta presentación con este simple párrafo. Sin embargo, creemos de utilidad introducirnos en los detalles de la técnica del Derecho Internacional con la que los autores intentan desarrollar temas desprovistos de apreciaciones ideológicas, cuando en verdad su propia po-

sición implica su inclinación hacia una teoría determinada. Asimismo, a renglón seguido, al reconocer que este manual requiere de conocimientos “*necessaires à la compréhension de la société et des relations internationales*”, están reconociendo que, por positivista que sea su posición frente al Derecho Internacional, no pueden escapar a una visión social. De hecho, con el avance de su trabajo, esta situación se hace cada vez más evidente.

Veamos a continuación de qué manera los autores desarrollan los contenidos de la materia desde esa óptica.

A tono con lo que expresáramos más arriba, comienzan por analizar la noción de Derecho Internacional desde la óptica de las relaciones inter-estatales para avanzar hacia las relaciones trans-estatales sin soslayar las relaciones extra-estatales provenientes del derecho privado. De esta forma van abriendo el camino a su enfoque jurídico internacional en el que el Estado es tanto productor primario como garantía del derecho.

Así, el derecho creado, prioritariamente por sujetos soberanos, y cuyo conjunto es de débil coherencia, nos permite distinguir tres dimensiones: ideológica, organizacional, y de registro de las normas creadas a través de la práctica inmemorial. De esta forma nos presentan los caracteres del Derecho Internacional y transitan hacia la fundamentación del mismo.

A continuación dedican tres largos capítulos a las fuentes del Derecho Internacional, particularmente al Derecho de los Tratados, en los que la tensión entre Derecho Internacional y el derecho interno es permanente.

Transitan luego hacia el estudio del Estado no tanto como sujeto sino esencialmente a partir de una dimensión que supera largamente su subjetividad internacional, a partir del concepto de soberanía, que definen internacionalmente como “...*une qualité, purement privative, de la puissance d'État: dire de lui qu'il est internationalement souverain, c'est qualifier ses droits, ses pouvoir, ses compétences...*, en les affectant d'un degré superlatif qui exclut toute attribution à un tiers d'un titre quelconque à l'exercice sur lui d'une puissance légale”. Constatamos el peso que los autores reconocen al Estado en el estudio que comentamos.

Es a partir de un concepto tan fuerte de soberanía que desarrollan temas relacionados con las competencias estatales a nivel internacional, la realización del Derecho Internacional a nivel interno, en relación a sus habitantes y a los extranjeros, cuanto en sus relaciones con los otros estados. A renglón seguido se destaca toda una teoría sobre los espacios estatales.

La fuerza del concepto de soberanía apuntada más arriba, surge nuevamente en el capítulo reservado a los regímenes internacionales de utilización de los espacios. En efecto, es especialmente notorio cuando sostienen que esos espacios son esencialmente definidos en forma positiva en relación al territorio del Estado y en forma negativa imponiéndole restricciones al Estado.

Con la utilización de estos espacios los autores abren paso a un estudio sobre la protección del medio ambiente natural y de allí a un escueto análisis de la responsabilidad internacional del Estado.

Sigue en orden un estudio sobre el derecho del contencioso internacional, siempre desde la óptica estatal, desarrollando algunos ítem que podríamos llamar de Derecho Procesal internacional, poco frecuentes en este tipo de trabajos. En este punto los autores reservan un apartado a los contenciosos trans-estatales, es decir a aquellos que, oponiendo un particular a un Estado, dan lugar a un reglamento sobre la base del Derecho Internacional por un órgano constituido convencionalmente, en el orden internacional pero al que el primero tiene acceso en calidad de parte y sostiene él mismo su pretensión, superando así la institución de la protección diplomática y desprendiéndose de la participación estatal. Se trata de un interesante y moderno apartado sobre temas no muy frecuentes en publicaciones como las que nos ocupa.

Otro capítulo a destacar es el destinado al Derecho de la Paz y la Seguridad Internacionales, en el que, más que a los conceptos fundamentales se dedican al rol de las organizaciones internacionales en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, particularmente las Naciones Unidas e incidentalmente las organizaciones regionales, junto a los regímenes convencionales de limitación de armamentos. En este capítulo, siguiendo la doctrina tradicional, incluyen al Derecho Internacional Humanitario.

El último capítulo está reservado al Derecho de las Organizaciones Internacionales, en el que encontramos lo que llamamos una teoría de esas organizaciones, una de las contadas oportunidades en las que los autores se refieren a éstas como sujetos del Derecho Internacional.

Cierran este trabajo con cuidadosos índices de instrumentos, textos y jurisprudencia citadas y analítico.

Podemos señalar, finalmente que en todo el desarrollo de la obra que presentamos, los autores efectúan permanentes citas doctrinales y jurisprudenciales en forma concisa y equilibrada, recurriendo en numerosas ocasiones a la práctica francesa.

Asimismo es de destacar el orden lógico y el ritmo de exposición impuestos a esta publicación, con la salvedad hecha respecto de la responsabilidad internacional del Estado.

Se trata en definitiva de una obra interesante, ágil y dinámica, de suma utilidad en el estudio del moderno Derecho Internacional.

Graciela R. Salas

DIEZ DE VELASCO, MANUEL *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª edición, Editorial Tecnos, Madrid (España), 2007, 1166 páginas.

En esta ocasión, se me honra con la tarea de comentar la decimosexta edición de este verdadero "tratado de Derecho Internacional" en lengua española que comenzó a publicarse en el año 1973. Esta lúcida obra se complementa con el libro dedicado a las "*Organizaciones Internacionales*", cuya última edición es del año 2006.

En esta publicación se abordan todas las cuestiones generales del Derecho Internacional Público; y como viene ocurriendo en cada edición, se revisó el contenido en toda su extensión y se la actualizó teniendo en cuenta *i.a.* nuevos acontecimientos internacionales, decisiones judiciales así como las nuevas publicaciones.

Colaboraron con el Profesor Diez de Velasco redactando total o parcialmente uno o varios capítulos del libro los Profesores Dra. Victoria Abellán Honrubia; Dr. Oriol Casanovas y La Rosa; Dra. Concepción Escobar Hernández; Dr. Gregorio Garzón Clariana; Dr. Carlos Jiménez Piernas; Dr. Diego J. Liñán Noguera; Dra. Araceli Mangas Martín; Dr. Fernando Mariño Menéndez; Dr. Manuel Pérez González; Dr. Jorge Pueyo Losa y Dr. José Manuel Sobrino Heredia.

La publicación se estructura en siete partes. La *Primera Parte* titulada *La Sociedad Internacional y su ordenamiento Jurídico (Introducción doctrinal y fuentes del DIP)*, en sus dos primeros capítulos analiza el concepto, los caracteres y fundamentos del Derecho Internacional Público. En los otros siete capítulos desarrolla las fuentes de este ordenamiento jurídico y la recepción del DI por los ordenamientos internos.

En la *Segunda Parte* titulada *La Sociedad Internacional y sus miembros*, se desarrollan las cuestiones generales sobre la subjetividad internacional y se profundiza en los caracteres de los distintos sujetos del Derecho Internacional Público.

En la *Tercera Parte* titulada *Los órganos estatales de las Relaciones Internacionales* el autor distingue la Diplomacia clásica o tradicional de la diplomacia *ad hoc* y la diplomacia directa.

En la *Cuarta Parte* titulada *Las Competencias: su contenido y límites* se desarrollan las competencias territoriales y personales del Estado. También se analizan los denominados espacios de interés internacional.

La *Quinta Parte* recalca en distintos ámbitos de *Cooperación Internacional*; tales como Protección Internacional de los Derechos Humanos, Comercio Internacional y Protección internacional del Medio Ambiente.

La *Sexta Parte* está dedicada a la *Aplicación del Derecho Internacional*. Se abordan los distintos supuestos de Responsabilidad Internacional, la solución de las controversias internacionales y la aplicación forzosa de las normas internacionales.

En la *Séptima Parte* titulada *Derecho de los Conflictos Armados* encontramos el Principio de Prohibición del uso de la fuerza, y todo el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario.

Cabe destacar, que cada capítulo va acompañado de rica bibliografía citada y complementaria del tema abordado.

La presentación se completa con un Índice de decisiones judiciales y arbitrales citadas, un Índice de Autores citados, un Índice alfabético de materias, un Índice de Locuciones Latinas y Addendum a las locuciones latinas. Todo este material facilita en grado sumo la búsqueda temática y es un recurso valiosísimo para todo aquel estudiante o profesor que desea profundizar un tema tratado.

En definitiva, una obra de estudio obligatorio para quienes pretenden introducirse en el mundo del Derecho Internacional Público, y al mismo tiempo una obra de consulta obligada para aquellos que deseamos profundizar ciertos aspectos de este ordenamiento jurídico.

María Alejandra Sticca

DREYZIN DE KLOR, A. et al. *Garantías mobiliarias. In memoriam Inocencio García Velasco. DeCITA 7/8/2007, Derecho del Comercio Internacional, Temas y actualidades, Florianópolis, Brasil, 2007, 683 páginas.*

La obra constituye una compilación de trabajos doctrinarios nacionales e internacionales referidos a las garantías reales en el comercio internacional, de jurisprudencia seleccionada de tribunales nacionales e internacionales sobre diversos temas comerciales y de información actualizada, concerniente a distintos sistemas de integración regional y a organismos universales, que incluye novedades legislativas. Ha sido dirigida por Adriana Dreyzin de Klor, Diego Fernández Arroyo y Luis Otávio Pimentel.

Comienza con un cálido reconocimiento de la persona y del perfil académico de Inocencio García Velasco realizado por Pilar Maestre Casas y con la presentación del tema monográfico central a cargo del Secretario General del UNIDROIT, Herbert Kronke.

Los trabajos monográficos se centran en las garantías sobre valores mobiliarios y su implementación en el ámbito mundial, regional y estatal, todos ellos de gran valor pues informan sobre los últimos avances legislativos y facilitan su comprensión a través de un análisis detallado de los mecanismos de garantía nacionales e internacionales. Han contribuido en esta sección: Nuria de la Peña, Heywood Fleisig, Ulrico Drobniq, Boris Kozolchyk, C. Bernasconi, H. Sigman, Spiros Bazinas, Ronald Cumming, Javier Díaz Velásquez, John Molina, María Gutierrez, Joseph Issa-Sayech, Klaus Lober, Paula All, Robert MacDonald, Francisco Garcimartín Alférez, Iván Heredia Cervantes, María Del P. Bonilla, Anna Veneziano, Leonel Castro, Jorge Silva, Eric Regio.

Entre las interesantes monografías se destaca la titulada “Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores tenidos en un intermediario (Convenio de La Haya sobre valores)”, redactada por Christophe Bernasconi y Harry Sigman, en la que encaran la problemática de las reglas de conflicto adoptadas por el Convenio sobre valores de La Haya a fin de solucionar cuestiones vinculadas con la tenencia y disposición de las acciones, los bonos y otro tipo de valores de inversión de naturaleza financiera a través de un intermediario y que se relaciona con más de un Estado.

A modo de doctrina, análisis y reseña jurisprudencial en la sección titulada “Actualidades” se abordan diversos temas: arbitraje, comercio internacional, inversiones extranjeras, sociedades, actividades de los organismos internacionales, novedades legislativas. Concluye con una sección dedicada a la bibliografía.

Los trabajos doctrinarios corresponden a los siguientes autores: Jürgen Basedow, Gilberto Boutin, Welter Barral, Carolina Munhoz, Miguel Checa Martínez. Han trabajado sobre jurisprudencia nacional e internacional: Diego Alonso, Carmen Tiburcio, Julio C. Córdoba, María Blanca Noodt Taquela, Paula All, Jorge Albornoz, Diego Fernández Arroyo, Carolina Iud, Zlata Drnas de Clément, Miguel Dorbecker, Sonia Jiménez, Aurelio López. Los trabajos relativos a las actividades de los organismos internacionales pertenecen a: María Celis Aguilar, Kate Lannan, Carolina Harrington, María Azar, Jorge Suárez, Adriana Dreyzin de Klor, Thomas O'Keefe, Ana Villalta Vizcarra, Paula All, Omar Odarda.

Entre los estudios sobre jurisprudencia nacional resulta acertado citar el realizado por Paula M. All y Jorge R. Albornoz, titulado "De Brasil a Ushuaia. Historia de un embargo y avatares de un buque carguero abandonado en el fin del mundo", en el que los autores abordan el principio de la jurisdicción más próxima aplicable a los procesos cautelares sobre buques, en este caso, por créditos marítimos.

Bajo el título "Un fallo postmoderno (Laudo de 06/09/06 del TAH del MERCOSUR)" se destaca el análisis de jurisprudencia arbitral del MERCOSUR efectuado por Zlata Drnas de Clément, quien señala que, en el laudo relativo a la omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortos 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 de Uruguay, el Tribunal Ad Hoc ha descontextualizado institutos jurídicos evitando emplear el lenguaje técnico legal propio de esos institutos, imbricado sus sentimientos con la ponderación de los hechos, asignado peso jurídico a creencias intersubjetivas, aun cuando respondan a error de derecho, y reconocido la complejidad de la situación dada su multiactorialidad.

Podemos afirmar que este volumen constituye una importante y sólida aportación al conocimiento de unos de los aspectos más dinámicos del comercio internacional y contiene una selección de excelentes trabajos jurídicos sobre cuestiones de actualidad. Por último, es dable que destaquemos la adecuada sistematización concebida.

María Cristina Rodríguez

ESPÓSITO MASSICCI, CARLOS *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Thomson Civitas, Cuadernos Civitas. Cizur Menor, Navarra, 2007, 290 páginas.

Desde la introducción el autor formula interrogantes que intenta responder a lo largo del trabajo que presentamos.

Planteada la posibilidad de una demanda contra un Estado ante la jurisdicción de otro Estado, por violación de derechos humanos fundamentales, frente a la teoría clásica de la inmunidad estatal, el autor se pregunta si se podrá reinterpretar o reformar esa regla ante situaciones de violaciones graves a los

derechos humanos. También se pregunta si no podría constituir éste un caso de excepción a esa inmunidad de jurisdicción.

A continuación sostiene que esos interrogantes afectan al Derecho Internacional en su dimensión subjetiva, procesal y sustantiva. En el primer caso, por tratarse de violaciones de derechos por parte de estados. Seguidamente porque la inmunidad en este tema es una cuestión procesal que requiere de normas secundarias para concretarse la posibilidad de una reclamación de reparación. Finalmente sostiene que la dimensión sustantiva es clara en tanto a menudo implica la violación de normas de *jus cogens*, avanzando así en materia de jerarquía de las normas jurídicas.

En este orden, sostiene inicialmente que la jerarquía de las normas no implica la existencia de *"un tribunal supremo dictando las reglas que los tribunales nacionales deberían aplicar, sino un sistema compuesto de redes verticales y horizontales de jueces nacionales e internacionales que usualmente afloran de entornos jurisdiccionales ligados a áreas de derechos que les son comunes o en referencia a una determinada región mundial"*. De esta forma introduce también la cuestión de la jerarquía de las normas en la materia.

Ya en el contenido específico de esta obra, vemos que comienza con una tarea descriptiva de la inmunidad de jurisdicción de los estados y sus excepciones, oportunidad en la que nos introduce en toda una teoría de la responsabilidad internacional, preparando de alguna forma el terreno para sus desarrollos posteriores en materia de responsabilidad civil del Estado por violaciones graves de los derechos humanos.

Como contrapartida efectúa un estudio de las formas de protección de los derechos humanos por parte de los estados, en tanto es en este ámbito en el que deberían resolverse problemas como los que constituyen el objeto de este estudio, antes de colocar al Estado frente a otra jurisdicción estatal.

Avanzando hacia el ámbito internacional se introduce en los sistemas de protección de los derechos humanos provenientes de diferentes fuentes, y específicamente en este caso, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Finaliza con un análisis de las posibles soluciones a los cuestionamientos planteados originariamente, particularmente en el ámbito internacional, para dejar resueltos así de alguna manera los interrogantes planteados al comienzo.

Quedan presentados de esta forma los cuatro capítulos que el autor dedica al desarrollo de los puntos centrales de su trabajo.

Analizando puntualmente cada uno de ellos en forma sintética, y sin perder de vista que el objeto de su estudio es la viabilidad de la reclamación de responsabilidad civil de las personas individuales frente a los estados, por violaciones graves de derechos humanos, comienza haciendo un pormenorizado estudio de la teoría de la inmunidad de jurisdicción como regla general del Derecho Internacional, para lo cual distingue los conceptos de jurisdicción y de inmunidad, ambos sobre una base territorial, y sus alcances.

En esta parte reserva un apartado especial a la Convención de 2004

sobre inmunidad de jurisdicción, se abre así al estudio específico de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción, haciendo especial hincapié en el carácter restrictivo que la misma reserva a interpretación de las excepciones.

Planteada la que podríamos llamar la teoría general de las inmunidades, en el capítulo siguiente se introduce específicamente en la excepción por lesiones a las personas y daños a los bienes desde la óptica de la reparación a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos. En esta oportunidad no solo se detiene en aquellas situaciones planteadas en situaciones jurídicas de paz, sino que también lo hace en casos de guerra y actividades militares. De alguna manera está trascendiendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para abarcar también el Derecho Internacional Humanitario, basándose en comentarios de la Comisión de Derechos Humanos (A/46/10), y particularmente en la violación de normas de *jus cogens*. Reserva también algunas consideraciones a las diferentes inmunidades de jurisdicción admitidas hasta el momento.

A partir de la teoría expuesta en los dos capítulos anteriores, en este nuevo apartado avanza sobre los fundamentos del poder de reclamación de los particulares, tema éste que constituye el eje central del trabajo que comentamos. Aquí el punto clave es la calificación de la violación de derechos humanos como grave y la relación con el estado como garante y también como infractor de los derechos protegidos. En este apartado se detiene en la protección diplomática, su evolución y recientes modificaciones, las retorsiones y las contramedidas, tocando de soslayo la responsabilidad internacional. Deja abierta así la vía de comunicación entre las reclamaciones de las personas individuales y los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos como una forma de acceder a la reparación planteada desde el comienzo.

Arriba finalmente a novedosas propuestas tendentes a fundamentar el surgimiento de una nueva excepción a la inmunidad de jurisdicción de los estados, basándose en diferentes teorías formuladas al efecto y las discusiones que se han generado al respecto.

Cierra su trabajo preguntándose si no se estará arribando al reconocimiento de una jurisdicción civil internacional, tema éste que ha recibido menor atención en relación a las discusiones sobre la jurisdicción penal internacional.

Concluye en la necesidad de creación de una Corte Internacional de Derechos Humanos, basándose en la existencia de situaciones reales en las que los estados no ofrecen vías de solución de cuestiones como las planteadas o al menos garantías de un debido proceso, por lo que se abren las vías internacionales ya conocidas. En defecto de esta solución propone la alternativa de la firma de un protocolo sobre derechos humanos a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes que prevea la excepción a la inmunidad estatal en casos de violaciones graves de derechos humanos.

Avala los precedentes contenidos con profusas citas de doctrina y ju-

risprudencia internacionales, como así también de documentación de diverso origen.

Se trata de un interesante y meduloso trabajo sobre un tema que no ha merecido mayor desarrollo doctrinario hasta el presente.

Graciela R. Salas

FARAMIÑÁN GILBERT, JUAN MANUEL DE - GUTIÉRREZ CASTILLO, VÍCTOR LUÍS *El Mediterráneo y la delimitación de su plataforma continental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 358 páginas.

Si es posible apreciar la calificación de una obra como la que nos ocupa, seguramente se presentaría ante la trayectoria de sus prologuistas.

En efecto, fueron convocados para la presentación de esta publicación, por un lado José Manuel Lacleta Muñoz, Embajador de España, que se califica a sí mismo como: “*superviviente de las tres conferencias de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*”, y por el otro Laurent Lucchini, profesor emérito de la Universidad Panteón-Sorbonne (Paris I) y Presidente del Consejo Científico del Instituto de Derecho Económico del Mar.

Se trata en esta oportunidad de la publicación de dos autores españoles que trabajaron el tema en diferentes circunstancias pero con una misma dirección: el profesor de Faramiñán Gilbert en ocasión de optar al cargo de catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Jaén y el profesor Gutiérrez Castillo en su Tesis Doctoral Europea en Derecho, Universidad de Córdoba, ambas de España.

Los datos precedentes no son superfluos sino que nos permiten presentar las características particulares de este trabajo. Destinado esencialmente a alumnos, tiene como virtud la claridad y precisión requerida también para alcanzar un conocimiento más profundizado como asimismo para actualizar doctrina y jurisprudencia.

A modo de esquema del trabajo que presentamos, podemos decir que el mismo está dividido en un capítulo introductorio y dos partes que calificaríamos como eminentemente técnicas, aunque la importancia de los elementos que conforman el primero a nuestro modo de ver lo constituyen en una parte clave del mismo.

Desde el comienzo los profesores Faramiñán Gilbert y Gutiérrez Castillo sitúan el tema bajo análisis haciendo un estudio general de la ubicación de la plataforma continental en el contexto general del Derecho del Mar. He aquí entonces la importancia que atribuimos a la introducción de los autores en tanto permite la identificación del problema a tratar.

Destacamos la importancia de este primer enfoque en tanto permite ir perfilando la importancia de la plataforma continental desde su aparición en el ámbito internacional después de la Segunda Guerra Mundial, pasando por los intentos de definición en la primera y segunda conferencias de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hasta concluir en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

No escapan al análisis de los profesores españoles las discusiones y las imprecisiones planteadas al momento de definir este espacio en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que dejaron abierta la posibilidad de interpretación del mismo, desde la particular óptica de cada Estado, aunque cabría agregar que esas imprecisiones están fundadas, entre otras, en las discrepancias de los intereses de todo tipo hechos valer en la mesa de negociaciones.

Nos detendremos un momento en las consideraciones efectuadas en el punto 6, relativo a los derechos de los estados ribereños sobre la plataforma continental y sus recursos en tanto los autores sostienen que hubiera sido posible una mayor armonización al encarar la formulación de las disposiciones relativas a la ZEE y la plataforma continental, en virtud de la necesidad de clarificar la superposición de ambos conceptos para aquellos estados que carecen de una plataforma continental mayor, y la diferenciación respecto de los que por el contrario tienen la posibilidad de abarcar una extensión mayor, bajo el concepto de plataforma continental.

A renglón seguido hacen referencia a un punto que consideramos esencial en el tratamiento de la naturaleza jurídica del espacio que nos ocupa, cual es la referencia al art. 77 de la Convención (pág. 71). Al respecto sostienen que los derechos del ribereño sobre este espacio "*no son más que una faceta funcional de la soberanía del Estado*". Esta expresión abre una serie de consideraciones tales en relación a la exclusividad de los derechos del Estado ribereño y la condición de inherentes a la soberanía del propio Estado, conforme relevante jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Estimamos como vitales estos conceptos, en tanto provienen de autores de países europeos habitualmente conocidos por sus intereses en materia de pesca a distancia, y por ende marcadamente contrapuestos a la posición de los Estados territorialistas, entre los que se encuentra nuestro país.

Hasta aquí entonces el capítulo introductorio.

Seguidamente encontramos en la primera parte lo que llamaríamos los elementos técnicos en la delimitación de la plataforma continental. Para ello los profesores españoles sostienen que la delimitación requiere de dos operaciones técnicas: la definición técnica-jurídica y la publicidad. A la primera de ellas dedican un espacio importante de esta primera parte, ofreciendo no solo definiciones de cada método sino abonando el concepto con acertados esquemas cuando no con mapas específicos, lo que comienza a mostrar también algunas de las características de la publicación que comentamos: la abundancia de esquemas y mapas, de suma utilidad para la comprensión de los temas bajo análisis. Debemos agregar que no escapa a las consideraciones comentadas el enfoque geológico y geomorfológico, elemento éste que va introduciendo algunas de las cuestiones tratadas en la segunda parte, en relación puntual al Mar Mediterráneo.

La segunda parte está reservada, precisamente, al estudio de la plataforma continental en el ámbito estricto de ese mar semi-cerrado.

En este punto es importante el espacio reservado al estudio del límite interior de la plataforma continental mediterránea y las líneas de base utili-

zadas a tal efecto. Y es a partir de allí que se despliega lo interesante de esta publicación, en tanto se detiene, podríamos decir minuciosamente, en las líneas de base utilizadas por los veintiún Estados que rodean ese mar, los problemas planteados y soluciones aplicadas.

A continuación y en relación directa con lo anterior se ocupan de la regulación de la plataforma continental de los estados que rodean al Mediterráneo y los acuerdos celebrados a tal efecto, para finalizar con algunas consideraciones sobre las cuestiones pendientes de delimitación por parte específicamente de España y los estados del Mediterráneo Occidental central.

Cierra esta publicación con algunas conclusiones entre las cuales los autores alientan la esperanza de que en un futuro sea posible adoptar “*la fórmula de la frontera única como solución en las delimitaciones potenciales de la cuenca mediterránea*” (pág. 333.) en la que no estarán ausentes la voluntad de los estados ni la satisfacción de sus intereses para alcanzar un resultado equitativo.

El detalle de abundante bibliografía, en la que se incluye también alguna latinoamericana, junto a la jurisprudencia citada, completan el contenido de este interesante trabajo.

Seguramente su utilización en el aula contribuirá a un mejor aprendizaje de temas tan inasibles para los alumnos de grado, como complejos en su definición, tal lo apuntado por los autores.

Graciela R. Salas

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS - JIMÉNEZ GARCÍA, FRANCISCO *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Tomson Civitas. Cizur Menor. Navarra. 2006. 586 páginas.

Esta nueva publicación del profesor Carlos Fernández Casadevante Romani nos acerca importantes desarrollos en la materia de su especialidad, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de la que hemos tenido oportunidad de conocer otras obras de similar importancia académica.

Profundizando en el estudio de la materia a la que ha dedicado gran parte de su tarea académica, y contando en esta ocasión con la co-autoría del profesor Francisco Jiménez García, se introduce en el ámbito estrictamente nacional español, en un pormenorizado estudio de la forma en que su país respondió a las obligaciones internacionales asumidas a partir de la entrada en vigor de su moderna constitución.

De hecho comienza con algunas consideraciones jurídicas, totalmente desprovistas de aquellos contenidos políticos que la cuestión puede acarrear, simplemente con el objeto de precisar el alcance de la obra que nos ocupa.

Comienza por definir los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reproduciendo la definición ya propuesta en su publicación de 2003, a lo que agrega la caracterización de la Constitución de

1978 de acuerdo a dos notas: “*la ratificación de más tratados de derechos humanos*” (en este caso en relación a los escasos tratados generales ratificados por el gobierno franquista) y “*la aceptación de la competencia de los órganos internacionales de control previstos en esos tratados*”, que operaron como disparadoras de importante práctica constitucional, inédita en la España previa. La incorporación al sistema europeo de la protección de los derechos humanos se inscribe en la gran transformación estudiada en esta obra.

Previo a entrar en mayores profundidades efectúa algunas consideraciones sobre el sistema de las Naciones Unidas de protección de los derechos humanos y la validez jurídica de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos, de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde el art. 10.2 de la Constitución Española, es decir que se introduce en el tema de la jerarquía de estos resolutorios.

Aparece a continuación la cuestión de la interpretación por parte del Tribunal Constitucional español de las normas constitucionales en materia de derechos humanos que constituyen, en definitiva, el eje central de este trabajo.

Le sigue también alguna referencia a las cuestiones planteadas en relación a acuerdos no ratificados y desde luego la relación con el Derecho comunitario europeo, como así también a aquellas normas que emanan de otras fuentes del Derecho Internacional.

Cabe destacar en este punto la referencia, que podríamos llamar tangencial pero con un peso propio, al marco territorial expansivo en materia de derechos humanos que se abre como consecuencia de la constitución comentada y su relación con el Convenio Europeo sobre la misma materia.

A partir del primer capítulo que tan sintéticamente hemos analizado, se desarrolla todo el contenido de la obra alrededor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de determinados artículos de la Constitución Española, en tanto reúnen específicamente los derechos y libertades fundamentales, aunque cabría preguntarse si los mismos agotan el tratamiento de la materia específica que nos ocupa. De hecho algunas referencias a otras normas constitucionales (arts. 33, 39.4, 41) dan lugar a pensar en la negativa.

En definitiva, el estudio se centra en los arts. 14 a 29 de la Constitución Española, desde la óptica del Derecho Internacional y del Derecho Comunitario europeo, las particularidades de los derechos así enunciados, la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional español en esa materia y el rol que la misma ha desempeñado en el moderno desarrollo de los derechos humanos en el ámbito específico de ese reino.

A partir de los artículos citados, los derechos trabajados en esta oportunidad son:

Art. 14: Principio de igualdad y no discriminación.

Art. 15: Derecho a la vida, a la integridad física y moral con la consiguiente prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes.

Art. 16: Libertad ideológica, objeción de conciencia y libertad religiosa, confesionalidad del Estado español.

Art. 17: Derecho a la libertad y a la seguridad.

Art. 18: Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones.

Art. 19: Libertad de residencia y circulación.

Art. 20: Libertad de expresión y libertad de información.

Art. 21: Derecho de reunión y manifestación.

Art. 22: Derecho de asociación.

Art. 23: Derecho a participar en los asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

Art. 24: Derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la defensa con todas las garantías.

Art. 25: Principio de legalidad penal y el carácter reeducativo de reinserción social de las penas privativas de la libertad.

Art. 27: Libertad de enseñanza y derecho a la educación. La autonomía universitaria.

Art. 28: Libertad de sindicación y la acción sindical.

Cierra con un detalle de las sentencias citadas, artículo por artículo, lo que constituye en realmente destacable el trabajo realizado por los autores.

Si es posible agregar alguna otra consideración respecto de la publicación que nos ocupa ella radica en la importancia que la misma adquiere para la práctica profesional, auténtico vaso comunicante entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el sistema constitucional, en este caso español, en relación directa con la aplicación por los jueces a los casos concretos, y no solo como un paso previo a la jurisdicción internacional, sino esencialmente como una práctica constante, diríamos un derecho vivo.

Graciela R. Salas

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO - TIZZANO, ANTONIO - ALONSO GARCÍA, RICARDO, *Código de la Unión Europea, Tercera edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra. 2007, 1880 páginas en dos tomos.*

Como surge de la ficha de presentación, se trata de una nueva edición de la conocida obra de los tres autores españoles.

Dividen esta voluminosa obra en dos tomos.

El primero de ellos a su vez está compuesto por tres partes: la primera dedicada a los *tratados y protocolos*, la segunda, bajo el título *de París y Roma a Niza*, es una síntesis de la evolución de la UE desde la Conferencia de París (1972) hasta el Tratado de Niza de 2001. La tercera y última parte de este primer tomo está reservada a *La Constitución europea* propiamente dicha en la que podemos destacar el texto completo del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

El segundo tomo a su vez está dividido en otras tres partes. La primera de ellas reservado al *marco institucional-organizativo*, la segunda a la *Europa de los ciudadanos*, para cerrar con una última parte reservada a *España y la Unión Europea*.

A partir del precedente esquema general es que analizaremos brevemente el contenido de esta publicación.

Desde el reducido prólogo los autores nos advierten que la óptica a partir de la cual se organiza toda la documentación parte desde el Proyecto de Constitución europea que, al decir de los autores, tiene muchas posibilidades de ser aprobado definitivamente.

A renglón seguido se agrega el Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada luego de la adhesión de las Repúblicas Checa, de Estonia, de Chipre, de Letonia, de Lituania, de Hungría, de Malta, de Polonia, de Eslovenia y Eslovaca, *"y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión y del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumania, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión"*.

Agregan a continuación el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica también en su versión consolidada conforme a las reformas introducidas por el Tratado de Niza. Cierra esta primera parte con treinta y seis protocolos anexos al Tratado de la Unión Europea. Estos protocolos por su parte provienen de distintos orígenes, como los tratados de Ámsterdam, de Bruselas, de Groenlandia, de Maastricht, de Roma. Incluye también a las actas relativas a las condiciones de adhesión de las citadas repúblicas.

Sintetizando podríamos decir que en esta primera parte encontramos los instrumentos fundamentales de la actual organización europea.

La segunda parte del primer tomo está compuesta por una serie de documentos que de alguna forma van marcando las etapas cubiertas por el proceso de integración europeo desde la Conferencia de París (1972) hasta un extracto del Tratado de Niza (2001), verdaderos escalones en la moderna construcción europea, en los que se incluyen diversas declaraciones y anexos.

Cerrando el primer tomo encontramos el texto del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa y sus protocolos anexos, seguido por los informes finales de los once grupos de trabajo de la Convención sobre el Futuro de Europa y por los informes finales de los Círculos de Debate de la Convención sobre el Futuro de Europa.

Respecto de este último apartado nos permitimos simplemente observar que quizás modificando el orden y colocando el texto del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa detrás de los otros dos apartados, el orden hubiera facilitado aún más el acceso a información tan importante, aunque pueda no compartirse esta posición.

El segundo tomo, más voluminoso que el primero, es, sin embargo, mucho más puntual.

En efecto, abre con un ordenado detalle de los instrumentos que cons-

tituyen lo que los autores llaman el *Marco Institucional – Organizativo* de las Instituciones europeas, para detenerse en una segunda parte en lo que podríamos llamar la más reciente evolución de la construcción europea como es todo lo relativo a los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Cierra este segundo tomo la sexta parte, reservada a España en la Unión Europea.

Nos detendremos un instante aquí en tanto el enfoque en esta oportunidad se afirma en lo institucional nacional para avanzar hacia el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europea. Vuelve luego al ámbito interno con los instrumentos legales que justifican la adaptación del reino ibérico al derecho comunitario, para concluir penetrando asimismo y muy profundamente aún en las propias autonomías.

Se trata en definitiva de una importante obra tanto por los instrumentos que la constituyen cuanto por el cuidado trabajo de adaptación y de incorporación de las reformas introducidas por los diferentes tratados, efectuado por sus autores.

Graciela R. Salas

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo *El hecho ilícito internacional, Cuadernos Internacionales 5, Universidad Autónoma de Madrid, Dykinson, Madrid (España), 2005, 243 páginas.*

En esta ocasión se me honra con la tarea de comentar la reciente publicación del Profesor Gutiérrez Espada referida al Hecho ilícito internacional.

El objeto central de esta obra es el estudio de las normas que regulan cuando se comete una violación del Derecho Internacional. El autor analiza, en lo posible, las normas a la luz de la práctica internacional.

La obra comentada se divide en dos partes. La Primera Parte está dedicada al *Hecho ilícito*. Comienza el Primer Capítulo "*El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*" afirmando que el Proyecto de la CDI del 2001 es el "Fin de una larga marcha".

El autor considera que el tema de la responsabilidad internacional es delicado e importante y que estos son los factores que iluminan el porqué de la larga marcha de la cuestión, proceso cuyo desenlace final no le parece definitivamente cerrado pues tiene aspectos claves por decidir y/o modificar. A su criterio restan dos cuestiones pendientes: la forma final que adoptará el proyecto y el sistema de solución de controversias. Las opciones que se barajan en cuanto a la forma final del proyecto son dos: Convención y adopción solemne por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Declaración. El autor encuentra que los argumentos en pro de una convención son más sólidos y convincentes que los que se han alegado a favor de otras formas. Sostiene que no en vano un convenio debe pasar la prueba no sólo de los debates en el seno de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General sino también de las conferencias internacionales y de los Estados.

En cuanto al sistema de solución de controversias considera que como el Proyecto de artículos de la CDI no aporta disposición alguna sobre este tema, en la Conferencia Internacional que se convoque, habría que intentar establecerlo. Sostiene que sin un sistema obligatorio e imparcial de arreglo de controversias, en el que, además se refleje la distinción entre violaciones esenciales y no del Derecho Internacional, la regulación sobre la responsabilidad internacional ofrecida no sería responsable.

Seguidamente comienza a analizar el contenido del hecho ilícito. En este libro el autor se ciñe al análisis del hecho ilícito internacional del Estado, es decir, a las características que el Derecho Internacional contemporáneo exige para que pueda considerarse que un Estado ha cometido una violación al ordenamiento jurídico, por ello descarta toda referencia al hecho no prohibido. En consecuencia, se refiere exclusivamente a la primera parte del Proyecto de la CDI (2001), esto es, analiza las características antes señaladas y no aborda las consecuencias que el Derecho Internacional asigna a quienes violan sus normas, tema que desarrolla en su otro trabajo intitulado "*La responsabilidad internacional (las consecuencias del hecho ilícito)*".

El jurista organiza su exposición a partir de cinco puntos que identifica como fundamentales para saber si un Estado es responsable, a saber: * la determinación de los elementos constitutivos del hecho ilícito así como el ordenamiento jurídico que debe tomarse como el sistema de referencia para saber lo que es ilícito y lo que no; * en qué consiste la violación del Derecho Internacional y cuándo ésta se produce en el tiempo (antijuridicidad); * las normas que regulan cuándo el comportamiento de una persona (física o jurídica) puede considerarse llevado a cabo por el Estado mismo (imputación o atribución); * el análisis de los casos en los que un hecho internacionalmente ilícito pierde su naturaleza antijurídica por el juego de una causa de exclusión de ilicitud; y * los casos de responsabilidad de un Estado por su participación en el hecho internacionalmente ilícito de otro.

En el Segundo Capítulo titulado "*El elemento objetivo del hecho ilícito internacional, la antijuridicidad*" desarrolla los principios generales de la ilicitud como una cuestión previa.

En cuanto a la desaparición en el Proyecto de CDI de 2001 del artículo 19 del Proyecto de 1996, en el que se recogía la distinción entre "crímenes" internacionales y los simples "delitos", el Profesor Gutiérrez Espada sostiene que "... hubiera sido más coherente 'anunciar' ya en la primera parte del Proyecto que determinados hechos internacionalmente ilícitos no se rigen por el régimen ordinario de la responsabilidad..." tal y como figuraba en el proyecto de 1996. Para el autor la eliminación de dicha disposición era una condición imprescindible "para una feliz culminación del proyecto".

Por otra parte, destaca la complejidad que encierran algunos casos como los hechos ilícitos "continuos" y los hechos ilícitos "compuestos", para ello se basa en casos de la práctica internacional, tales como el de la Guerra de Kosovo o el asunto Gabčíkovo-Nagymaros.

En el Tercer Capítulo titulado "*El elemento subjetivo: la atribución (o imputación)*" se detiene en todos aquellos aspectos relacionados con la atri-

bución /imputación del hecho ilícito al Estado. El Profesor prefiere el término imputación por considerarlo más preciso y técnico. A medida que avanza en el desarrollo de los temas, va analizando casos de la práctica internacional, como por ejemplo el de la irrupción de la policía en la Embajada de España en Guatemala, el caso Lockerbie, asunto LaGrand, el conflicto en Afganistán, entre otros.

En este capítulo encontramos una particular referencia a los hechos de los particulares y a los hechos reconocidos como propios por el Estado. Finalmente, se detiene en la naturaleza de las normas sobre imputación, las cuales son normas dispositivas por lo que admiten acuerdo en contrario.

La *Segunda Parte* de la obra se titula “*Exclusión de y participación en la ilicitud*”. Comienza el Cuarto Capítulo “*Circunstancias de exclusión de la ilicitud*” con un análisis en conjunto de las diversas causas recogidas en el proyecto.

Para el autor a estas causas es posible dividir las en cuatro grupos: a) aquellos en los que la ilicitud desaparece por contar con el consentimiento del Estado (artículo 20); b) engloba a la legítima defensa y las contramedidas (artículo 21 y 22); c) fuerza mayor (artículo 23); d) peligro extremo (artículo 24) y estado de necesidad (artículo 25). Se pregunta si no existen otras causas, a lo que responde que no debemos olvidarnos que la CDI admite el juego de la *lex specialis* en el Derecho de la Responsabilidad, por lo que no puede descartarse la existencia de otros factores de exclusión de la ilicitud amparadas por normas particulares.

También se pregunta si no es sorprendente el mantenimiento del estado de necesidad en el Proyecto de la CDI. Realiza un meticuloso examen del estado de necesidad, para ello desgana cuidadosamente en el artículo 33 del Proyecto de 1980, la posición del relator Crawford, el artículo 25 definitivo y la posición de los gobiernos.

Sobre estas causas de exclusión, se pregunta si tienen naturaleza imperativa, a lo que responde que no, ya que los Estados podrían renunciar a invocar una de estas causas en un determinado supuesto o acordar su inaplicación mediante normas particulares.

El *Quinto Capítulo* se refiere a “*las formas de participación en el hecho ilícito*”. En la mayoría de los casos, la responsabilidad se determina de acuerdo con el principio de responsabilidad independiente, pero puede haber supuestos excepcionales en los que sea el propio Estado el que asuma la responsabilidad por un hecho ilícito que directa y físicamente es obra de otro, a estos supuestos se dedica el último capítulo.

Esta publicación, que incluye un anexo bibliográfico y documental, constituye un aporte de primer nivel al estudio de un tema medular del derecho internacional. Estamos ante una obra rigurosa en su análisis, que demuestra el vasto conocimiento que el Catedrático español tiene de la materia, lo que le permitió al mismo tiempo hacer un trabajo sumamente ameno, que invita a su lectura al matizar la teoría con la práctica en la materia.

En suma, un lúcido estudio de consulta obligada para quienes desean abordar o profundizar la problemática de la responsabilidad internacional del Estado.

María Alejandra Sticca

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *La responsabilidad internacional Las consecuencias del hecho ilícito*, DM Librero Editor, Murcia (España), 2005, 311 páginas.

Este libro se centra en las consecuencias que el Derecho internacional contemporáneo tiene previstas para los casos en que un Estado viole sus normas. Con esta presentación, el autor continua el análisis que comenzó con su libro "El hecho ilícito internacional".

Como señala su prólogo "Como todo ordenamiento jurídico que se precie, el Derecho Internacional debe contar con normas que regulen cuándo se comete una violación de sus mandatos y cuáles son las consecuencias que para su autor, sus víctimas y, en su caso, la comunidad, se derivan de la ruptura de la armonía del grupo social; el que a estas alturas de la historia la comunidad internacional no cuente aún con un texto escrito, claro y convincente sobre la materia, (...) resulta preocupante".

Esta publicación está organizada en torno a cuatro capítulos; el primero de los cuales se centra en el deber de reparar en tanto consecuencia primaria y básica para el Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito. Luego se detiene en el cese del hecho ilícito y las seguridades y garantías de no repetición y finaliza desarrollando todas las cuestiones vinculadas con la reparación *strictu sensu*. Los comentarios que el autor efectúa del Proyecto de la CDI son completados con el análisis de jurisprudencia internacional reciente (caso LaGrand, caso Avena).

El autor concluye el capítulo afirmando que las normas de reparación reguladas en el texto definitivo del proyecto de la CDI adolecen en ocasiones de una importante inconcreción jurídica, ello ocurre tanto en las normas sobre el cese del ilícito como respecto de las modalidades de la reparación. Continúa afirmando "Si esto es así, será inevitable una vez que se decida la conversión del Proyecto en una Convención que deba ser aplicada, la aparición de dudas y divergencias interpretativas; la conveniencia por tanto, si es que no la necesidad, de que se incluya en él un sistema de arreglo de controversias aceptable parece fuera de toda duda (...) razonable".

En el Segundo Capítulo aborda las consecuencias adicionales en caso de violación grave de obligaciones derivadas de normas imperativas. Analiza como cuestión previa la terminología empleada en el Proyecto. Considera que tanto el Relator como la Comisión acertaron "al mantener el mensaje de fondo del concepto de "crimen internacional" pero eliminando todo término con connotaciones penales". Sostiene que aciertan al poner de manifiesto que no todas las normas internacionales tienen el mismo valor. Aciertan también cuando suprimen toda formulación que despierte connotaciones de Derecho Penal interno para reflejar la distinta gravedad y consecuencias que pueden tener los hechos ilícitos en el Derecho Internacional. El autor desarrolla todo el camino recorrido por la CDI, se detiene especialmente en los artículos 40 y 41 del Proyecto.

Seguidamente aborda las denominadas "obligaciones de solidaridad". Afirma que lo desazona "un resultado con el que los autores potenciales de la violación grave de obligaciones derivadas de normas imperativas saben

que su acción no va a suponerles directamente consecuencia mayor que la del deber de reparar los daños causados, como si de cualquier violación de medio pelo se tratase; y me preocupa porque podría servir de instrumento a los que piensan que la distinción entre violaciones “mayores” y “menores” del Derecho Internacional carece de sentido en nuestros días. Al menos como desarrollo progresivo, la CDI hubiese debido esforzarse por encontrar, adicional al deber de reparar, alguna consecuencia directa para el Estado autor de la violación grave de una norma imperativa (...).

El Tercer Capítulo lleva por título “Consecuencias adicionales (...) *latu sensu* o en sentido impropio”. Comienza aseverando que la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho Internacional general supone otras consecuencias que *utilitatis causa* denomina “indirectas”.

El Profesor Gutiérrez Espada sostiene que la CDI ha reconocido una *actio popularis* embrionaria, en agraz, al admitir que cualquier Estado puede en caso de violación grave de una norma imperativa demandar al autor del ilícito.

En este capítulo también aborda el tema de las contramedidas, las cuales constituyen la “responsabilidad de la responsabilidad”. Algunos Estados deseaban excluir el tratamiento de las contramedidas, pero afortunadamente la Comisión se resistió pues hacerlo hubiese implicado aplicar la “táctica de la avestruz”, toda vez que la doctrina, la práctica y la jurisprudencia internacional confirman su vigencia.

A continuación, el autor se ocupa de cuestiones como la función de las contramedidas, sus condiciones y límites. Finaliza el capítulo con un minucioso análisis en torno a las contramedidas por parte de los Estados lesionados y terceros, se cuestiona si las contramedidas son facultativas u obligatorias y luego se refiere a las contramedidas y arreglo de controversias.

En el Capítulo Cuarto trata dos cuestiones “procesales” de máxima importancia a las que ya se refirió en su obra “El hecho ilícito internacional”, ellas son: la forma final que adoptará el Proyecto de la CDI ¿tratado o no? y sistema de arreglo de controversias.

En el Epílogo, el Catedrático español se pregunta si vale la pena mantener la distinción entre dos tipos o categorías de responsabilidad internacional cuando las consecuencias que se asignan a las violaciones graves de normas imperativas son más modestas que las que la CDI atribuyó a los crímenes. El no se resigna, porque considera intolerable pasar por alto toda una evolución de la sociedad internacional en los últimos veinte años de la que ha emergido el concepto de comunidad internacional. Concluye deseando que vivamos un futuro mejor en el que el ordenamiento jurídico reprima con vigor sus violaciones más serias y que ese régimen más severo de responsabilidad juegue como un factor moralizador de las relaciones internacionales.

Es una obra en la que el autor pone de manifiesto un profundo conocimiento de la temática, expuesta con claridad y acertada metodología.

En síntesis, la publicación comentada constituye un valioso aporte al estudio de la responsabilidad internacional, por lo que su consulta es obligada.

María Alejandra Sticca

GUTIÉRREZ ESPADA, CESÁREO y SILVELA DÍAZ CRIADO, ENRIQUE, El Conflicto de Irak I y II, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006.

Escrita en dos volúmenes, esta obra jurídico-política, se basa en una idea central: la “Primera Guerra del Golfo” (1991) con sus bemoles, fue legal ya que se produjo con el consenso de gran parte de la comunidad internacional y dentro del marco de la ONU, a través del Consejo de Seguridad. Por el contrario, la denominada “Segunda Guerra del Golfo o Guerra de Irak” (2003), no pudo ser legitimada ni justificada por el Derecho Internacional, bajo ningún aspecto.

La primera parte, *El Conflicto de Irak I* (122 páginas), se divide en cuatro capítulos. El primero, es un pormenorizado estudio histórico de la región del Golfo Pérsico, desde sus orígenes hasta nuestros días. El capítulo segundo, analiza desde el punto de vista jurídico y político, tanto la agresión iraquí a Kuwait, como la reacción del Consejo de Seguridad. El tercer capítulo es un estudio de las operaciones militares llevadas a cabo por la coalición, tanto por tierra como por aire. Finalmente, en el capítulo cuarto se desmenuzan las razones por las cuales la actuación de la ONU y de las democracias liberales salieron fortalecidas: *Las Naciones Unidas, ante el primer gran desafío a la Carta, reaccionaron como garantes de la paz y la seguridad internacionales, autorizando la actuación y otorgando legitimidad a la intervención internacional* (pág. 113).

Claro que la confianza en el equilibrio que aparentemente a floraba a través de este Nuevo Orden Mundial duraría poco: *Las esperanzas que se abrieron en 1990 [...] no llegaron más allá del primer quinquenio de la década de los noventa. Los “felices noventa” presagiaban el “final de la historia” a pesar de que algún aguafiestas asustaba con el “choque de civilizaciones”* (pág. 115).

Como queda dicho, *El Conflicto de Irak II* (148 páginas) es un alegato probatorio que trata de demostrar los verdaderos motivos por cuales los EE.UU. se lanzaron sobre Irak, más allá del derrocamiento de Saddam: éstos no serían otros que el hedonismo y la concupiscencia, siempre presentes en el espíritu estadounidense, pero que parecerían resurgir con mayor fuerza, cada vez que un gobierno republicano llega a la Casa Blanca. Y ni qué decir de las críticas que se vierten sobre la administración Bush (h) en particular.

Las tres partes de este libro son: 1) Introducción Histórica, 2) Análisis Jurídico y Político del Conflicto, y 3) Análisis Estratégico Militar. Incluye dos anexos: I) Participación Militar Española en Irak, y II) Quién es Quién.

Se acusa a la política exterior de los EE.UU. de esquizofrénica (pág. 11), ya que permanentemente se están produciendo distintos tipos de pugnas dentro del poder, a saber: entre el presidente y el congreso; entre el departamento de Defensa y el de Estado; entre las distintas agencias; entre grupos de presión económicos o étnicos, etc. A modo de ejemplo, citan las desavenencias que existieron con motivo de la invasión a Irak entre el Secretario de Estado Colin Powell, que impulsaba un ataque bajo mandato de la ONU; y el Secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, partidario de una acción unilateral.

Pero las críticas no se detienen sólo en el actuar de los EE.UU. El Consejo de Seguridad y la ONU, también son responsabilizados: *El Consejo de Seguridad ha vuelto su cara al pasado, impidiendo el desacuerdo entre sus miembros, su intervención, cuando ésta era más necesaria* (pág.23). *Naciones Unidas, lejos de moverse en la dirección jurídicamente correcta, ha ido resbalando, desde su ortodoxa posición inicial, a una de cada vez mayor implicación con los ocupantes en la gestión, y consecuente consolidación de la situación* (pág. 92).

En resumen, los dos volúmenes son sumamente interesantes para quien quiera estudiar un tema tan actual. Es también un verdadero acierto didáctico de los autores, la inclusión de numerosos mapas y cuadros estadísticos a lo largo de toda la obra. Pero debemos hacer una advertencia a los posibles lectores que pretendan leer un texto anodino o insulso; por el contrario, el libro está escrito en un tono polémico, con algunas críticas rayanas en el brulote. Esto último, en nada desmerece las bondades de la tarea emprendida por los autores.

Diego García Montaña

GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D. T. *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Edit. De los Cuatro Vientos, Buenos Aires, 2006, 284 páginas.

Desde la introducción, la autora efectúa una apretadísima síntesis del contenido de la obra, que perfila a grandes rasgos pero con toda precisión los alcances de la misma.

La obra es en definitiva un compendio del Derecho Internacional Penal, como una rama del Derecho Internacional pero con la visión del Derecho Penal. Esta visión aparece con palmaria claridad desde el concepto de Derecho Internacional Penal que inaugura la Parte A.

La obra está dividida en tres partes, identificadas como A, B y C, divididas a su vez en capítulos. Podemos señalar al respecto, y como una característica general, que la autora introduce cada una de las partes con algunas consideraciones generales, que hacen las veces de presentación de su contenido y que permiten adquirir rápidamente una visión de conjunto del contenido de la misma.

La primera, bajo el título "*El concepto de Derecho Internacional Penal*", se centra en el estudio de las fuentes de esta rama del Derecho, la responsabilidad internacional y el derecho interno. En la segunda el objeto del estudio son "*Los delitos y los crímenes internacionales*". Mientras que la tercera está reservada al "*Juzgamiento*".

Nos detendremos brevemente en cada una de ellas.

Inaugura la Parte A con la dilucidación de "*una noción aparentemente ambigua*" que no es sino la necesidad de delimitar y precisar la fundamentación jurídica de la jurisdicción en materia de derecho internacional penal, la que deja establecida en las jurisdicciones nacionales desde un comienzo.

A partir de allí va abordando cuestiones clásicas como el carácter de rama del Derecho Internacional que le reconoce al Derecho Internacional penal, para transitar hacia las fuentes y los principios en los que se funda. Aparece a renglón seguido una cuestión ineludible cual es la responsabilidad internacional penal de la persona humana al tiempo que analiza el rol de las personas y su diferente grado de responsabilidad internacional, junto a las eximentes. Cierra esta parte con un capítulo reservado a la relación entre el Derecho Internacional penal y los derechos internos que, por otra parte se transforma en una constante preocupación desarrollada a lo largo de toda esta publicación.

En la Parte B la autora se detiene específicamente en los crímenes y delitos internacionales y en el carácter internacional de los mismos. En esta parte no solo nos muestra la distinción entre ambos tipos de ilícitos, sino que además nos va guiando al conocimiento de las diferentes ramas que tipifican esas conductas, especialmente en cuanto atañe al Derecho Internacional Humanitario, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la aplicación de estas normas efectuadas por tribunales internacionales hasta llegar a los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Para ello se detiene en los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el genocidio, crímenes contra la paz y la seguridad internacionales, incluyendo el terrorismo y la agresión. Se detiene especialmente en estos dos últimos tipos, cuya definición ha demandado ingentes esfuerzos tanto a la doctrina cuanto a la jurisprudencia internacionales.

La tercera y última parte, como decíamos más arriba, ha quedado reservada al juzgamiento de las conductas tipificadas precedentemente, oportunidad en la que vuelve sobre la necesaria relación entre Derecho Internacional penal y derecho interno. Uno de los elementos que toma en consideración es precisamente la territorialidad en la comisión del delito, como fundamento para el ejercicio de la jurisdicción estatal y también para la responsabilidad internacional del Estado en cuestión para el caso en que no cumpla con las obligaciones emanadas del derecho positivo o aún consuetudinario en la materia. Aparece así la jurisdicción universal, a la que reconoce como *“un recurso que tiende a paliar lo que podrían percibirse como debilidades del sistema internacional desde que la coexistencia de Estados soberanos aparecería como antitética a una jurisdicción única, obligatoria, independiente de que concurran en su aceptación las voluntades de los sujetos originarios de este ordenamiento jurídico”* (pág. 194).

Es en esta parte que podríamos decir que reside el meollo de esta publicación, en tanto no solo se ocupa de un estudio pormenorizado de las jurisdicciones internacionales sino que profundiza en cuestiones procesales como la competencia, la admisibilidad, el principio del debido proceso en las jurisdicciones internacionales, o las normas de procedimiento aplicables por parte de los tribunales penales internacionales actuales.

Concluye esta tercera parte con un capítulo reservado a la necesaria cooperación internacional en el ámbito que nos ocupa, oportunidad en que remarca la importancia del estudio de la práctica de los Estados en la materia, lo que revela el permanente afán de éstos por lograr la aplicación de su

propio derecho, a pesar de que el sospechado de la comisión de los ilícitos que nos ocupan se encuentre fuera de su jurisdicción nacional, fundamento éste suficiente para la utilización de la institución de la extradición.

Las conclusiones de la Dra. Gutiérrez Posse cierran el círculo de consideraciones perfiladas en su presentación: la existencia de normas de *jus cogens*, oponibles *erga omnes*, que se aplican gracias a la conjunción de ordenamientos internacional e internos, cada uno desde sus particularidades, cuyo accionar conjunto asegura la efectividad y la eficacia de la normativa vigente.

Cierra esta publicación con una larga lista de casos citados y de la bibliografía utilizada, ambos profusos y actualizados.

Se trata, en definitiva, de un interesante trabajo en el que, como decíamos al comienzo, aparece con caracteres propios no sólo la vena del internacionalista sino también del juez.

Graciela R. Salas

HUMMER, WALDEMAR (Edit.) – MELLADO, NOEMÍ (Coord.) Cooperación y conflicto en EL MERCOSUR, M.E.L. Editor, Córdoba, 2007, 244 páginas.

La obra reúne las ponencias presentadas en el marco de la Primera Jornada Científica *El Papel del Derecho en la coyuntura del MERCOSUR* llevada a cabo en Setiembre de 2006, en Montevideo, organizada por la Maestría en Relaciones Internacionales - Integración Regional, Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental de Uruguay en el marco del Proyecto de investigación subsidiado por la Comisión de las Comunidades Europeas EULATIN II del Programa ALFA II. Se trata de un proyecto de red universitaria que abarca siete Universidades europeas (Universidad de Innsbruck/Austria; Universidad de Trento/Italia; Universidad de Tübingen/Alemania; Universidad Pompeu Fabra/España; Universidad Santiago de Compostela/España; Universidade de Coimbra/Portugal; Universidade de Lisboa/Portugal) y seis latinoamericanas (Universidad de San Andrés/Argentina; FLACSO/Argentina; Universidad Nacional de Córdoba/Argentina; Universidad Nacional de La Plata/Argentina; Universidad de la República/Uruguay; UNINOVE/Brasil). El Editor, DDr. Waldemar Hummer es Catedrático de Derecho Internacional Público y de Derecho Comunitario de la Universidad de Innsbruck/Austria y Coordinador general del Proyecto EULATIN II del Programa ALFA II. La Coordinadora, Prof. Noemí Mellado, es Especialista en Derecho de la Integración Económica, Catedrática de Economía Política en la Universidad Nacional de La Plata y en la Universidad Nacional del Noroeste de la Prov. de Buenos Aires, a más de ser miembro de la red EULATIN II.

Organizadores de la Jornada que dio origen al presente libro fueron los Doctores Wilson Nerys Fernández y Alejandro Pastori Fillol.

El texto en análisis está estructurado en tres partes divididas a su vez en Capítulos, precedidas por un brevisimo currículum de los autores de

los trabajos publicados ordenado alfabéticamente y el Prólogo a cargo del Prof. DDDr. Waldemar Hummer.

En este Prólogo el DDDr. Hummer hace especial referencia al proyecto de cooperación de universidades europeas y latinoamericanas en el marco del programa ALFA I, llamado "EULATIN I" el que por sus logrados resultados dio lugar al nuevo proyecto "EULATIN II: Europa Latinoamérica, integración regional, Parte II", de mayo de 2005.

La *Primera Parte* está referida a *Alcances y Perspectivas del Proceso de Integración en el MERCOSUR*. El *Capítulo I* es desarrollado por la especialista Noemí B. Mellado, quien en el resumen de su trabajo señala que analiza las convergencias y divergencias en el Mercosur, en el marco del nuevo regionalismo, sobre la base del discurso de los actores al más alto nivel político expuesto en los textos y periódicos, abordando la temática en un período dado.

La *Segunda Parte* se ocupa de las *Relaciones Unión Europea – MERCOSUR*, y en este contexto los profesores españoles María Teresa Ponte Iglesias de la Universidad de Santiago de Compostela y Manuel Cienfuegos Mateo de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona abordan las dificultades y perspectivas para la consecución de un acuerdo de asociación, partiendo de la base que el MERCOSUR es objeto de una atención preferente por parte de la Unión Europea por la existencia de un patrimonio histórico, cultural y social común además de intereses económicos comunes, fruto de ello el Acuerdo Marco Interregional de Cooperación vigente desde 1999, cuya implementación desde la perspectiva de este trabajo se considera ralentizada por diversos factores entre los que destacan la liberalización de las importaciones en sus respectivos productos sensibles y las repercusiones del proceso de ampliación de la UE.

La *Tercera Parte* referida al *Conflicto Argentina/Uruguay por las pasteras* refleja el tratamiento de un problema de total actualidad el cual es abordado por seis autores quienes brindan del mismo diversos enfoques que, al decir de profesor Hummer, se destacan por su objetividad. El primer trabajo con que se inicia esta tercera parte fue redactado por la profesora Zlata Drnas (Córdoba-Argentina) y el profesor europeo Hummer (Innsbruck-Austria) quienes señalan que el desarrollo de este conflicto ha tensado también las relaciones MERCOSUR y ALADI.

El profesor uruguayo Heber Arbuét-Vignali analiza el conflicto realizando reflexiones sobre el hecho, señalando los errores cometidos y las carencias institucionales y jurídicas del actual sistema para poder resolverlo.

La profesora argentina Rita Marcela Gajate, de la Universidad de La Plata, efectúa un interesante enfoque a partir de los predecibles daños al medio ambiente y el análisis de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en la Medida Cautelar solicitada por Argentina y del Tribunal *Ad Hoc* del Mercosur, por los efectos perjudiciales de los cortes de ruta planteados por el Uruguay. Este último aspecto es desarrollado por el profesor uruguayo Alejandro Pastori Fillol quien considera pertinente mostrar las limitaciones jurídicas de los mecanismos de solución de controversias de naturaleza arbitral en el marco del MERCOSUR.

Finalmente, y con un enfoque totalmente diferente de la problemática por cuanto lo hace desde la perspectiva psico-social de las ciencias políticas, Wilson Nerys Fernández, especialista en Sociología, considera que las consecuencias pueden comprometer gravemente el futuro del proceso de integración regional al afectar los sentimientos de pertenencia o de rechazo de los ciudadanos ante el citado proceso.

Cierra esta tercera parte la contribución efectuada por el Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba Dr. Ernesto Rey Caro quien efectúa reflexiones sobre la jurisdicción consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

Destaca el Profesor DDr. Hummer que esta compilación es una acabada muestra de la cooperación científica entre los docentes e investigadores en el marco de los programas de movilidad europea-latinoamericanos de ALFA II.

Marta Susana Sartori

KOHEN, MARCELO G. (Ed.) *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum LUCIUS CAFLISCH*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, Netherlands, 1.238 páginas.

El *Liber Amicorum* es en homenaje al distinguido profesor, juriconsulto y doctrinario de derecho internacional, Lucius Caflisch, quien el 30 de septiembre de 2006 se retiró del Instituto de Altos Estudios Universitarios de Ginebra, donde por más de tres decenios se dedicó a la formación de recursos humanos, habiendo sido Director de ese Instituto entre 1984 y 1990.

La obra (en francés e inglés) reúne el aporte de setenta y tres internacionalistas, dividido en una *Introducción* a cargo de Mathias-Charles Krafft y cuatro secciones.

La *Primera sección* dedicada a *Derecho Internacional Humanitario y Derechos del Hombre*, abarca treinta y seis trabajos de la autoría de los siguientes especialistas: Nisuke Ando (artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); Robert Badinter (hacia una justicia penal internacional); Ireneu Cabral Barreto (sentencia Bosphorus); Vincent Berger (importante perjuicio según el Protocolo 14), Romualdo Bermejo García y Pilar Pozo Serrano (crisis de Darfour); Andrea Bianchi (acto de Estado); Andrew Clapham (*jus cogens*, tortura, inmunidad); Benedetto Conforti (CEDH y propiedad); Jean-Paul Costa (Estado, territorio CEDH); Blaise Godet y Jean- Daniel Vigny (Suiza y la Comisión de Derechos Humanos); Gerhard Hafner (reservas y declaraciones al Estatuto de la Corte Penal Internacional); John Hedigan (elección de los jueces de la CEDH); Charles-Edouard Held (Doudécimo protocolo a la Convención de La Haya de 1954); Martina Keller (reunificación de Alemania y derechos humanos); Chava Eve Landau (derecho a la educación desde la perspectiva europea); Ruth Lapidoth y Christian Franz (*Open City*); Jürg Lindenmann (justicia de transición y cor-

te penal); Paul Mahoney (derechos reales); Djamchid Momtaz (amnistías incondicionales); Mutoy Mubiala (acceso del individuo a la Corte africana); Egbert Myjer (CEDH y terrorismo); José Antonio Pastor Ridruejo (CIJ: derecho humanitario y derechos humanos); Matti Pellonpää (continuidad y cambio en la jurisprudencia de la CEDH); Dan Sarooshi (Corte Penal Internacional); Dietrich Schindler (Bluntschli y el derecho de la guerra); Paul Seger (principio de universalidad del derecho penal y Suiza); Daphna Shraga (ocupación militar y administración de transición de NU); Krzysztof Skubiszewski (Doctrina Social de la Iglesia); Brigitte Stern (“irresponsabilidad soberana”); Daniel Thürer y Malcolm Maclaren (democratic governance); Christian Tomuschat (reparación en favor de víctimas individuales); Riza Türmen (libertad de conciencia y religión); Nina Vajić (sentencia Mamatkulov); Mark E. Villiger (principio de subsidiariedad); Luzius Wildhaber (misiones de la CEDH).

La *Segunda Sección*, sobre *Aspectos espaciales del Derecho internacional*, agrupa diez trabajos: Georges Abi-Saab (*uti possidetis*); Julio Barberis (*condominium*); Laurance Boisson de Chazournes (derecho internacional del agua); Pierre-Marie Dupuy (derecho al agua); Philippe Gautier (Estado del pabellón); Vladimir Ibler (*jus cogens* y derecho del mar); Marcelo G. Kohen (delimitación de la frontera entre Eritrea y Etiopía); Stephen C. McCaffrey (derecho de los cursos de agua); Budislav Vukas (un cuarto de siglo bajo la CNUDM); Rüdiger Wolfrum (Antarctica).

La *Tercera Sección* dedicada a *Solución Pacífica de Controversias*, contiene once artículos: Hugo Caminos (creación del TIDM); Christian Dominicé (opinión consultiva sobre la edificación de un muro en territorio palestino ocupado); Maurice K. Kamga (procedimientos de urgencia ante el TIDM); Robert Kolb (denuncia de declaraciones facultativas); Heinrich B Reimann (OSCE); W. Michael Reisman y Mahnoush H. Arsanjani (salida de EE.UU. del Protocolo opcional a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares); Tulio Treves (solución de controversias en derecho del mar); Claudia Westerdiek (Tribunal administrativo del Consejo de Europa); Eric Wyler (el mediador); Ernesto J. Rey Caro (administración del TPR del MERCOSUR); Christos L. Rozakis (declaraciones unilaterales).

La *Sección Cuarta, Miscelánea*, contiene los aportes de: George S. Baur (Lichtenstein-economía global); Antônio Augusto Cançado Trindade (supremacía del derecho internacional); Jérôme Candrian (relaciones entre Suiza y la Santa Sede); Bernard Dutoit (Rusia y la UE); Vera Gowlland-Debbas (responsabilidad de los órganos políticos); Jean-Michel Jacquet (derecho de los tratados); Allain Pellet (proyecto de la CDI sobre protección diplomática); Jean-Pierre Puissochet y Stéphanie Gervasoni (cooperación reforzada en la UE); Jean Salmon (metamorfosis de la gravedad); François Voeffray (Consejo de Seguridad de la ONU).

Esta obra sólida, rica, amplia, responde consistente y adecuadamente al espíritu del saludo. Los temas tratados le son familiares. Los amigos, colegas y discípulos, a una voz, le rinden homenaje de la manera más valiosa: la del estudio en la disciplina jurídica, a la que dedicara su vida.

Zlata Drnas de Clément

MASO JARDIM, TARCISO DEL O *Brasil e o Direito Internacional dos conflitos armados*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006, 1156 páginas en dos tomos, en portugués.

Tarciso del Maso Jardim, profesor de Derecho Internacional Humanitario del Centro Universitario de Brasilia nos presenta un interesante trabajo sobre la práctica brasileña en materia de Derecho Internacional de los Conflictos Armados con un importante complemento documental.

Desde el prólogo de Michel Minning, Delegado Regional del CICR para Brasil y el Cono Sur, y Gabriel Valladares, Asesor Jurídico del CICR para la misma región, los mencionados rescatan el valor de esta obra en portugués, cubriendo así el vacío existente. Destacan asimismo la especial formación del autor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal, todas ellas ramas del moderno Derecho Internacional.

La voluminosa obra que nos ocupa está dividida en tres partes bien definidas: la primera sobre la compatibilidad del ordenamiento jurídico brasileño con el Derecho Internacional Humanitario, la segunda sobre normativa y práctica brasileña relativa a los conflictos armados y, por último, una compilación en lengua portuguesa de los tratados internacionales sobre la materia.

Nos detendremos particularmente en la primera en razón de que las restantes están reservadas a textos de instrumentos específicos.

Sostiene el autor inicialmente que en materia de Derecho Internacional de los conflictos armados las medidas adoptadas por Brasil se concentran en el fomento de la educación, precauciones en tiempo de paz para proteger personas y bienes, control de armas y represión de crímenes de guerra.

Inicialmente traza un panorama del estado de ratificación por Brasil de los tratados en la materia, especialmente en lo relativo al Estatuto de Roma que instituye el Tribunal Penal de Roma, al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de los Niños, Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados, al Segundo Protocolo Relativo a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflictos Armados y el Protocolo V que modifica la Convención sobre Armas Convencionales. En ocasión del tratamiento de cada uno de estos temas el autor se detiene en conceptos fundamentales como son los crímenes tipificados en cada uno de ellos, para lo cual recurre a la más reciente doctrina internacional en la materia.

Le sigue un apartado reservado a la incorporación del Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico interno brasileño, oportunidad en que analiza no solo instituciones sino especialmente competencias de los distintos poderes, especialmente del Supremo Tribunal Federal habilitado para ejercer un control de constitucionalidad de los tratados firmados por Brasil.

Continúan algunas consideraciones en tanto en materia de Derecho Internacional Humanitario "o *Código Penal Militar (CPM)*, o *Código Penal*

comum(CP), o Código de Processo Penal Militar (CPPM) e o comum (CPP) fazem referências de não exclusão e, inclusive, prevalência da norma internacional sobre a interna". Es ésta la oportunidad en que el autor deja planteada las discrepancias en materia de jerarquía de estos tratados que denotan algunos de los cuerpos normativos mencionados. Sin embargo surge con palmaria claridad que determinados tratados de los que forma parte Brasil, como las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1977 están constitucionalizados, al tiempo que algunos otros instrumentos han sido colocados en jerarquías similares a las enmiendas constitucionales.

Reconoce el autor a lo largo de esta primera parte que, a pesar de la larga trayectoria de su país en la participación de conferencias internacionales en la materia, ya desde el Siglo XIX, los instrumentos internacionales firmados o a los que ha adherido, aún no han sido implementados de manera adecuada en el orden interno.

Sin embargo, rescata las medidas adoptadas al respecto, especialmente en el ámbito específico de la formación de las fuerzas armadas, la implementación de tratados como el de Ottawa sobre Minas Antipersonal o la Convención sobre Armas Químicas y fundamentalmente el Estatuto de Roma que instituye el Tribunal Penal Internacional.

Reconoce que aún queda mucho por hacer, rescatando el pensamiento de Rui Barbosa, que en 1907 abogaba por que *"na tumultuada relação entre o direito e a guerra culmine, na prática, na igualdade jurídica entre os sujeitos internacionais, em na defesa intransigente da paz e da percepção humanista"*.

Le sigue, como decíamos más arriba una serie de instrumentos internacionales en traducción no oficial del autor, atento las dificultades que el mismo manifiesta en contar con textos oficiales en portugués, en ocasiones directamente por su inexistencia.

El segundo tomo está reservado a las grandes convenciones internacionales, bajo las mismas condiciones apuntadas más arriba.

A largo de este minucioso el trabajo el autor hace gala de un profundo conocimiento de la materia y de su permanente relación con el CICR, a quien en reiteradas oportunidades agradece su apoyo para la concreción de tan importante obra.

Graciela R. Salas

MELLADO, NOEMÍ (Directora) *Aportes para la integración latinoamericana*, Publicación Semestral del Instituto de Integración Latinoamericana (IRI), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Provincia de Buenos Aires, Año XII, N 14, Julio 2006, Soporte CD.

Publicación dentro del Área de publicaciones Científicas de CAICYT, CONICET, en su Sistema Latindex, catálogo de Publicaciones periódicas de calidad editorial. El contenido de este número expone una reflexión interdisciplinaria acerca de los alcances de la propuesta de Cusco, fruto del Simposio presentado y coordinado por Noemí B. Mellado y Rita Giacalone:

“Posibilidades y Limitaciones de la Integración Regional Sudamericana” – EST.16-, en el 52º Congreso Internacional de Americanistas, realizado en Sevilla, España, entre el 17 y el 21 del mes de julio del 2006. Asimismo se incluye una contribución en la que se analiza la reconfiguración política de Venezuela desde la perspectiva de la prensa escrita argentina .

Se distribuye en un Tema Central y Estudios (ocho trabajos).

El Tema Central titulado *Noticias de Venezuela* es expuesto por Ricardo Alberto Rivas (UNLP) y Edelmiro Alejandro Busta (UMP) . Desarrolla la crisis de los partidos políticos en Venezuela, con la expresión política del triunfo electoral de Hugo Chaves. La cobertura por parte del periodismo argentino sobre ese proceso con mayor grado de detalle que en etapas anteriores, con clara intencionalidad de generar opinión, de una realidad conflictiva y polémica.

El bloque Estudios “*Integración Sudamericana*” compuesto por:

Venezuela: Oportunidades y Amenazas de su inserción en el MERCOSUR: Alejandra Gutiérrez (Univ. Los Andes). Analiza la política comercial de Venezuela en un contexto más general de su política exterior y de los resultados en su política económica; examinando sus tendencias con los patrones del MERCOSUR y algunas de las principales amenazas y oportunidades que surgen una vez que firmó el TLC-CAN-Mercosur y su posterior proceso de adhesión como miembro pleno de este último.

Perspectivas del MERCOSUR ante la incorporación de Venezuela: Iris M. Laredo, Gloria Cignacco, Corina Díaz, Juan Pablo Angelote. Exposición crítica de las principales experiencias de integración regional en la creciente globalización asimétrica. Análisis de la política exterior Bolivariana y las consecuencias de la admisión de Venezuela al Mercosur, para ella y toda América Latina.

Desafíos que plantea la Comunidad Sudamericana de Naciones. Entre transformaciones y continuidades: Noemí B. Mellado. Aborda la Comunidad Sudamericana de Naciones como objeto-político. Sobre la base del discurso de los actores decisionales, al más alto nivel político, examina la convergencia política e ideológica, como manifestación de una necesidad de pertenencia a un bloque, identificando transformaciones y continuidades de temas y problemas.

¿Dolarización individual o moneda común? Evidencia para los países Sudamericanos: José U. Mora. (Univ. de Los Andes). Presenta los beneficios y costos que traería a los países Suramericanos dolarizar sus economías, formar una unión monetaria independiente o mantener el régimen actual, en base a elementos estadísticos de los años 1965-1998. Establece los beneficios de las distintas alternativas, relacionándolas con un régimen de cambio fijo en el caso de la moneda americana y con la credibilidad de un Banco Central de la unión monetaria en el alcance de sus objetivos de política monetaria, dependiendo en gran medida de la capacidad de los representantes de cada país. Especial referencia a la importancia de Colombia y Chile en la toma de decisiones, siendo estos países los que han mostrado consistentemente un menor sesgo inflacionario, bajas tasas y un crecimiento económico no muy elevado pero sostenido.

Los recientes procesos de Integración Regional de América del Sur: ALCA, ALBA y CSN: José Antonio Segrelles Serrano. Analiza en el marco de la mundialización de la economía y la liberalización del comercio, las repercusiones de ese fenómeno que conduce a la firma de acuerdos regionales para el funcionamiento del mercado. Examina puntualmente el proyecto de integración que auspicia Estados Unidos para la creación del Area de Libre Comercio de las Américas. (ALCA), el que despierta recelo en latinoamérica por sus implicancias neocolonialistas. Presentando como alternativa la creación en el 2004 de la Comunidad Sudamericana de Naciones, la que conforma un peso económico y una fuerza negociadora suficiente como para enfrentar a las potencias comerciales y conseguir un desarrollo independiente y endógeno.

Nuevas Perspectivas del MERCOSUR desde la vista de la Cumbre Eurolatinocaribe (EU-LAC) del 11 al 12 de Mayo de 2006 en Viena: Gernot Stimmer (Univ. de Viena). Tematiza las relaciones entre UE y Mercosur, desde su creación y en las perspectivas futuras de los resultados de la Cumbre de Viena, distinguiendo las relaciones generales entre la UE y América Latina, promoviendo la tesis que la cumbre de Viena no signifique una ruptura sino el punto final de un proceso.

Efectos del ingreso de Venezuela a MERCOSUR sobre la balanza comercial con énfasis en productos no petroleros: Luis Toro G. (Univ. de los Andes). Como lo adelanta el título del trabajo, es un estudio sobre la balanza comercial de Venezuela, sustrayendo los productos petroleros, observando los beneficios con respecto a los miembros del MERCOSUR, ya que goza de un arancel cero. Por lo que, los efectos de su incorporación se asemejan a una liberalización unilateral de las importaciones Venezolanas a Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay. Su principal aporte es en el campo de la energía, por su condición de gran productor y exportador mundial de petróleo.

Subdesarrollo y crisis en América Latina: Impacto de la brecha externa y recomendaciones para una adecuada inserción internacional: Alejandro Vanoli. Las crisis de los países de América Latina han sido más intensas, frecuentes y duraderas dada la creciente globalización financiera. Si bien en los últimos años han mejorado las condiciones macroeconómicas de la región, subsisten potenciales riesgos de afrontar nuevas brechas, externas, fiscales, productivas y sociales. Se formulan recomendaciones de políticas vinculadas a cuestiones macro, financieras productivas y sociales para generar un cambio de paradigma que minimice los riesgos. En este marco la integración regional debería ser una alternativa ante los desafíos presentados por la integración de los mercados y de los Estados.

Concluye esta actualizada e interesante obra con una Reseña Institucional, de las actividades científicas que se están ejecutando, enumerando la temática de las investigaciones y otras actividades que pueden ser de interés para el lector.

Gloria Rosenberg

MOYA DOMÍNGUEZ, MARÍA TERESA *Derecho de la Integración. Mercosur: instituciones y fuentes. Unión europea y Comunidad Andina: estudio comparado*, Ediar, Buenos Aires, 2006, 473 páginas.

La Dra. María Teresa Moya Domínguez nos acerca en esta oportunidad una publicación de su tesis doctoral en la Universidad de Buenos Aires, dedicada al Dr. Germán Bidart Campos, verdadero mentor en su vida académica y profesional.

El esquema general en torno al cual se desarrolla todo el contenido de la obra está compuesto por una introducción y tres partes, cada una de ellas con las respectivas conclusiones.

Tanto la introducción como las dos primeras partes están reservadas a la fundamentación, mientras que la tercera parte es en definitiva la coronación de la tesis doctoral al dedicarlas a la propuesta de soluciones jurídicas y políticas.

A partir de esta estructura analizaremos ahora sucintamente el contenido de cada una de ellas.

Desde la introducción, la autora va centrando su análisis en el Mercosur, más allá de la generalidad que podría sugerir el título de la obra que presentamos.

Como una característica particular y en referencia al método utilizado en su investigación, sostiene que “*Se emplearán elementos del método tridimensionalista para efectuar el diagnóstico del tema a analizar, el estudio de las distintas hipótesis y enunciar la tesis*”.

Es así que desde ese enfoque utiliza la primera parte, “El derecho, sus fuentes y la integración regional”, para precisar los elementos sobre los cuales sostiene se asienta el Derecho de la Integración, partiendo de preguntas como ¿qué es el derecho?, ¿qué es el derecho internacional? ¿qué es la integración? o conceptos como el de seguridad jurídica. El planteamiento de los mismos le sirve para introducirse en el tratamiento de temas relacionados con aspectos históricos, económicos o políticos de los procesos de integración más conocidos, entre ellos el europeo, tratando de mantener un delicado equilibrio entre cada uno de los temas abordados. Es de destacar esta actitud en la medida que una exposición sobre los avances logrados por el esquema europeo a menudo constituye una tentación que puede eclipsar el objeto de análisis, en este caso un proceso menos desarrollado como el de Mercosur.

No escapa a su análisis la profunda relación existente entre las normas de Derecho de la Integración, para el caso mercosureño, con las normas de derecho interno de los Estados que lo integran actualmente, siempre desde el enfoque trialista apuntado más arriba.

De esta forma va formulando distintas consideraciones que abren la segunda parte, reservada a las causas jurídicas de los problemas de las fuentes del derecho del Mercosur. Es decir que, planteados conceptos de fondo en la primera parte, avanza en un análisis crítico de la estructura institucional de nuestro acuerdo subregional. Al respecto remarca la nece-

sidad de que el Mercosur avance hacia la creación de una estructura institucional con poderes supranacionales y las doctrinas planteadas al respecto, para lo cual recurre permanentemente a fundamentos constitucionales de los Estados que lo integran.

Un espacio particular está reservado al sistema de solución de controversias en Mercosur, comparando el arbitraje con la vía judicial, la necesidad de la existencia de un sistema de publicidad de la normativa mercosureña y los problemas que ello plantea, especialmente desde el punto de vista de la democracia y la transparencia. Ante los problemas que esta situación plantea permanentemente vuelve sobre conceptos de derecho interno que denotan la preocupación de la autora por las necesarias vías de comunicación entre un orden y otro.

Como quedó dicho más arriba, la tercera y última parte esta reservada a las soluciones y propuestas jurídicas y políticas, es decir a la tesis propiamente dicha.

La tesis se concreta en cinco propuestas: en primer lugar, *“la necesidad de acordar una jerarquización normativa común entre los países miembros referida a la relación del derecho comunitario y/o del derecho de la integración regional con el derecho constitucional”* (pág. 395). Esta propuesta completa las consideraciones que veníamos apuntando en las dos partes anteriores.

En una segunda propuesta *“propone la firma de un protocolo que unifique los criterios de los Estados miembros del Mercosur respecto del procedimiento a seguir en materia de incorporación de normas”*, oportunidad en que formula un proyecto de protocolo dividido en ocho artículos (pág. 402). Complementa de esta forma la anterior.

En la tercera *“propone la creación de un órgano supranacional dotado con facultades delegadas por los Estados miembros”*, respecto de lo cual plantea dos cuestiones de fondo ¿cómo será dicho órgano? y ¿cuáles serán sus facultades?. Concreta aquí la referencia a la necesidad de impulsar al Mercosur hacia la conformación de un esquema de tipo comunitario.

La cuarta *“...insistir en la creación de un tribunal judicial para el Mercosur”* con el objeto de brindar seguridad jurídica a los Estados partes y a los operadores que actúen en el mercado regional. Esta propuesta es necesariamente complementaria de la anterior, atento el carácter del tribunal judicial propuesto por la autora.

La quinta *“...Ante la existencia de la Secretaría del Mercosur ... es posible llegar a la firma de un protocolo adicional que permita a dicha secretaría implementar un sistema eficiente de publicidad de la normativa del Mercosur”*, como quedó dicho más arriba, uno de los puntos clave en la segunda parte de este trabajo. Finalmente propone una profundización de las competencias de la Secretaría del Mercosur, concretamente en vistas a dinamizar la entrada en vigor del derecho derivado.

Como puede observarse, va construyendo una propuesta que implica reformas de fondo en el sistema mercosureño, especialmente en lo

institucional, en un claro avance hacia la conformación de un sistema supranacional.

No escapa a su análisis el enfoque político al que reserva el último capítulo de esta obra. De hecho parte de la necesidad de la decisión política para avanzar hacia la conformación de un proceso de integración más avanzado en el que se fijen objetivos comunes como la lucha contra el hambre, coordinación de políticas de empleo, salud, ciencia y tecnología, energía, de desarrollo industrial, comerciales, entre otros. Es en este punto que analiza los avances logrados en las diferentes cumbres presidenciales del Mercosur.

Cierra con la nómina de los fallos jurisprudenciales citados.

A modo de conclusión podemos decir que la obra que nos presenta la profesora María Teresa Moya Domínguez viene a llenar un vacío académico existente en la materia en tanto la casi totalidad de las obras publicadas provienen de fuentes europeas, a las que, más allá de la calidad académica que está fuera de discusión, es posible endilgarles precisamente su visión europea de cuestiones latinoamericanas.

Graciela R. Salas

PAGLIARI, ARTURO SANTIAGO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2007, 736 páginas.

En el prólogo, el Dr. Pagliari expresa que su intención y la de sus colaboradores de cátedra, ha sido la de elaborar un manual que abarcara los temas fundamentales del Derecho Internacional, con el objetivo primordial de brindarles a los estudiantes una obra lo más integral posible.

Dividido en dieciséis capítulos, el libro versa sobre los siguientes temas: Cap. I: “*La Comunidad Internacional y su Ordenamiento Jurídico*”, Cap. II: “*Las Fuentes del Derecho Internacional*”, Cap. III: “*Las Fuentes No Enumeradas*”, Cap. IV: “*Los Tratados Internacionales. Relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos Internos. Sistema Argentino*”, Cap. V: “*La Subjetividad Internacional. El Reconocimiento*” (Luis Savid Bas), Cap. VI: “*Los Órganos de las Relaciones Exteriores*” (Guillermo Costilla y Griselda Juárez Jerez), Cap. VII: “*El Estado (I)*”, Cap. VIII: “*El Estado (II)*”, Cap. IX: “*El Estado (III) La Competencia Personal del Estado*”, Cap. X: “*La Protección Internacional de la Persona Humana*” (Luis Savid Bas), Cap. XI: “*La Responsabilidad Internacional*”, Cap. XII: “*La Aplicación del Derecho Internacional*” (Cristina Rodríguez de Taborda), Cap. XIII: “*El Derecho del Mar*” (Oscar Benítez), Cap. XIV: “*Los Cursos de Aguas Internacionales*” (Cristina Rodríguez de Taborda), Cap. XV: “*Las Organizaciones Internacionales. El Derecho Internacional Económico. La Organización Mundial de Comercio [O.M.C.]*” (Luis Savid Bas / Alejandro Hillar), y Cap. XVI: “*El Derecho de la Integración. Mercosur*” (Luis Savid Bas).

Como se puede apreciar, efectivamente, las cuestiones más trascendentes e importantes del Derecho Internacional Público, se encuentran presentes en este libro de más de 700 páginas.

Nos ha resultado gratificante leer algunos temas que no siempre están desarrollados de manera amplia en otros textos o manuales similares. Vaya un ejemplo: la cuestión de los Actos Unilaterales de los Estados -fuente auxiliar, pero no por eso menos importante- (Cap. III), a los que se les dedica un amplio y pormenorizado abordaje.

Por otra parte, resulta esclarecedora la constante cita y transcripción de partes de fallos internacionales, "clásicos" algunos, novedosos otros, para apuntalar de manera práctica, las lecciones teóricas que se corresponden con cada capítulo.

Otro aspecto que merece destacarse es el propósito de brindar un enfoque localista, teniendo muy especialmente en cuenta el punto de vista de la legislación argentina o regional. Así, en materia de Relaciones del Derecho Internacional con los Derechos Internos, se incluye *El Sistema Constitucional Argentino*. El capítulo de los Órganos de las RR.EE., trae una parte dedicada al análisis de *El Servicio Exterior Argentino*. Si de la Persona Humana se trata, aparece un punto sobre el *Ordenamiento Jurídico Internacional sobre Derechos Humanos en el Derecho Argentino*. En cuanto al Derecho del Mar, se incorpora un aspecto dedicado a *El Régimen Argentino y el Mar Presencial*. Del capítulo de los Cursos de Aguas Internacionales, un gran tramo está consagrado a los *Cursos de Agua Internacionales Compartidos por Argentina*. Finalmente, como un aporte a nuestra perspectiva regional, todo el capítulo final de la obra, está referido al Derecho de la Integración y al Mercosur, como queda dicho *ut supra*.

En definitiva, creemos que la obra reseñada merece ser reconocida por el esfuerzo y la dedicación intelectual puestos de manifiesto por todos los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba que han trabajado en la misma; máxime si se tiene en cuenta que tamaña colaboración para con los alumnos y el público interesado en general, tiene como principal propósito el de constituirse en una herramienta versátil, didáctica y asequible para el aprendizaje del Derecho Internacional Público de nuestros días.

Si bien es cierto, como lo dice el Dr. Pagliari, que no se encuentran desarrollados todos los temas del DIP; no creemos que esto sea una mella en la labor emprendida, porque como decía "Martín Fierro": *Es mejor que aprender mucho, aprender cosas buenas*.

Diego García Montaña

PUEYO LOSA, JORGE - PONTE IGLESIAS, TERESA (Coord.) *Derecho Internacional Público, Organización Internacional, Unión Europea (Recopilación Básica de Instrumentos Jurídicos)*, Torculo Ediciones S.L., Santiago de Compostela, 2007, 872 páginas.

Los Coordinadores tienen una vasta experiencia en compilaciones de instrumentos jurídicos internacionales. En esta oportunidad han buscado lograr un conjunto manuable sin perder calidad en la selección. Sin duda alguna, lo han logrado.

Han trabajado en la compilación, a más de los Coordinadores Pueyo Losa y Ponte Iglesias, Antonio Martínez Puñal, Isabel Lirola Delgado, Irene Rodríguez Manzano, Rafael García Pérez, Julio Jorge Urbina, Miguel Arenas Meza y Carlos Teijo García, todos ellos profesores de la Universidad de Santiago de Compostela.

La sistematización de la obra, estructurada en tres partes (Sociedad Internacional y su ordenamiento jurídico, Organización internacional y Unión Europea) responde a las subdivisiones de los programas docentes de las asignaturas Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de las Licenciaturas de Derecho y Ciencias Políticas y de la Administración y de la Diplomatura de Relaciones Laborales. Ello, atento a que los estudiantes son los primeros destinatarios de la compilación, tal como lo señalan los Coordinadores en las palabras preliminares del trabajo.

La *Primera Parte*, dedicada a *La Sociedad internacional y su ordenamiento jurídico*, está formada por diez capítulos: I. Principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional (Carta de Naciones Unidas, Resolución de la AG NU 2625 (XXV), Resolución de la AG NU 55/2); II Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969 e instrumentos del derecho español); III Responsabilidad internacional (Proyectos de la CDI de 2001; convenios relativos a la responsabilidad por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; responsabilidad por terrorismo internacional); IV Arreglo pacífico de controversias (Estatuto de la CIJ y Declaración de Manila –Res. de la AG NU 37/10); V El Estado (inmunidad y sucesión de Estados); VI Los órganos para el ejercicio de las relaciones internacionales; VII Régimen jurídico de los espacios (terrestre, marítimo, aéreo, ultraterrestre, polar; cursos de agua internacionales; Derecho Internacional del Medio Ambiente); VIII El estatuto del individuo (ámbito universal y regional y de los pueblos); IX Relaciones económicas internacionales; X Uso de la fuerza.

La *Segunda Parte* se ocupa de la *Organización internacional* y cuenta con dos capítulos: I Organizaciones internacionales de ámbito universal (Carta de Naciones Unidas) y II Organizaciones internacionales de ámbito regional (Consejo de Europa, Tratado del Atlántico Norte, MERCOSUR).

La *Tercera Parte* se centra en la *Unión Europea* y contiene: I el Tratado de Niza de la Unión Europea y II la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La obra, de factura impecable, es de gran utilidad para estudiantes y docentes, especialmente, si se tiene en cuenta que es impensable una adecuada labor pedagógica sin tener a mano en el aula los instrumentos fundamentales del derecho internacional.

Zlata Drnas de Clément

TAMBURELLI, GIANFRANCO. *Biodiversity conservation and protected areas*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, 319 páginas.

La obra contiene algunos de los resultados del proyecto de investigación “Sistemas legales para la administración sustentable de áreas protegi-

das. Cooperación Internacional y Derecho Europeo” llevado a cabo por el Instituto Internacional de Estudios Legales (ISGI) del Consejo Nacional de Investigación italiano (CNR).

Cuenta con prefacios de Sergio Martes, Sergio Marchisio y Petro Bekh en los que se resalta la importancia de los trabajos en colaboración de la Universidad Nacional *Taras Shevchenko* de Kiev y el Consejo Nacional de Investigación Italiano a fin de hacer un estudio de las tendencias emergentes a nivel europeo en la materia y la potencial colaboración entre la UE y sus miembros y Estados no miembros de la Unión.

Gianfranco Tamburelli en su artículo “Notas sobre el marco jurídico de la administración sustentable de áreas transfronterizas protegidas” analiza el marco legal a nivel regional, europeo y nacional de la protección transfronteriza, haciendo especial énfasis en los “Parques de Paz” como uno de los medios idóneos para salvaguardar los ecosistemas complejos, promover el desarrollo sustentable y la estabilidad.

Adele Bottiglieri y Damiano Luchetti en un informe “Estrategia paneuropea para la diversidad biológica y el paisaje” hacen un recorrido por el contexto histórico en la protección en la materia deteniéndose en la comparación de este acuerdo intergubernamental con la resolución sobre biodiversidad, fruto de la Conferencia de Kiev de 2003.

En su informe titulado “Fondos de la UE para la conservación ambiental y de la biodiversidad” Clara Bosco enfoca el estudio de la protección desde los instrumentos financieros para la protección del ambiente como el LIFE+ adoptado por Comisión Europea para el periodo 2007-2013. Analiza asimismo la asistencia de la UE a los Estados de Europa del Este y Asia Central a través del programa TACIS y del Banco Europeo para la reconstrucción y el desarrollo.

Fabio Marcelli en su artículo “El principio de participación democrática: ¿una clave para la cooperación paneuropea en cuestiones ambientales?” analiza el enfoque paneuropeo en la cuestiones ambientales y el principio de participación democrática haciendo especial énfasis en las zonas protegidas. Verifica como se reafirman las distintas dimensiones del principio en las legislaciones nacionales, europeas e internacionales, para finalizar con una referencia a la legislación Ucraniana.

Pier Carlo Sandei en su informe “Colaboración Internacional para el desarrollo sustentable de las regiones montañosas” estudia los instrumentos internacionales resultado de las distintas cumbres para la protección de las regiones montañosas. Se detiene especialmente en los resultados del año 2002 declarado por la Asamblea General de Naciones Unidas como el Año Internacional de las Montañas.

En informe titulado “Diseñando convenciones marco para la promoción y el apoyo de las aéreas protegidas transfronterizas: teoría y práctica desde la Convención de los Cárpatos” Juliet Fall hace una reseña del marco de las convenciones sobre áreas montañosas y el nacimiento de la Convención de Cárpatos, firmada entre la República Checa, Hungría, Polonia, Rumania, Serbia y Montenegro, la República Eslovaca y Ucrania, como el

primer instrumento internacional, si bien inspirado en la Convención Alpina, que hace referencia directa a las áreas protegidas transfronterizas.

Carlo Alberto Graziani en su informe "Parques Nacionales en Italia" trata el nacimiento de los Parques Nacionales en este Estado a principios del Siglo XX, haciendo un recorrido por la regulación de los mismos en la historia italiana. Centra su análisis en el derecho marco sobre áreas protegidas y los principios que en él se consagran.

En el informe titulado "La implementación de la Convención Alpina en Italia" Paolo Angelini y Luca Cetara, efectúan algunas consideraciones acerca del mecanismo de monitoreo del sistema instaurado por la Convención Alpina. Los autores resaltan los rasgos fundamentales de este instrumento, para pasar luego a la implementación nacional, deteniéndose en el caso italiano.

Giovanni Cordini en su informe "Principios de derecho y del ambiente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana" nos introduce al tratamiento constitucional de los problemas ambientales en Italia, analizando los diferentes artículos de la Constitución de este Estado donde se ve plasmada la problemática ambiental. Finalmente analiza el rol de la jurisprudencia en la materia, haciendo especial énfasis en aquella emanada de la Corte Constitucional italiana.

En su informe "El rol de los parques regionales en el sistema legal italiano: pequeño esbozo" Guiliano Tallote analiza los parques regionales como sistemas en Italia antes y después de las múltiples leyes regionales dictadas desde 1970. Describe el autor, de manera minuciosa, los diversos sistemas de protección y sus estructuras, finalizando con un esbozo de los principios comunes sobre parques regionales en las distintas leyes dictadas en las regiones.

Yaroslav Movchan, Igor Ivanenko y Natalia Borysiuk dedican su artículo titulado "Conservación de biodiversidad: colisiones, desafíos y evolución en condiciones de transición" al análisis de los recursos naturales con los que cuenta Ucrania y la protección de los mismos por el Gobierno a través del Programa Estatal para el Desarrollo de una Red Ecológica, dictado por el parlamento ucraniano en el 2000. Los autores se detienen especialmente en el estudio del caso de la región de Cárpatos y los instrumentos que los Estados han elaborado para la protección de la zona.

En su informe "implementación de la Convención de Biodiversidad en Ucrania" Natalia Malysheva hace un estudio minucioso de la implementación de este instrumento internacional en sus diversas áreas. La autora trata la Red Ecológica creada por el gobierno ucraniano y la legislación nacional en la materia, dictada en consecuencia del compromiso internacional asumido.

Giorgio Andrian y Olyia Melen en su artículo "Las Reservas de la Biosfera en los países en transición: la evolución del concepto de reserva de la biosfera en la legislación ucraniana" hacen un recorrido por la normativa internacional en la materia, centrandó su análisis en la Estrategia de Sevilla de 1995 y en su rol en la implementación efectiva del concepto de reserva de la biosfera en los distintos países, con especial énfasis en la República Ucraniana.

En su informe titulado "Política nacional en el campo de la protección de la biodiversidad y el paisaje en Ucrania" Vyacheslav. Oleshchenko y Petro Shishchenko luego de una introducción a la ubicación geográfica ucraniana y sus recursos naturales, analizan, de manera ordenada y minuciosa, la legislación ucraniana en cada uno de los puntos centrales que hacen a la protección de la biodiversidad y el paisaje.

En el artículo "La gestión de la Reserva de la Biosfera del Delta del Danubio" Olesksandr Voloshkevych y Fedorenko Vasyl analizan el ecosistema, plan de administración y el uso de los recursos en esta reserva ubicada al suroeste de Ucrania. Asimismo los autores hacen un interesante análisis del impacto de las distintas actividades en la zona como la pesca industrial, el turismo ecológico y la caza de ganado.

La presente obra editada por Gianfranco Tamburelli significa un aporte de alto rigor científico en materia de biodiversidad y protección de áreas dirigidas. Dicha materia ha sido tratada por distintos especialistas de manera clara y ordenada, haciendo especial énfasis en las legislación italiana y ucraniana, convirtiéndose en un interesante material de estudio para los estudiosos de temáticas ambientales.

María de la Colina

TROUWBORST, Arie *Precautionary rights and duties of States*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, 351 páginas.

Esta obra es el fruto de la tesis doctoral presentada por el autor en la Universidad de Utrecht. Constituye el interrogante principal de la presente investigación, los derechos y deberes de los Estados que emanan del principio de precaución para el Derecho Internacional general. Como sostiene Trouwborst en la introducción, este estudio se construye sobre un investigación previa acerca del *status* jurídico del Principio de Precaución, en la que se sostiene que el mismo es parte del derecho internacional consuetudinario. Partiendo de dicha premisa lo que se intenta clarificar es el alcance y significado del mismo.

Este estudio se divide en cuatro partes. La primera introduce la temática a través de una metáfora sobre el Oráculo de Delfos y el rol de la incertidumbre en la vida humana. Plantea luego el autor el propósito buscado en su investigación y el método a utilizar. El objetivo, lejos de ser el ubicarse en algunos de los extremos del debate acerca del *status* jurídico del Principio de Precaución, es la clarificación de los alcances, significados y ámbitos en los que este actúa .

La segunda parte está dedicada a la definición del Principio de Precaución a través del análisis cuidadoso de numerosas fuentes materiales de práctica, entendiendo al principio como parte del derecho consuetudinario actual. El autor hace, asimismo, un análisis exhaustivo de la jurisprudencia tanto europea como internacional y de los escritos doctrinales respecto a la definición. Trouwborst nos plantea los elementos del Principio Precautorio de manera original, ya que hace referencia a éstos como las

tres patas del trípode de la precaución. Las mismas son: la amenaza del daño, la incertidumbre y la acción. De esta forma el autor subdivide esta parte de su estudio en la definición de los tres elementos centrales clarificando el significado y alcance de cada uno de ellos en el estado actual de la ciencia. Hace un interesante y original análisis de las graduaciones en las que se pueden dar cada uno de estos elementos, de las que se derivaban los derechos u obligaciones de los Estados. Finalmente cierra este capítulo con la síntesis resultante del ensamblaje de las patas del trípode, centrando el nacimiento de las obligaciones por parte del Estado en la irreversibilidad y seriedad del daño.

La tercera parte de esta obra trata la implementación del principio de precaución. En esta oportunidad, se analizan las características generales de las medidas típicamente precautorias y en los ámbitos en los que las mismas pueden observarse. Se trata también la carga de la prueba y resalta el autor respecto a este punto que el principio precautorio rompe con el modelo tradicional. Analiza asimismo el autor, lo sostenido respecto a la carga de la prueba por la doctrina, la jurisprudencia y para el Derecho Internacional general. Trouwborst analiza en esta parte de su estudio la relación entre el principio de precaución y los intereses socio económicos deteniéndose en la práctica estatal referida a la aplicación del principio y la evaluación costo-beneficio que realizan los Estados previo a su aplicación.

Finalmente en la cuarta parte nos presenta de forma clara y concisas sus conclusiones, definiendo los tres elementos principales del principio de precaución y los derechos y deberes de los Estados en virtud de éste.

Se trata de una obra que significa un aporte en la discusión de uno de los temas más tratados en la actualidad por doctrinarios de Derecho Internacional. Cobra especial interés el original enfoque del autor y la claridad y prolijidad con las que encara este estudio, convirtiéndose en un avance, sin dudas, en la materia.

María de la Colina

UBERTAZZI, Benedetta, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato, Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale e processuale, N° 66, CEDAM, Padova, Italia, 2006, 421 páginas (en italiano).*

Este primer libro de la doctora Ubertazzi es probablemente el estudio más completo sobre el problema de la capacidad de las personas humanas en el derecho internacional privado desde el célebre curso pronunciado en la Academia de la Haya más de 40 años atrás por el profesor Capotorti¹.

Como bien observa la autora, en el último decenio, el número de las fuentes y de las normas relativas a la capacidad ha crecido progresivamente, tanto por el aumento de las normas de derecho internacional y comuni-

¹ CAPOTORTI, Francesco, "La capacité en droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol. 110, 1963-III, pp. 153-270.

tario, como por la dilatación de las reglas reguladoras de la capacidad jurídica dentro de los propios ordenamientos estatales². Desde esta perspectiva, el libro de la doctora Ubertazzi se presenta como una consecuencia pero también como una respuesta oportuna y erudita a este fenómeno.

Los tres niveles de normas -internacionales, comunitarias y nacionales- son objeto de análisis tanto descriptivo como crítico a lo largo de los seis capítulos del libro. Luego de una introducción general relativa a las fuentes, lineamientos, categorías y criterios de conexión (Capítulo Primero), la autora estudia la regla general relativa a la capacidad de derecho y de hecho que, en el derecho internacional privado italiano, remite a la ley de la nacionalidad (Capítulo Segundo). Sucesivamente, examina las reglas especiales relativas a la capacidad especial que, a diferencia de la regla general, no reenvían a la *lex patriae*, sino a la *lex substantiae actus*, sea por la operancia de normas de aplicación necesaria o del orden público, como en materia de *trust*, matrimonio, sociedades comerciales y bienes raíces (Capítulo Tercero). La capacidad negocial es objeto de estudio individual adecuado a la importancia del comercio internacional en el mundo moderno, y en el que destaca la creatividad de las soluciones propuestas por la autora para salir de “puntos muertos” como la situación que plantea la exclusión por el derecho comunitario europeo y de la Organización Mundial del Comercio (OMC)³ de la posibilidad de utilizar el único punto de conexión previsto por el derecho internacional privado italiano para regir la capacidad negocial relativa al comercio internacional⁴ (Capítulo Cuarto). Finalmente, se relevan otras normas sobre la capacidad como las relativas a la conmorencia y la ausencia (Capítulo Quinto), y la capacidad procesal (Capítulo Sexto), y donde sobresale la evaluación de la compatibilidad de la legislación que condiciona el goce de los derechos civiles por los extranjeros a la reciprocidad con los derechos fundamentales del hombre –en especial la prohibición de toda discriminación fundada en el nacimiento– previstos en el derecho internacional público y confirmados por normas de jerarquía constitucional⁵.

Precisamente es la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho comunitario y del derecho constitucional lo que diferencia la obra de Benedetta Ubertazzi de muchos estudios sobre la capacidad de las personas físicas en el derecho internacional privado. Esta perspectiva multidisciplinaria, indispensable en los amaneceres del siglo XXI, a la vez que evidencia su formación en el campo jurídico, constituye un genuino aporte doctrinal.

Con todo, la tesis más innovadora de la autora -y que le valió el grado doctoral en la Universidad de Padua, cuya disertación constituye la base de este libro- se refiere a las (in)capacidades especiales, que para Ubertazzi son menos derogaciones a la capacidad general de la persona (como afirma la

² UBERTAZZI, Benedetta, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale e processuale, CEDAM, Padova, 2006, pp. 3-4.

³ WTO, por su sigla en inglés.

⁴ UBERTAZZI, Benedetta, ob. cit., pp. 299-329.

⁵ UBERTAZZI, Benedetta, ob. cit., pp. 371-380.

doctrina predominante) y antes bien incompatibilidades o impedimentos que se establecen en función de la otra parte o del objeto específico de la posible relación jurídica, lo que justifica que sean sometidas a la ley de la relación respecto de la cual la cuestión de la capacidad se plantea. Dos ejemplos del derecho argentino son la “incapacidad” del tutor para adquirir bienes de su pupilo o la “incapacidad” del extranjero para adquirir inmuebles en una zona de frontera. Esta conclusión, que Ubertazzi atribuye modestamente a Migliazza⁶, y que ha sido insinuada en la Argentina por Goldschmidt con la adhesión de Boggiano y del suscripto⁷, es importantísima no sólo por sus presupuestos y solidez de los fundamentos expuestos, sino porque permite reconducir todas las capacidades a un único estatuto personal y aplicar a éste una única ley reguladora. En nuestro país, en fin, la tesis propuesta avala la interpretación de Vico⁸ en torno a la ley aplicable a la capacidad e incapacidad de derecho y de derecho, con una batería de argumentos nuevos, que es deseable que la doctrina iusinternacionalprivatista argentina, en su perpetua pulseada con la civilista, sepa aprovechar.

En breve, estamos en presencia de un libro de consulta ineludible para cualquier persona interesada en el tema de la capacidad, ya se trate de académicos, de alumnos, de legisladores, de magistrados o de litigantes, no solo de Italia sino también del exterior. Todo el libro exhibe sistemática que apuesta a lo exhaustivo, hasta el punto que pocos interrogantes de los lectores quedan sin responder. Hago votos porque este libro de esta discípula dilecta del profesor Tito Ballarino encuentre la audiencia amplia que se merece.

Mario J. A. Oyarzábal

Cuaderno de Derecho Internacional N° II, El Derecho Internacional en las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Córdoba, 2006, 194 páginas.

En esta oportunidad, este segundo número del Cuaderno del Instituto, contiene los trabajos de algunos de sus miembros relativos a la aplicación de las normas del derecho internacional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁶ UBERTAZZI, Benedetta, ob. cit., pp. 106-107, citando a MIGLIAZZA, Alessandro, “L’indegnità a succedere nel diritto internazionale privato italiano”, *Comunicazioni e Studi dell’Istituto di Diritto internazionale e straniero dell’Università di Milano*, 1950, pp. 211-213.

⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado*, 8ª edición revisada, Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 222-223; BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, t. 1, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 633-636; OYARZÁBAL, Mario J. A., “La capacidad en el DIPr. argentino”, *Revista mexicana de derecho internacional privado y comparado*, vol. 17, 2005, pp. 9-24.

⁸ VICO, Carlos María, “El régimen internacional de la capacidad según la ley argentina”, *Revista del Colegio de abogados de Buenos Aires*, 1923, pp. 550 y ss.

Los análisis son conclusiones de los estudios y discusiones que tuvieron lugar en ocasión de las sesiones del Instituto durante el año 2005. Los temas abordados son de indudable importancia y actualidad, habida cuenta de la vigencia de las instituciones jurídicas introducidas en la última reforma constitucional con trascendente implicancia del derecho internacional en el derecho público interno. De ello dan cuenta, el análisis del *ius cogens* en los fallos de la Corte, realizado por la Dra. Zlata Drnas de Clément; la jerarquía de los tratados internacionales de conformidad a la nueva normativa constitucional, como lo analiza la Dra. Graciela R. Salas y, específicamente los relativos a los tratados sobre derechos humanos, comentados por el Dr. Arturo S. Pagliari y la interpretación jurisprudencial suprema de la legislación sobre los crímenes de lesa humanidad abordada, en general por la Dra. María Cristina Rodríguez y, con particular referencia al caso "Arancibia Clavel", por la Mag. Marta Susana Sartori.

La Dra. Drnas de Clément analiza el concepto, naturaleza y caracteres del *ius cogens* y los comportamientos violatorios de tales normas imperativas. A través del análisis de los fallos y votos de los integrantes del Tribunal, pone de manifiesto que, existe inquietud en la doctrina y jurisprudencia relativa al contenido de las normas de *ius cogens* y a sus efectos pero, destaca que no existe uniformidad de posiciones. En la última parte, realiza una serie de consideraciones finales relativas a la convergencia entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, a las diversas percepciones sobre la vigencia del principio de no retroactividad vinculado a la imprescriptibilidad de ciertos crímenes y al paso del valor institucional del *ius cogens* al valor individual. Concluye manifestando que, conforme con el derecho internacional no puede asegurarse que el perfil con que la C.S.J.N. ha aplicado el *ius cogens* responde a tal normativa vigente.

La Dra. Graciela R. Salas trata la aplicación de los tratados internacionales por la C.S.J.N., intentando desentrañar el razonamiento utilizado para interpretar la jerarquía normativa de los tratados en el sistema constitucional, ello a efecto de cumplir las obligaciones asumidas por la República. Distingue entre supranacionalidad y supralegalidad y señala la confusa aplicación por parte de la Corte del concepto de supranacionalidad. Opina la autora que, en los casos concretos sometidos a su decisión debe, el Alto Tribunal, distinguir la validez de los actos emanados de la Comisión de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para concluir que, tanto la C.S.J.N. cuanto los tribunales nacionales inferiores son objeto de crecientes requerimientos en materia de aplicación de los tratados de derechos humanos y que, los dictámenes del Procurador General de la Nación han adquirido relevante importancia, como así también los votos individuales de los integrantes del Alto Cuerpo judicial, lo que, en razón de las cambiantes posiciones asumidas, va en detrimento de la sencillez y la seguridad jurídica.

El Dr. Arturo S. Pagliari hace referencia a la honda expansión del derecho internacional que ha impactado en las normas internas de los Estados, principalmente en sus constituciones, influenciando las decisiones de sus máximos órganos judiciales. Dicha situación se manifiesta en la Constitu-

ción Argentina que dispone la directa aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno; el texto constitucional se refiere asimismo a lo que, el autor denomina "...orden de prelación de las normas que integran el ordenamiento jurídico argentino"(leyes internas y normas internacionales) cuestión que no termina de resolver la reforma constitucional en virtud de la vigencia simultánea de los artículos 27 de la Constitución nacional y de la Convención de Viena de 1969. En lo atinente a la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, el dispositivo constitucional la establece "en las condiciones de su vigencia", lo que implica que rigen tal como lo hacen en el ámbito internacional, sirviendo la jurisprudencia internacional de guía para su interpretación.

La Dra. María Cristina Rodríguez evaluó los crímenes de lesa humanidad, su origen, los que han sido perseguidos, su tipificación en el derecho internacional contemporáneo. Analiza el crimen de genocidio como una particular y gravísima violación de las normas internacionales relativas a los derechos humanos y consiguientemente contra la humanidad y menciona que en *Arancibia Clavel* la referencia de la Corte al derecho convencional aprobado con posterioridad, le sirvió para encuadrarlo legalmente en el crimen de persecución. En cuanto a la desaparición forzada de personas, en el asunto Simón, reprodujo lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que se trata de una violación múltiple y continuada. Considera asimismo la tortura (caso Simón), el terrorismo, sobre el que la Corte ha tenido oportunidad de expedirse en el caso Lariz Iriondo llegando a la conclusión de que no todos los actos de terrorismo pueden calificarse como crímenes de lesa humanidad. Entre otros crímenes de derecho internacional que no fueron objeto de jurisprudencia de la C.S.J.N. menciona, la esclavitud, trata de personas, esclavitud sexual y prostitución forzada y concluye creyendo que corresponde felicitar a quienes han promovido el reconocimiento de normas que prevengan y sancionen las violaciones graves de los derechos humanos.

La Mag. Marta Susana Sartori comenta el caso "Arancibia Clavel", relatando los hechos, el voto conjunto de los Dres. Raúl Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco que, con relación al delito de lesa humanidad, imprescriptibilidad y derecho internacional consuetudinario, norma de *ius cogens*; el voto del Dr. Boggiano quien analiza la jerarquía constitucional otorgada a algunos tratados de derechos humanos; el voto del Dr. Juan Carlos Maqueda, que efectúa el análisis de la cuestión a partir de principios de derecho internacional y de precedentes de la misma Corte; a su turno, el voto del Dr. Santiago Petracchi que coincide con el Dr. Vázquez en disidencia, al pronunciarse que la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de la asociación ilícita no puede ser aplicada *sub lite* retroactivamente porque lesiona el principio de legalidad; examina los otros dos votos en disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Carlos S. Fayt para observar en las consideraciones finales que la expresión "en las condiciones de su vigencia" se refiere y pondera las condiciones en las cuales nuestro país es parte, en atención a ese juicio constituyente de armonía realizado previamente a la ratificación del tratado o para elevar

al tratado a la jerarquía constitucional, concluyendo que los fundamentos y argumentos no son lo suficientemente comunes y coincidentes como para señalar la existencia de una nueva doctrina mayoritaria de la Corte.

Los trabajos comentados se destacan por la crítica fundada de las afirmaciones efectuadas por CSJN, objeciones avaladas por la Doctrina internacional y una pertinente y abundante jurisprudencia.

Esther Mathieu

“Estudios Internacionales”, Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Año XXXIX, N° 155. RIL® Editores, Santiago de Chile, Diciembre 2006, 219 páginas.

La presente publicación es una expresión tangible de la dedicación a la investigación del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, el cual conmemora, en esta oportunidad, su 40º aniversario. Como bien lo dice el prologuista, José A. Morandé Lavín (Director de dicho centro académico), el equipo que hace posible la revista se propone *“mejorar su tradición, así como a trabajar por el logro de objetivos que la nueva realidad internacional le exige a una publicación de esta naturaleza”*.

La obra consta de una estructura muy original y didáctica, estando dividida en una *Presentación* y tres *Partes*. La *primera parte* se titula “Chile y el mundo”. En la misma han colaborado redactando cuatro artículos de análisis, esencialmente vinculados a las relaciones y políticas exteriores chilenas, las siguientes personalidades: Dr. Ignacio Walker (ex Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, Director Ejecutivo de la CIEPLAN) con *“La política exterior chilena”*, quien aborda con claridad y agudeza los diversos aspectos relativos a los procesos de integración en la comunidad internacional, el peso del fenómeno de la globalización, y su necesaria conexión con la realidad del país andino. A continuación participan con sus respectivos trabajos: María Teresa Infante Caffi busca respuesta al interrogante ¿hacia dónde se encamina la política antártica de Chile? con *“Política antártica chilena: nuevas realidades”*; Paz Milet García y Ricardo Gamboa Valenzuela, quienes ponen bajo la lupa *“Chile y las elecciones peruanas de 2006”* y examinan las consecuencias que la victoria de Alan García podría tener en las relaciones Chile-Perú para el futuro. Por último, Pía Lombardo plantea varios interrogantes y no menos interesantes conclusiones en *“La seguridad internacional en las relaciones exteriores de América Latina: elementos para una discusión”*.

En la *segunda parte*, “Ciencia Política y Derecho Internacional”, participan con sus respectivos estudios: María José Henríquez, *“La modernidad como relato”*; Rose Cave, *“Bello: internacionalista y anticipacionista”*; Walter Sánchez González, *“Las relaciones internacionales: de la clonación a la creación”*; Carlos Huneeus Madge, *“El lento y tardío desarrollo de la ciencia política en América Latina, 1966-2006”*. Este último es de especial interés, ya que se erige como una acabada reseña del papel de los centros de investigación, extensión y docencia avanzada en el terreno de las relaciones internacionales.

les y ciencias políticas, destacando la necesidad de definir el propio perfil de la ciencia política en Latinoamérica, avanzando en una personalidad regional.

La *tercera parte*, relativa a "El mundo y sus políticas internacionales", ofrece un examen de la realidad internacional contemporánea, afrontada desde cuatro tópicos amplios, que son la base de las más ricas y candentes discusiones en los diversos espacios de estudio. La conforman los siguientes artículos: Heraldó Muñoz Valenzuela, "*Las Naciones Unidas en tiempos de cambio*", presentando la idea de una necesidad de concretar un *aggiornamento* pendiente de la organización, avanzando en propuestas innovadoras de cambio con relación a un nuevo Consejo de Derechos Humanos, la creación de la Comisión de Consolidación de la Paz como órgano asesor intergubernamental, el pedido de la Asamblea General -mayo de 2006- solicitando al Secretario General que formule propuestas específicas sobre la resolución "Intervenir en las NU: en pro del fortalecimiento de la organización en todo el mundo: informe detallado" como parte de una gestión eficiente y responsable, terrorismo, desarrollo, entre otros puntos. Boris Yopo Herrera en "*Estados Unidos: el ocaso de la política exterior neoconservadora*", toma los ataques terroristas del 11 de septiembre y la posterior estrategia seguida en Irak como referencia de la influencia de los neoconservadores -significativa entre 2001/2005-, la cual declina especialmente por el cambio en la opinión pública respecto del papel de este país en el mundo, según expone el autor. Tatiana Rein escribe "*Operaciones de paz: el género como discusión pendiente*", en el cual explica los roles de hombres y mujeres en los conflictos. En último término, José Ramón García Menéndez con "*Integración, convergencia e (in) cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento: coordinación de políticas económicas en la Unión Europea*", artículo éste que surge de la síntesis de las conferencias que ofreciera el autor en oportunidad del Seminario sobre Política Económica Internacional de la Universidad de Santiago de Compostela (España) en la inauguración del año académico 2005-06, enriquecido con gráficos, cuadros ilustrativos, bibliografía y fuentes electrónicas.

Respecto de la presente obra es destacable, en primer lugar, la claridad y el formato didáctico de las sucesivas exposiciones. Además, la diversidad temática de la publicación contiene, de forma armónica, el tratamiento de cuestiones actuales de relevancia en la comunidad internacional con suficiencia. Estos factores la convierten en un interesantísimo trabajo, de muy amena lectura, que ilustra de manera precisa y analítica, las más diversas problemáticas de las relaciones internacionales y las ciencias políticas.

Yanina Ruth Zenere

Estudios Internacionales, Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, N 157, Año XL, Abril - Agosto 2007, RIL® Editores, 214 páginas.

La Revista de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, en su compromiso con la investigación y el análisis de la problemática internacional, nos invita a reflexionar en este número, desde enfoques

innovadores, y por lo demás, necesarios, para la comprensión de la realidad heterogénea de los temas actuales de la agenda latinoamericana y mundial.

En una compaginación que no economiza en orden y claridad, esta recomendable edición que comentamos, cuenta con cuatro secciones bien definidas. En la primera *Artículos*, se presenta el trabajo de Won – Ho Kim, Profesor de la Universidad de Hankuk, Corea, sobre *“La política coreana de seguridad energética e implicaciones para la cooperación con América del Sur”*. En este interesante estudio, el autor nos relata la problemática coreana en la búsqueda de estabilidad en el suministro energético, frente a la escasez de recursos propios. Para dicho análisis Won- Ho Kim, introduce un panorama general del incremento de los precios de las materias primas y sus causas a nivel mundial, para avanzar luego sobre las perspectivas de la política exterior coreana, examinando particularmente, las posibilidades de incremento de la inversión en América Latina.

En *“La reivindicación de la política económica y la equidad en un mundo Globalizado”*, el Profesor de Economía de la Universidad de Chile, Ricardo French Davis, hace un análisis basado en la exposición realizada en el Seminario de la Fundación F. Eber sobre *“Globalización con rostro social – la revaloración de lo nacional a través de los impuestos globales”* y planteos surgidos en las reuniones del Consejo Económico y Social en New York y Brasilia, logrando un trabajo valioso. Partiendo de la notable desigual distribución de la riqueza en los países latinoamericanos, el autor destaca las políticas que deberán aplicarse para un desarrollo equilibrado que beneficie a todos por igual. En este sentido, describe los alcances económicos de la globalización y resalta la Acción contra el Hambre y la Pobreza entre los compromisos asumidos por la comunidad internacional. Exhorta a que en los procesos de integración global los países se integren sin descuidar su economía local, citando ejemplarmente el caso de Corea.

“Como sentar las bases de un justicia universal: Creación de redes internacionales y ejercicio de la responsabilidad penal en el caso de violaciones de los derechos humanos en Chile y El Salvador”, de Cath Collins, PhD, Universidad de Londres, en palabras de la autora, este artículo *“cuestiona la eficacia de las acciones que pueden emprender elementos de la sociedad civil globalizada para desencadenar la persecución penal por violaciones masivas de los DD.HH. cometidas en el pasado”*. De allí sostendrá en forma clara e ilustrada, en base a la experiencia latinoamericana, que los factores internos nacionales tienen mayor influencia que el activismo internacional a la hora de lograr el resurgimiento del tema de la responsabilidad penal por violaciones de los derechos humanos.

Finaliza la sección, el artículo de Ricardo Gamboa y Carlos Hunneus, Profesores del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, *“La interconexión gasífera Chile-Argentina: Objetivos y Actores”*, en este lúcido trabajo, los autores describen el proceso que lleva a la interconexión gasífera entre Chile y Argentina, estudiando las razones y objetivos de esta decisión por parte del gobierno chileno, analizando el papel desempeñado por aquel y por distintos actores del sector privado. Frente a la actual crisis en el suministro de gas, se estudian sus repercusiones para

las relaciones entre ambos países y las alternativas que Chile tiene para asegurar su abastecimiento energético futuro.

En la segunda sección de la revista, la cual se titula *Opinión* (tres artículos de enfoque periodístico), Ignacio Walter, Presidente de la Corporación de Investigaciones Económicas para Latinoamérica, con “*La elección de Insulza en la OEA*”, nos trae un fascinante relato sobre la trama de relaciones e intereses que se unen y enfrentan en la región, a la hora de elegir quien presidirá la Organización de Estados Americanos. En “*América Latina ante la Pax Mafiosa: Entre la confusión y la indiferencia*”, Juan Gabriel Tokatlian, Profesor de Relaciones Internacionales de la Universidad de San Andrés, Argentina, asume la crítica de la situación actual del continente, en torno al crimen organizado, al crecimiento y la consolidación de una nueva clase social criminal en la región con origen en el narcotráfico, destacando a Colombia como el caso emblemático. Frente a la falta de respuesta a nivel interno y la pasividad de la comunidad internacional, el autor invita a sacar nuevamente el debate sobre las drogas. Cerrando la sección, Boris I. Yopo, Profesor del Instituto de Estudios Internacionales, con “*La cohesión social en un mundo globalizado*” analiza cómo se hace para competir como país en una economía globalizada, y al mismo tiempo asegurar que los beneficios de esta inserción global beneficien de manera más extensiva y permanente al conjunto de la población, respondiendo al interrogante desde la experiencia de los países nórdicos de Europa.

Dos secciones completan este volumen: *Documentos* compuesta en este número por “*Singapore’s Foreign Policy*” exposición realizada en el IEI por el Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Singapur, Dr. Balaji Sadasivan, el 24 de abril de 2007 y “*Australia and Apec in 2007*”, Discurso pronunciado por el Primer Ministro de Australia en la Asia Society Australiasia Centre, John Howard M.P, Sydney, 6 de junio de 2007. Finalmente, *Reseñas* con referencias a las obras de Robert Biel “*The next imperialism: Crisis and Contradictions in North/South relations*”, Londres, Zed, 2000; Sergio Cesarín “*China se avecina. La Re-volución de una potencia emergente*”, Buenos Aires, Capital Intelectual, Colección Claves para todos, 2006; Hugo Llanos Mansilla, “*Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*”, Santiago, Editorial Jurídica, 2 vols., 2006; Mario Artaza y Paz Milet (eds), “*Nuestros Vecinos*”, Santiago, RIL Editores, 2007.

Se conforma una obra altamente recomendable, que ha logrado reunir una vez más artículos de fino análisis de la realidad internacional, conteniendo temas de denunciado interés para nuestra región. De gran utilidad para el estudioso, el investigador y el lector en general.

Conrado M. Assenza

Revista AGENDA INTERNACIONAL, Año XIII, Nº 24, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial (PUCP), Lima 2007, 471 páginas.

Esta prestigiosa revista peruana, dirigida por el Dr. Juan José Ruda

Santolaria, presenta artículos de doctrina de relevante actualidad, constituyendo un aporte continuo para aquellos estudiosos e investigadores de las cuestiones Internacionales.

La temática ambiental esta presente con dos cuestiones de acuciante actualidad. Por una parte, las reflexiones sobre el actual diferendo entre la Republica Argentina y la Republica Oriental del Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia por la construcción de una pastera en la margen del Río Uruguay.

El Embajador uruguayo Héctor Gros Espiell describe la postura de su país en torno a los alcances del diferendo y la sentencia de la Corte Internacional de Justicia por las medidas precautorias solicitadas por Argentina. A su vez, la Dra. Zlata Drnas de Clément, reflexiona detalladamente y con agudeza jurídica, sobre las cuestiones de hecho y de derecho en dicha controversia internacional pendiente a ser resuelta por la Corte Internacional de Justicia en el futuro.

Por otra parte, el Lic. Ernesto Guevara Lam, experto en Derecho Internacional Económico, hace un análisis sobre la temática ambiental y los acuerdos de libre comercio a propósito del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos. Las relaciones entre el comercio y el medio ambiente son el punto central en el texto, con una especial dedicación a las implicancias de las cuestiones ambientales en el acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos.

La Solución de Diferencias entre Perú y los Estados Unidos de América, y las consideraciones par elegir entre el mecanismo de solución de diferencias de la OMC y el Tratado de Libre Comercio entre ambos países es la propuesta de análisis del Ab. Fernando Piérola Castro. El autor hace un estudio comparativo de los procesos de solución de diferendos de ambos sistemas, desde el punto de vista del derecho aplicable y los procedimientos a implementar en cada caso.

La biodiversidad del Perú y las negociaciones en materia de propiedad intelectual en la OMC, en particular la relación entre el Acuerdo de los derechos de Propiedad Intelectual relacionado con el Comercio y el Convenio de Diversidad Biológica, es desarrollada por el Lic. Alejandro Neyra Sánchez. El autor presenta una visión integral de los procesos de negociación en el marco de la OMC en el cual el Perú ha presentado propuestas tendientes a lograr la protección de los recursos genéticos, en particular de los productos de los pueblos indígenas.

La democratización de los procesos de integración y en particular del MERCOSUR desde una perspectiva comparada, es desarrollada por el Prof. Oliver Dabéne. El autor se explaya en dos tópicos centrales tales como la defensa de la democracia como un tipo de régimen y la calidad de la democracia vista a través de la participación de la sociedad civil. El segundo tópico es desarrollado en lo atinente a la relación entre democracia e integración, punto analizado tomando como ámbitos de estudio, al Parlamento del MERCOSUR y los fondos estructurales dentro de ésta Institución.

El Dr. Alejandro Perotti, propone con su artículo, el conocer uno de los

temas más delicados dentro del proceso de integración MERCOSUR, como es la aplicación de las normas del Mercado Común en el marco de las jurisdicciones internas, es decir, el control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional.

El significado sobre el sentido y alcance de unos de los actuales procesos de integración regional es analizado con una mirada particular por la Prof. Rita Giacalone. Con su trabajo titulado Posibilidades y limitaciones de la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), la autora reflexiona en una primera parte, sobre algunos significantes de conceptos como "región" y el "nosotros" y el "otro". El otro punto medular del texto está enfocado a describir el rol de Brasil como ideólogo del proyecto de la CSN, frente a propuestas continentales como el ALCA y las fortalezas y limitaciones de tal proyecto regional frente a la realidad internacional y los vínculos con otros ámbitos de integración como la Unión Europea.

En consonancia con el anterior artículo, el Lic. Benjamín Chávez Núñez del Prado, continúa analizando aspectos de trascendente actualidad como es el estado actual del proyecto americano del ALCA y el nuevo bilateralismo. El autor centra su análisis en el proceso de conformación del ALCA y como por el estancamiento del mismo, se fortalecieron la conformación de Tratados de Libre Comercio con algunos Estados más proclives a negociar preferencias con los EE.UU.

Por último, el Dr. Paul Löwenthal presenta un comentario sobre la demanda de Bolivia y la integración subregional, con especial detalle a los alcances del Acta de Lovaina. El académico detalla los contenidos de la propuesta de doce intelectuales de los tres países que participaron de la Guerra del Pacífico (1879-1883), coordinados por académicos belgas, entre ellos el propio autor, tendiente a proponer una solución a la problemática del país sudamericano de una salida al mar.

Otro tópico que nos aporta esta edición de la Revista Agenda Internacional, es lo atinente a las Inversiones Extranjeras.

Algunos apuntes para el entendimiento de la evolución del Derecho Internacional de la Inversión Extranjera, son relatados por el Prof. Manuel Monteagudo Valdez. El autor dedica especial atención a comentar temas tales como las definiciones de la inversión extranjera, el sentido y alcance de que se entiende por nacionalidad de la inversión, en particular vista desde algunos fallos jurisprudenciales de la Corte Internacional de Justicia. Algunos *standards* que se vinculan a la inversión también son desarrollados en el texto.

El interés por regular las inversiones tiene particular trascendencia en los ámbitos nacional e internacional, en particular ante la necesidad de promover el desarrollo económico de los estados. En ese sentido, la Ab. Verónica Trujillo Tejada escribe sobre el Tratamiento internacional de las políticas de desarrollo económico en el ámbito de las inversiones. La profesional se centra en analizar la temática a través de un documento sobre temas claves para los Acuerdos de Inversión Internacional elaborados por la UNCTAD, entre los que se destacan las medidas operativas del país re-

ceptor de la inversión y del que proviene la misma (Host Country Operational Measures).

Para ampliar los contenidos sobre las temáticas relacionadas a la inversión extranjera, el Prof. Franz Kundmüller Caminiti se explaya en su artículo, sobre la densidad de la última globalización y el arbitraje en las inversiones. En dicho artículo se plasman tres temas centrales. Un comentario sobre los alcances de la Globalización y su relación con el libre comercio, las implicancias de la globalización en las inversiones extranjeras y lo relativo a las controversias que suscitan éstas entre los inversionistas y los Estados, dirimidos a través del arbitraje, explayándose sobre los alcances y limitaciones del mismo.

En un breve pero reflexivo texto el Prof. Antonio Pastor Palomar, examina la relación entre dos elementos del Derecho Internacional. Por una parte, las regulaciones y efectos de las inversiones ante climas de conflictos armados y por otra parte la protección y la seguridad jurídica de las inversiones extranjeras. El autor toma para ello el ejemplo de las situaciones excepcionales de emergencia frente a las obligaciones de trato justo y equitativo de las inversiones.

Al respecto de las posibilidades que aporta la Sociedad Civil al fortalecimiento de la Sociedad Internacional, - tomado del análisis de un libro sobre la temática de Javier Monserrat- el Catedrático Santiago Petschen Verdaguer reflexiona sobre La Sociedad Civil como elemento fundamental para la construcción de una sociedad internacional nueva.

A través del análisis de los Derechos Humanos de la mujer inmigrante, desde una perspectiva española, la Catedrática Elisa Pérez Vera, describe los contenidos del derecho internacional que hacen a la protección de los derechos humanos de la mujer en especial atención a su situación de inmigrante, ante los hechos de discriminación a que suele estar expuesta en España y Europa.

Los aspectos jurídicos de la participación de las fuerzas armadas españolas en misiones internacionales y la emergencia de una obra constitucional y legislativa es el tema abordado por la Prof. Yolanda Gamarra Chopo. La autora hace un relato sobre los alcances normativos e institucionales de las misiones internacionales en el seno de Naciones Unidas, la participación en las mismas de fuerzas armadas de países Europeos a través de la OTAN y en particular los alcances de las misiones internacionales en el seno de la OSCE, en temas como derechos Humanos y control de elecciones. Por último la autora se explaya en los alcances de las normas españolas sobre dicho tema.

Con especial agudeza, Juan Pablo Pérez – León Acevedo, describen los alcances de la obediencia del subordinado a las órdenes superiores en casos de crímenes de guerra, desde un análisis del Derecho Internacional.

La doctrina de esta Revista se completa con el desarrollo de los efectos de la ley aplicable a los contratos de consumo transfronterizos en el sistema europeo y español, con énfasis en el modelo de la dispersión normativa para el Derecho Privado de la Integración. Este estudio del Prof. Fernando

Esteban de la Rosa, se entronca en aspectos sensibles al comercio como es la protección del consumidor, la construcción del mercado interior e interpretación del principio de proximidad, en particular en el territorio comunitario.

Christian G. Sommer

BLANCA

CRÓNICAS

BLANCA

CONCLUSIONES DE LAS DISTINTAS SECCIONES

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL XIX CONGRESO ORDINARIO y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Carlos Bernardo Guastavino – Dr. Gualberto Lucas Sosa” (26 al 29 de Septiembre de 2007, Mar del Plata, Pcia. de Buenos Aires)

SECCION DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

VISTOS:

-EL RELATO presentado por la Profesora Zlata Drnas de Clément titulado “*El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”.

-Las PONENCIAS: * “*La responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*” (Laura Angélica Casola y Arturo Santiago Pagliari), * “*La inmunidad de jurisdicción en los fallos de la Corte Suprema de Justicia*” (Cecilia Silberberg y Arturo Santiago Pagliari), * “*La autonomía interpretativa de la CSJN para comprobar la existencia, el contenido y la vigencia de las normas penales internacionales*” (María Cristina Rodríguez de Taborda), * “*Reflexiones sobre cuestiones de derecho internacional público valoradas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Arancibia Clavel*” (Marta Susana Sartori), * “*Jurisprudencia de la CSJN relativa a temas del Derecho Internacional Público en el período 2002-2007*” (Gabriela T. Mastaglia), * “*La doctrina de la CSJN, la relación entre el Estado argentino y los nuevos sujetos del Derecho Internacional Público en particular las empresas multinacionales y sus consecuencias fiscales internacionales*” (Bruno Tondini), * “*Reforma constitucional chilena sobre tratados internacionales*” (Hernán Varela Valenzuela), * “*El derecho internacional en la jurisprudencia de la CSJN*” (Gloria del Carmen León). Asimismo la Sección ha analizado la ponencia no vinculada al tema del relato: “*Situación de la República Argentina frente a las demandas en el CIADI*” (Erika Moeykens).

-Los APORTES de los señores miembros: Gabriel Albarracín, Alberto Moreira, Arturo Pagliari, Susana Galván, Enrique Mussel, Jorge Giner Molinari, Beatriz Pallarés, José María Sabat y José Dobovšek.

DECLARA:

- Que constituye una realidad alentadora la posición asumida por la CSJN al reconocer un monismo jurídico con primacía del Derecho Internacional, admitiendo como fuente de sus pronunciamientos, además de los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho.

- Que significa un importante aporte de la CSJN al desarrollo del derecho internacional la presunción de operatividad de los derechos contemplados en los tratados sobre Derechos Humanos.

- Que en los recientes pronunciamientos de la CSJN, al igual que en los de Tribunales Internacionales, se observa un debilitamiento del principio de legalidad.

- Que la CSJN, al invocar la aplicación de normas internacionales, debe verificar su existencia y las condiciones de su vigencia conforme al derecho internacional.

- Que la CSJN debe tener presente que la jurisprudencia de los tribunales internacionales, sin perjuicio de su función de medio auxiliar para verificar la existencia y alcance de la regla de derecho, no es fuente principal.

- Que la jurisprudencia de la CSJN, como acto concluyente del Estado, es generadora de práctica y puede contribuir a la evolución del Derecho internacional. Dicha práctica debe responder a un criterio de validez general, particularmente a la luz de las exigencias internacionales, para la conformación de una *opinio juris*, basada en una *ratio juris* universal.

SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En Mar del Plata, a los 27 días del mes de Septiembre de 2.007, se abren las sesiones de la Sección de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I. convocadas a fin de tratar el tema "Insolvencia internacional. Perspectivas desde el derecho internacional privado argentino".

El RELATO titulado "*Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado y en el derecho internacional privado argentino*" estuvo a cargo de la Dra. María Elsa Uzal.

Luego de la exposición del mencionado relato, se presentaron las siguientes PONENCIAS que fueron expuestas por sus autores:

- 1) Uriondo de Martinoli, Amalia y Pereyra, Luis Cruz: "*Interrelación entre las fuentes de Derecho Internacional Privado en materia de insolvencia transfronteriza*";
- 2) Najurieta, María Susana: "*Jurisdicción internacional argentina y cooperación internacional en procedimientos de insolvencia*";
- 3) Feuillade, Milton: "*El exequatur ante los procesos concursales*";
- 4) Anchaval, Hugo Alberto: "*Universalismo puro*";
- 5) Marcos González Lecuona, María: "*El procedimiento europeo de insolvencia*";
- 6) Rabino, Mariela Carina: "*El rol del acreedor y del deudor en la insolvencia transfronteriza desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado argentino. El acuerdo preventivo extrajudicial*";
- 7) Menicocci, Alejandro: "*Los contratos internacionales ante el concurso local*";
- 8) Ciuro Caldani, Miguel Angel: "*Bases para la reflexión sobre la insolvencia internacional. Perspectivas para el Derecho Internacional Privado argentino*";
- 9) Consolo, Analía y Carrizo Adris, Gustavo: "*Unidad o fraccionamiento en un proceso de integración regional*";
- 10) All, Paula M. y Albornoz, Jorge R.: "*La insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado argentino de fuente interna. Supuestos contemplados. Necesidad de reforma*";
- 11) Roca, Pablo S. y Almanza, Mónica Amalia: "*Ayudas a empresas en crisis... Hacia*

una propuesta para el Mercosur..."; 12) Jacobo Franceschina, María Jimena, Sala Mercado, María Valeria y Sanchez Torassa, Romina Soledad: "Un nuevo desafío se le presenta al derecho internacional privado argentino en orden a la protección del consumidor"; 13) Raya de Vera, Eloisa: "La insolvencia transfronteriza de las empresas binacionales argentino-brasileras"; 14) Esparza, Gustavo: "Sobre el art. 13 de la ley de entidades financieras, un tema de privilegios y derecho internacional privado concursal o insolvencia transfronteriza"; 15) Rapallini, Liliana Etel y Delfino, Dante Daniel: "La diversificación patrimonial corregida como presupuesto de futura legislación en materia de insolvencia internacional"; 16) Fue presentada pero no se expuso por hallarse ausente su autor, la ponencia de De Marsilio, Ernesto Gastón: "De la quiebra extranacional a la insolvencia transnacional: un análisis entre la economía y el derecho aplicado al caso argentino".

Luego de expuestas las ponencias, se abren a debate las distintas propuestas y se logra consenso sobre las siguientes

CONCLUSIONES

1) La consideración de la insolvencia requiere atender a una compleja problemática que incluye datos de la realidad social, normativos, ideales y valorativos, referidos por ejemplo, a la propiedad, el crédito, la empresa, el capitalismo y la insolvencia propiamente dicha. Sobre estas bases se ha de construir la técnica de las soluciones.

Es importante diferenciar la insolvencia y sus soluciones en las dimensiones nacional, internacional y de la integración.

2) En la búsqueda de soluciones posibles ha de propiciarse que los operadores del sistema jurídico enfoquen los problemas de insolvencia internacional con una perspectiva abierta hacia la cooperación y coordinación de procedimientos de insolvencia.

3) Ha de fomentarse:

* una cooperación internacional armonizada para obtener el reconocimiento y ejecución coordinados de sentencias nacionales y extranjeras;

* el necesario auxilio procesal internacional para medidas cautelares de conservación, administración y liquidación de los bienes;

* el reconocimiento internacional del rol de los funcionarios concursales para instar esa cooperación;

* la introducción de reformas legislativas en el Derecho Internacional Privado y el Derecho Procesal Internacional de fuente interna, que posibiliten esas soluciones, y

* la participación de acreedores y deudores en la búsqueda de soluciones preventivas al problema de la insolvencia internacional, orientadas a la conservación del orden económico interno, la empresa y el empleo.

4) Ha de recomendarse la adopción en nuestro Derecho Internacional Privado de fuente interna de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza con las adecuaciones que resulten pertinentes.

5) Debe señalarse la dificultad de implementar mecanismos de coordinación respecto de procedimientos cuyo trámite no se sigue a través de vías judiciales o administrativas institucionalizadas.

6) Ha de procurarse la unidad en la elección de conexiones para la determinación del fuero así como del derecho aplicable y la cooperación y control del orden público como correctores jurídicos. Una eventual reforma legislativa de fuente interna debería admitir la posible concurrencia entre el juez argentino y los jueces extranjeros, competentes en procesos de insolvencia simultáneos -cada uno regido por la *lex concursus*- y con posibilidades de tener relaciones de cooperación jurisdiccional.

7) Debe distinguirse la aplicación de la *lex fori concursus* en la regulación de la materia estrictamente concursal, de las diversas relaciones que suscitan otras cuestiones de distinta naturaleza *vg.* las verificaciones de crédito, que se rigen por las normas de DIPr. aplicables según la índole de esas relaciones.

8) Dado que en todo sistema jurídico existe un tratamiento específico para los contratos en los cuales una de las partes se encuentra en insolvencia, el juez del concurso local que debe aplicar derecho extranjero al contrato, deberá someter a éste al tratamiento que el juez extranjero le otorgaría a un contrato en el cual una de las partes se encontrase en un procedimiento de insolvencia por aplicación de la teoría del uso jurídico.

9) Cuando una sentencia extranjera deba ser examinada *vg.* a los efectos de fundar una declaración de concurso derivado o una verificación de crédito, deberá serlo con las mismas exigencias que se requieren para el reconocimiento y ejecución de sentencias, sin que sea necesario el trámite del *exequatur* (reconocimiento involucrado).

10) Debe señalarse que en el orden internacional, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho para justificar el incumplimiento de un tratado válidamente celebrado. En Argentina la Constitución Nacional, al señalar que los tratados son ley suprema de la Nación y superiores a las leyes nacionales, no resuelve la problemática de la jerarquía normativa del derecho interno. Para una correcta solución, se deben tomar en cuenta los aspectos sustantivos del Derecho internacional que determinan las relaciones de los tratados entre sí, los que deben ser interpretados en el contexto del Derecho internacional.

11) Estudiar la conveniencia de implementar en la órbita del MERCOSUR la información sobre situaciones que distorsionen las condiciones de competitividad a fin de evitar tratamientos discriminatorios, en particular si se encuentran involucradas empresas en crisis.

12) Han de revisarse las disposiciones contenidas en el artículo 13 de la Ley 21.526 de Entidades Financieras a fin de procurar su armonización con el orden de privilegios eventualmente aplicable conforme al ordenamiento concursal de fuente interna e internacional.

13) Debe estudiarse el problemática que plantea la situación del consumidor insolvente -tanto interna como internacional-, ligada, no solo al sobreendeudamiento de los consumidores y la ejecución colectiva de sus bienes, sino también, a la protección en su calidad de tal.

Leídas y ratificadas las presentes conclusiones se firman en dos ejemplares de conformidad, a los 28 días del mes de Septiembre de 2.007, por los integrantes de la Sección presentes en las deliberaciones.

SECCIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES

TEMA: *NUEVOS DESAFÍOS Y CONFLICTOS DE INTERESES EN EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS VIVOS DEL MAR.*

RELATOR: Dr. Armando Daniel Abruza.

VISTO:

El relato sobre el tema: "Nuevos desafíos y conflictos de intereses en el aprovechamiento de los recursos vivos del mar", encomendado al Dr. Armando Daniel Abruza, las *PONENCIAS* presentadas sobre "*Reflexiones sobre la problemática actual de los recursos genéticos de los fondos marinos y su relación con la jurisdicción consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*", "*Sobre las claves de unilateralismo/cooperación en la ordenación jurídica de los recursos vivos del mar. MERCOSUR, Unión Europea e intereses marítimos-pesqueros*", "*La zona de información marítima australiana: un caso de jurisdicción rampante en Derecho del Mar*" respectivamente, de autoría de los Dres. Guillermo Tito y Alejandro Canio, Jorge Pueyo Losa y Enrique Aramburu, y el desarrollo del debate posterior, en que intervinieron el Relator, el Director de la Sección Dr. Ariel Ricardo Mansi, y los Dres. Pueyo Losa, Aramburu y Tito, así como los Dres. Guillermo Vilanova, Martín Mollard, Osvaldo Caccia, Oscar Benítez, Marco Tolosa, el Lic. Guillermo Rossi y los Sres. María Gloria Gallo Callejo, Gabriel Misino y Daniel Geraci; y

CONSIDERANDO:

Que tanto el Relato como los trabajos presentados y las intervenciones realizadas durante las deliberaciones de la Sección han sido claramente expuestos y reflejan el profundo interés existente sobre la temática objeto de debate;

Que los desarrollos evolutivos que se han registrado en el derecho del mar como consecuencia de la sobrepesca, de los avances científicos y tecnológicos, y muy especialmente, de los aportes sustantivos provenientes del derecho internacional del medio ambiente -como el concepto de desarrollo sustentable- deberían haber servido de base para la introducción de cambios normativos favorables a la conservación de los recursos vivos y a su utilización racional, respetando el delicado equilibrio de competencias reflejado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (CONVEMAR) e instando a la observancia de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales;

Que además del procedimiento de enmienda previsto en su texto, la CONVEMAR puede ser enmendada a través de la incorporación de enmiendas por referencia a estándares internacionales generalmente aceptados, a través de la adopción de regímenes regionales o universales compatibles con la misma y a través de la armonización de la práctica de los Estados con conciencia de obligatoriedad;

Que existen diversos escenarios a partir de los cuales se canalizan dichas enmiendas o modificaciones en el ámbito de las Naciones Unidas, en la FAO y en otras instancias; que cabe destacar que dichas enmiendas o modificaciones de normas bien establecidas no pueden considerarse

aceptables con validez universal si falta el consentimiento de los Estados, o en su caso, la *opinio iuris*, y que por lo tanto, no puede declamarse la aceptación o modificación de normas en un plano universal, cuando esos requisitos no se encuentran presentes;

Que las competencias del Estado ribereño en su zona económica exclusiva (ZEE) tienen carácter discrecional;

Que el Acuerdo de Nueva York de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la CONVEMAR, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y poblaciones de peces altamente migratorios configura un esquema normativo que infringe la letra y el espíritu de la CONVEMAR, en particular, a través de su artículo 8.3;

Que la República Argentina ha declarado en reiteradas ocasiones que no ha ratificado el Acuerdo de Nueva York, así como que tampoco lo ha hecho un elevado número de Estados y que, por lo tanto, no se encuentran obligados por sus disposiciones;

Que se advierte con preocupación el lanzamiento en el año 2006 de las propuestas contenidas en la publicación “Cerrando la Red” como resultado de la iniciativa *High Seas Task Force (HSTF)* (*Fuerza de Tareas para el Alta Mar*) concebida ésta por un grupo minoritario de Estados autoproclamados “líderes”, que se arrogan el derecho de decidir medidas de *gobernanza* para el alta mar, en detrimento de los restantes miembros de la comunidad de Estados;

Que las mencionadas propuestas son contrarias a la conservación porque lo que se busca en tal caso es regular en beneficio exclusivo de los miembros de una organización regional de ordenación pesquera (OROP), con matriz en el Acuerdo de Nueva York, los recursos del alta mar, con la pretendida justificación, de que en exclusividad, se los administrará adecuadamente, siendo que tal OROP en la medida en que sea capaz de imponer sus regulaciones y mantener el control sobre la explotación, tratará de maximizar los beneficios de sus miembros, que no necesariamente incluirían la conservación;

Que por medio de la proliferación de ese tipo de OROPs, así como de redes que las vinculan, o por medio de asociaciones y alianzas, las mencionadas propuestas apuntarían a instaurar la hegemonía de dichos Estados a la hora de decidir acerca de la distribución de los recursos vivos de los océanos;

Que, en particular, los países en desarrollo deberían tener en cuenta la seriedad de la situación configurada a partir del establecimiento de ese tipo de OROPs, de redes de OROPs y de la presencia en la mayoría de ellas de los mismos actores, así como la producción doctrinaria de un grupo de autores vinculados a dichos Estados que, de *lege ferenda*, procuran con insistencia instalar en gobiernos y estudiosos del derecho internacional la convicción de la vigencia de conceptos normativos que, por el momento, no gozan de aceptación general en la comunidad internacional;

Que no corresponde realizar una asimilación automática de la pesca no regulada a la pesca ilegal, teniendo presente las medidas adoptadas sin consentimiento estatal, constituyen una violación del principio *pacta tertiis*, una de las normas básicas del derecho internacional;

Que las competencias del Estado del puerto son de naturaleza convencional y que su establecimiento o fortalecimiento en relación con las actividades pesqueras debe proceder sobre una base convencional y de conformidad con el derecho internacional;

Que no se considera compatible con el equilibrio de competencias establecido en la CONVEMAR, la creación de nuevas bases de jurisdicción en materia pesquera, como sería el caso de la jurisdicción del Estado de zarpada o de arribo;

Que la creación de áreas marinas protegidas en alta mar requiere un conocimiento muy profundo de la estructura y funcionamiento de los ecosistemas marinos involucrados y una evaluación de los posibles beneficios y que antes de decidirse su creación, deberían determinarse los riesgos, los mecanismos y las políticas con que se contaría para ello, debiendo al mismo tiempo, no afectar los derechos de soberanía del Estado ribereño en su plataforma continental, ni legitimar de hecho las acciones unilaterales contra la pesca no regulada y los derechos de los terceros Estados consagrados en la CONVEMAR, como podría sugerirse a partir de las propuestas contenidas en la publicación "Cerrando la Red";

Que en procura de un régimen aplicable a los recursos genéticos de la Zona, teniendo en cuenta que la CONVEMAR sólo considera patrimonio común de la humanidad a la Zona y sus recursos, definiendo como éstos a los minerales, la circunstancia de que los negociadores en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no estaban al corriente de los recursos genéticos y el hecho de que la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2749 (XXV) no contiene una definición de los recursos de la Zona, debería encararse la negociación de un nuevo régimen aplicable a los recursos genéticos, teniendo en cuenta la contradicción que resultaría de la situación de que algunos de los recursos de la Zona siguen la naturaleza de ese espacio, si otros quedaran sujetos a un régimen totalmente diferente;

Que en relación con esta temática, la ponencia "Reflexiones sobre la problemática actual de los recursos genéticos de los fondos marinos y su relación con la jurisdicción consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar" plantea varios interrogantes, entre ellos: si los recursos genéticos pueden ser objeto de la pesca, si la bioprospección constituye investigación científica marina y si con tal motivo, podría ser considerada como una de las libertades del alta mar, y qué aporte podría en este contexto realizar el Tribunal Internacional de Derecho del Mar;

Que en relación con la ponencia "Sobre las claves de unilateralismo/cooperación en la ordenación jurídica de los recursos vivos del mar. MERCOSUR, Unión Europea e intereses marítimos-pesqueros", su autor se manifestó en favor de la complementariedad entre las reivindicaciones unilaterales y las prácticas de cooperación, así como del MERCOSUR como mecanismo de cooperación (integración en materia de conservación y administración de los recursos vivos de las zonas económicas exclusivas de Argentina, Brasil y Uruguay; haciendo además referencia al régimen de la CONVEMAR

y al Acuerdo de Nueva York y, en este último contexto, al establecimiento de un arreglo para el Atlántico Sudoccidental entre los tres Estados ribereños: Argentina, Brasil y Uruguay y los Estados que pescan a distancia;

Que en la ponencia “La zona de información marítima australiana: un caso de jurisdicción rampante en Derecho del Mar”, su autor analiza el sistema australiano de información marítima a la luz del concepto de jurisdicción rampante, incluyendo cuestiones relativas al control de la pesca, así como otras muy diversas, como las relacionadas con la prevención del terrorismo;

Que se planteó la situación de espacios, principalmente en el Mar Mediterráneo, cuya caracterización no se corresponde exactamente con los espacios marítimos previstos en la CONVEMAR, tales como zonas ecológicas y zonas de protección pesquera, sugiriendo el interrogante acerca de la compatibilidad de dichas categorías con el derecho del mar; que al respecto se expresó la opinión de que dichas categorías no poseen la naturaleza jurídica de la zona económica exclusiva;

Que asimismo, se puso de relieve la circunstancia de que, más allá de las consecuencias negativas que conlleva el Acuerdo de Nueva York para los Estados ribereños, el establecimiento de un arreglo para la cooperación en la conservación y/o administración de pesquerías para el área adyacente en el Atlántico Sudoccidental es inadmisibles con motivo de la ocupación ilegal de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos circundantes por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; que al mismo tiempo, se recordó, la actitud que exhibe la Unión Europea respecto de la controversia de soberanía entre la República Argentina y el Reino Unido sobre los tres archipiélagos australes y los espacios marítimos circundantes, al desconocer las resoluciones sobre la materia adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas;

Por otra parte, se evocaron las consecuencias negativas que en materia económica y social acarreo la implementación, en la zona económica exclusiva Argentina, del Acuerdo entre la República Argentina y la Unión Europea suscripto en el año 1994.

POR LO TANTO:

La Sección de Relaciones Internacionales del “XVº Congreso Argentino de Derecho Internacional”

RECOMIENDA:

Tener en cuenta el delicado equilibrio de competencias reflejado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (CONVEMAR);

No aceptar la supuesta validez universal de enmiendas y modificaciones en el Derecho del Mar, cuando en las mismas esté ausente el consentimiento estatal, o en su caso, la *opinio iuris*;

Tener especialmente en cuenta que las competencias del Estado ribereño en su ZEE tienen carácter discrecional;

Tener en cuenta que el Acuerdo de Nueva York de 1995 sobre la apli-

cación de las disposiciones de la CONVEMAR, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y poblaciones de peces altamente migratorios configura un esquema normativo incompatible con la letra y el espíritu de la CONVEMAR;

Advertir con preocupación el lanzamiento en el año 2006 de las propuestas contenidas en la publicación "Cerrando la Red" como resultado de la iniciativa *High Seas Task Force (HSTF)* (*Fuerza de Tareas para el alta Mar*) concebida ésta por un grupo minoritario de Estados autoproclamados "líderes", que se arrogan el derecho de decidir medidas de *gobernanza* para el alta mar, prescindiendo de los restantes miembros de la comunidad de Estados;

Tener en cuenta que las propuestas referidas en el párrafo anterior: a) son en general, contrarias a la conservación, toda vez que lo que se pretende es regular en beneficio exclusivo de los miembros de una organización regional de ordenación pesquera (OROP), con matriz en el Acuerdo de Nueva York, los recursos del alta mar y b) apuntarían a consagrar por medio de la proliferación de ese tipo de OROPs, así como de redes que las vinculan, o por medio de asociaciones y alianzas, la hegemonía de un grupo minoritario de Estados a la hora de decidir acerca de la distribución de los recursos vivos marinos;

Tener en cuenta la seriedad de la situación configurada a partir del establecimiento de ese tipo de OROPs, de redes de OROPs y de la presencia en la mayoría de ellas de los mismos actores, así como, la producción doctrinaria de un grupo de autores vinculados a dichos Estados que, de *lege ferenda*, procuran con insistencia instaurar en gobiernos y estudiosos del derecho internacional la convicción de la vigencia de conceptos normativos, que, por el momento, no gozan de aceptación general en la comunidad internacional;

No realizar una asimilación automática de la pesca no regulada a la pesca ilegal, teniendo en cuenta que las medidas adoptadas sin consentimiento estatal constituyen una violación del principio *pacta tertiis*, que es una norma básica del derecho internacional;

Tener en cuenta que el establecimiento o fortalecimiento de las competencias del Estado del puerto en relación con las actividades pesqueras, debe proceder convencionalmente y de conformidad con el derecho internacional;

Advertir la incompatibilidad de nuevas bases de jurisdicción en materia pesquera, como sería el caso de la jurisdicción del Estado de zarpada o de arribo con el equilibrio de competencias establecido en la CONVEMAR;

No legitimar de hecho las acciones unilaterales contra la pesca no regulada, en el contexto de las propuestas contenidas en la publicación "Cerrando la Red", en relación con la creación de áreas marinas protegidas en alta mar;

Promover la negociación de un nuevo régimen aplicable a los recursos genéticos, teniendo en cuenta la contradicción que resultaría del hecho de que algunos de los recursos de la Zona siguen la naturaleza de ese espacio y otros quedarían sujetos a un régimen totalmente diferente;

Tener en cuenta la circunstancia de que más allá de las consecuencias negativas que conlleva el Acuerdo de Nueva York para los Estados ribereños, el establecimiento de un arreglo para la cooperación en la conservación y/o administración de pesquerías para el área adyacente en el Atlántico

Sudoccidental es inadmisibles con motivo de la ocupación ilegal de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte;

Tomar nota de la actitud que exhibe la Unión Europea respecto de la controversia de soberanía entre la República Argentina y el Reino Unido sobre los tres archipiélagos australes y los espacios marítimos circundantes, al desconocer las resoluciones sobre la materia adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas;

Promover en los ámbitos académicos y científicos de nuestro país, incluida la Asociación Argentina de Derecho Internacional, medidas orientadas a asumir en conciencia la realidad de los intereses permanentes de la República Argentina, en particular, el mar y sus recursos, analizando en profundidad, con la seriedad y dedicación debidas, las soluciones posibles a partir del estudio, el conocimiento y el empleo de las herramientas jurídicas y políticas disponibles.

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

En la ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, en el marco del XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Carlos Bernardo Guastavino – Dr. Gualberto Lucas Sosa", realizado entre los días 26 a 29 de Septiembre de 2007, se reúne la Sección de "Derecho de la Integración" de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en los salones del Hotel Costa Galana, bajo la presidencia de su Directora, Dra. Verónica Zamzem, para el tratamiento y discusión del tema *LOS MARCOS JURIDICOS CONVENCIONALES Y EL DESARROLLO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA*, cuyo RELATOR es el Prof. Emérito Dr. Luis Ignacio Savid-Bas (UNC).

Abierta la sesión, siendo las 15 horas del día jueves 27 de Septiembre de 2007, se informa que, además de los nombrados y numerosos Miembros de la Asociación interesados en la temática de los procesos de integración regional, se encuentra presente la Sra. Miembro del Comité de Sección Dra. Mariela Calderón; los demás miembros del mismo justificaron anticipadamente, por correo electrónico, su imposibilidad de concurrir al presente Congreso.

Abierta la sesión de trabajo, se pone en conocimiento de todos los presentes que se han recibido las siguientes *COMUNICACIONES* sobre la temática a tratar: 1. "Coalición de Derechos Fundamentales en los espacios integrados. *Prudentia Iudicialis: Entre la vanguardia y la timidez*", por Dr. Luciano Martín Donadio Linares (UESiglo XXI). 2. "¿Las Políticas Migratorias son inviables? Experiencia en la Unión Europea*", por Dra. Ada Lattuca (UNR). 3. "Un Proyecto Satisfactorio de Integración", por Dr. Alejandro Daniel Serra Quiroga. 4. "El derecho a la salud, la integración y la discriminación", por Dra. Alicia Sonia Moreno (UNR). 5. "La dimensión ambiental del Mercosur – Hacia la creación de un mecanismo financiero de prevención ambiental", por Dr. Alberto César Moreira (UNMdelPL). 6. "Incidencia del Acuerdo de Trans-

porte Fluvial de la Hidrovía como factor de integración en el proceso MERCOSUR", por Dra. Verónica Zamzem (UNC y UNCa). 7. "Los marcos jurídicos convencionales y el desarrollo de los procesos de integración", por Dra. Graciela Salas (UNC y UBP).

Seguidamente, el RELATOR expone su trabajo abordando los puntos establecidos de manera profunda y completa, con rigor académico y gran solvencia intelectual, previa referencia a los comentarios y opiniones que recibiera por parte de Miembros de la Asociación relativos al tema, los que agradeció manifestando, tanto los puntos de coincidencias como también aquellos con los que mantiene diferencias. Al finalizar la exposición del Relato se produjo un rico intercambio de opiniones, aportes y disensos entre los participantes de la Sección.

A continuación, los respectivos autores expusieron las comunicaciones ya mencionadas, pasándose a cuarto intermedio hasta el día viernes para continuar con las mismas. Previamente a levantar la sesión, a propuesta de la Directora de la Sección, se conformó por consenso una Comisión Redactora de las Conclusiones, integrada por el Relator, Prof. Dr. Luis Ignacio Savid-Bas, los Dres. Alberto Monsanto (UNR), Pedro Casas (UNCa), Mariela Calderón (UNMdelPL) y la Directora de la Sección, Dra. Verónica Zamzem. El día viernes 28, a las 11,30 horas la Sección continuó sus trabajos, exponiéndose las comunicaciones restantes.

Seguidamente, en horas de la tarde, la Comisión Redactora se dedicó al análisis de los temas expuestos y debatidos y a la elaboración de las correspondientes conclusiones las que obran a continuación.

* En primer lugar, la Sección AFIRMA:

1. Su convicción del carácter eminentemente político de los procesos de integración.
2. Que pueden observarse elementos positivos en el desarrollo jurídico-institucional actual del MERCOSUR. Ello no implica perder de vista las deficiencias institucionales y operativas existentes en los instrumentos convencionales básicos del MERCOSUR.

* Algunos de los avances destacados resultan, entre otros, de:

1. La creación de la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR y la figura de su Presidente (Decisión CMC 11/03) con capacidad de asesoramiento, iniciativa y limitada representación por delegación del CMC, entre otras.
2. La adopción del Protocolo de Olivos, y el establecimiento del Tribunal Permanente de Revisión.
3. El perfeccionamiento de la representación ciudadana con la creación del Parlamento del MERCOSUR en cuanto implicará la representación democrática y ámbito de expresión de los intereses de la sociedad civil.
4. El reconocimiento de una mayor competencia al CMC en el procedimiento de asociación de terceros Estados con el MERCOSUR.
5. La implementación de Fondos Estructurales que implica un cam-

bio en el eje de integración, asentado hasta ahora en el intercambio comercial, hacia la efectiva puesta en marcha del principio de solidaridad que atiende a las diferencias estructurales entre los Estados Parte del MERCOSUR.

* Por otra parte la Sección considera conveniente destacar las limitaciones que caracterizan la personalidad internacional del MERCOSUR, en especial en lo referente a los alcances de la responsabilidad internacional directa de sus Estados Parte.

* Reitera asimismo la relación existente entre el Tratado de Asunción y el de Montevideo de 1980 (ALADI).

* Considera que un medio institucional para avanzar en el MERCOSUR, resultaría del establecimiento de un órgano autónomo con competencia para la ejecución de las decisiones adoptadas.

Acto seguido, en la sesión de la tarde se ponen en conocimiento de los integrantes de la Sección las conclusiones elaboradas, las que fueron analizadas y aprobadas por los participantes y que se someten a consideración del Plenario, en la Asamblea General de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) del día sábado 29 de Septiembre de 2007.

SECCIÓN DE METODOLOGÍA, DOCUMENTACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

*TEMA: IMPLEMENTACION DEL METODO DE CASOS
EN EL DERECHO INTERNACIONAL*

Reunida la Sección de Metodología, Documentación y Enseñanza del Derecho Internacional, sesionó el día 28 de septiembre de 2007, entre las 9 y las 11 y 30 horas.

Fueron presentados: El *RELATO* que estuvo a cargo de la profesora doctora Graciela E.Chalita y una *PONENCIA* de la doctora María Blanca Noodt Taquela.

Durante la reunión se realizó un trabajo de taller coordinado por la relatora, se expuso el relato, luego de lo cual se generó un intercambio de opiniones.

A continuación se expuso la ponencia presentada y también se respondieron preguntas de los asistentes y se escucharon opiniones.

Como consecuencia del trabajo de la sección se arribó a las siguientes

CONCLUSIONES:

1) La elección de las estrategias didácticas debe necesariamente corresponderse con los objetivos docentes y la concepción de enseñanza aprendizaje.

2) Si la formación universitaria debe tener como finalidad preparar al estudiante para enfrentar una situación jurídica problemática, diagnosticarla y hallar la posible solución a la misma (evaluar y tomar decisiones), el método de casos es una herramienta útil.

3) El método de casos es una técnica de simulación (*como si*) a través de la cual los alumnos experimentan la realidad profesional.

4) El método de casos posibilita la adquisición de habilidades, el cambio de actitudes y el desarrollo de capacidades.

5) El caso es la descripción de una situación problemática compleja de la vida real que plantea un conflicto social a comprender, evaluar y/o resolver. Esta situación debe describir hechos creíbles o reales, ser de temática interesante, presentada en forma objetiva, generadora de polémicas y pertinente al grupo.

6) Para elaborar el caso el docente debe: elegir el tema, redactar el relato y las consignas, hacer la prueba experimental del caso, redactar el instructivo y las claves de corrección.

7) El caso puede presentarse acompañado de anexos documentales, cartas, recortes periodísticos, fragmentos de libros.

8) En especial, el caso que se presenta acompañado de documentos reales (ej. facturas, conocimientos de embarque, carta de porte, etc. en una compraventa internacional de mercaderías) permite que el alumno tome contacto con ellos, aprenda interpretarlos y, en su caso, a ejercitarse en la aplicación de la pluralidad de normas que rigen los casos internacionales.

SECCIÓN DERECHOS HUMANOS

TEMA: LA JUDICIALIZACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la Ciudad de Mar del Plata, en el marco del XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Carlos Bernardo Guastavino – Dr. Gualberto Lucas Sosa", sesionó la Sección de Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. La presidencia de la misma estuvo a cargo de Víctor Bazán, Director de dicha Sección, quien contó con la colaboración del vocal Norberto Peci y de Fabián Salvioli.

El RELATO de la Sección, estuvo a cargo de Fabián Salvioli, quien expuso su trabajo titulado: "La judicialización del derecho internacional de la persona humana".

La Sección recibió para su consideración doce (12) PONENCIAS. Todas fueron aceptadas y diez (10) fueron sustentadas por sus autores en las deliberaciones, conforme al siguiente detalle y orden de exposición: 1) "La prudencia jurídica y la juridización y judicialización de los derechos humanos", por Norberto Peci; 2) "Los 'intereses de justicia' en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", por Javier Ruiz; 3) "Fortalecimiento del sistema interamericano de protección. Algunas reformas posibles", por Juan Carlos Wlasic; 4) "La solicitud de medidas provisionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como medio de judicialización de asuntos relativos a derechos humanos", por Silvina González Napolitano; 5) "Desarrollos en materias de reparaciones no pecuniarias en el sistema interamericano de derechos humanos", por Sebastián Alejandro Rey; 6) "La tutela judicial efectiva en los procesos de otorgamiento de ciudadanía: aplicación del derecho internacional en el ámbito interno", por Saideh Saleh

Ebrahimi; 7) “El caso ‘José Fabián Ruiz’ y la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos frente a la identidad cultural”, por Marcelo Peyret, Horacio Navamuel, Adolfo Sánchez Alegre y Daniela Guitián; 8) “El principio *non bis in idem*. Algunas consideraciones en el juzgamiento de los responsables sobre desaparición y muerte de personas”, por Marta Tejerizo y Luciana Díaz; 9) “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos vulnerables en el sistema interamericano”, por María Eugenia Montero; 10) “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, por Víctor Bazán.

Las dos (2) ponencias restantes no fueron leídas dada la ausencia de sus respectivos autores. La relación de las mismas es: 1) “Jurisdicción internacional sobre violaciones graves de derechos humanos. El caso del genocidio”, por Juan Pablo Pérez-León Acevedo; 2) “El desarrollo actual del derecho internacional humanitario”, por Carlos Horacio Cerdá.

El Relator de la Sección, Fabián Salvioli, expuso su trabajo, seguido de una deliberación con los participantes.

Finalizada la presentación de las ponencias, se debatieron los puntos centrales abordados en el Relato principal y las comunicaciones y propuestas presentadas. Se decidió finalmente constituir una comisión de redacción que sintetizara las *CONCLUSIONES* que se consensuaron para presentarlas primeramente a la aprobación de los participantes de la Sección y, luego, a la consideración del Plenario. Ellas son:

1) Por judicialización se entiende en primer lugar la institucionalización, constitución y puesta en funcionamiento de tribunales internacionales permanentes con competencia de mayor o menor amplitud en derechos humanos. La existencia de cortes o tribunales internacionales con estas características muestra la voluntad de los Estados que integran las organizaciones internacionales donde aquellas se encuentran situadas, de recurrir a la solución judicial de controversias para cuestiones que hacen a los derechos y libertades de la persona humana que derivan de la dignidad inherente a ésta.

2) Otra vertiente de la judicialización describe el proceso por el cual el derecho internacional de la persona humana instituye mecanismos cuasi jurisdiccionales para el cumplimiento de sus objetivos, ya no encargados a cortes o tribunales internacionales de carácter permanente sino a comisiones o comités, órganos administrativos clásicos del actual derecho de gentes.

3) La última cuestión que comprende a la judicialización se refiere específicamente al abordaje y recepción de los estándares y decisiones jurisprudenciales internacionales en materia de derechos humanos, por parte de los órganos judiciales en el plano doméstico.

4) La judicialización en el derecho internacional de la persona humana se enmarca dentro de una tendencia identificada hacia un derecho internacional público que progresivamente se va institucionalizando con fuerza por las necesidades emergentes de la comunidad internacional.

5) Se considera la necesidad de armonizar, interpretar de manera hermenéutica y aplicar en conjunto el *corpus iuris* atinente a la protección de la persona humana; por ello, el derecho internacional de la persona humana comprende al derecho internacional de los derechos humanos, el dere-

cho internacional humanitario y el derecho internacional de las personas refugiadas.

6) En el ámbito del derecho internacional ha devenido trascendente el establecimiento de mecanismos jurisdiccionales de supervisión de las obligaciones de los Estados en materia de derechos fundamentales de la persona humana, a los efectos de identificar la responsabilidad internacional que pudiera corresponderles, y en dicho caso ordenar las reparaciones pertinentes para las víctimas o sus derechohabientes.

7) Las jurisdicciones internacionales contemporáneas han judicializado la responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos y la responsabilidad individual de las personas por hechos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o agresión internacional.

8) A ello se agrega la llamada "judicialización internacional indirecta", que llevan adelante los órganos de naturaleza cuasi jurisdiccional que se encuentran tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como en las organizaciones regionales.

9) La judicialización interna deviene por la aplicación de parte de los órganos judiciales domésticos de las normas internacionales y de las decisiones de los órganos internacionales de protección.

10) El sistema normativo en su conjunto (interno e internacional) tiene que dirigirse, aplicarse e interpretarse en el sentido de garantizar efectivamente los derechos humanos de mujeres y hombres, para lo cual el trabajo jurisdiccional no constituye la única vía, pero sí es una de las herramientas imprescindibles.

11) Como reflejo del carácter unitario de la dignidad humana, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales media unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación, y en modo alguno separación antinómica.

12) Los enfoques atomizados o fragmentados de los derechos humanos, como el que subyace en la tesis de las generaciones de derechos humanos, han dificultado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en la dimensión fáctica, con lo cual, cabría acordar que dicha concepción "generacional" no debe ser aceptada a-criticamente sino repensada evaluando si es léxica y jurídicamente correcta.

13) Los derechos humanos son, tal como ha reconocido la comunidad internacional en la Conferencia de Viena de 1993, universales, indivisibles e interdependientes entre sí.

14) En el plano interno, la magistratura judicial debe asumir su rol fundamental en la efectivización de la vigencia de los derechos humanos, revistiéndose de un "activismo prudente y equilibrado", para no invadir esferas competenciales que le resultan extrañas (o que pueden violentar la autoridad democrática del legislador), pero tampoco consentir una vacuidad de las obligaciones adoptadas interna e internacionalmente en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pues ello sí supondría abdicar de deberes propios e inherentes a la función jurisdiccional.

15) En dicho orden, los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la nulidad de las leyes de

amnistía o de impunidad en general, así como respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad cometidos desde el Estado o bajo su aquiescencia, y la necesidad de cumplir con las obligaciones emanadas del derecho a la verdad y a la justicia, devienen estrictamente aplicables por las jurisdicciones domésticas nacionales; caso contrario, el Estado incurriría nuevamente en responsabilidad internacional.

16) En la dimensión universal, si bien la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido importante para el fortalecimiento de la vocación de operatividad del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la situación actual dista de ser la ideal. Se torna evidente la inconveniencia, por insuficiencia protectora, que deriva de la inexistencia de un procedimiento que habilite la presentación de quejas individuales o colectivas, siendo atinado continuar pugnando por la implementación de un Protocolo Facultativo a dicho pacto en orden a instaurar un mecanismo de reclamaciones individuales y colectivas que complemente y fortalezca el esquema cautelar actual.