

BLANCA

BLANCA

IN MEMORIAM

CALIXTO ARMAS BAREA
CARLOS BERNARDO GUASTAVINO
GUALBERTO LUCAS SOSA

BLANCA

ISSN 1850-079X

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



**Anuario
Argentino
de
Derecho
Internacional**

XVI

2007 - II

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

BLANCA

DIRECTOR HONORARIO

Ernesto J. Rey Caro

DIRECTORA

Zlata Drnas 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.*

BLANCA

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

	2005-2007	2007-2009
<i>Presidente:</i>	Armando Daniel Abruza	Armando Daniel Abruza
<i>Vicepresidente:</i>	María Elsa Uzal	María Elsa Uzal
<i>Secretario:</i>	Luis Cruz Pereyra	Luis Cruz Pereyra
<i>Prosecretario:</i>	Carlos Echegaray de Maussion	Alejandro A. Menicocci
<i>Tesorero:</i>	Jorge Stähli	Jorge Stähli
<i>Protesorero:</i>	Carlos Bernardo Guastavino	Felipe Juan Amormino
<i>Consejeros:</i>	Ernesto Rey Caro	Analía Noemí Consolo
	Ada Latucca	Marcelo Daniel Iniguez
	Luciana Diaz	María B. Noodt Taquela
	Beatriz Pallarés	Arturo Santiago Pagliari
	Alejandro Menicocci	Jorge Oscar Paladino
	Analía Consolo	Beatriz Pallarés
	Amalia Uriondo de Martinoli	

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Director: Arturo Pagliari Ariel Ricardo Mansi

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Director: Roberto Vicario Roberto Vicario

SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES

Director: Ariel Mansi Pedro Rodolfo Casas

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Director: Verónica Zamzem Luis Ignacio Savid Bas

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

Director: Jorge Oscar Paladino Graciela Chalita

SECCIÓN DERECHOS HUMANOS

Director: Victor Bazán Víctor Bazán

BLANCA

ÍNDICE GENERAL

Palabras preliminares	13
DOCTRINA	
NUEVOS DESAFÍOS Y CONFLICTOS DE INTERESES EN EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS VIVOS DEL MAR <i>(NEW CHALLENGES AND CONFLICTING INTERESTS IN THE UTILIZATION OF MARINE LIVING RESOURCES)</i>	
<i>Por Armando Daniel Abruza.....</i>	17
LOS MARCOS JURÍDICOS CONVENCIONALES Y EL DESARROLLO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA <i>(THE LEGAL CONVENTIONAL FRAMEWORKS AND THE DEVELOPEMENT OF INTEGRATION'S PROCESSES IN LATIN AMERICA)</i>	
<i>Por Luis Ignacio Savid Bas</i>	51
IMPLEMENTACIÓN DEL MÉTODO DE CASOS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL <i>(IMPLEMENTATION OF THE CASE METHOD IN THE TEACHING OF THE INTERNATIONAL LAW)</i>	
<i>Por Graciela E. Chalita</i>	83
LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA <i>(THE JUDICIALIZATION OF THE INTERNATIONAL LAW OF THE HUMAN PERSON)</i>	
<i>Por Fabián Salvioli.....</i>	97

LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y EL FEDERALISMO EN INTERACCIÓN: PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS <i>(SUPRANATIONAL INTEGRATION AND FEDERALISM IN INTERACTION: PERSPECTIVES AND CHALLENGES)</i> <i>Por Víctor Bazán</i>	147
CRÓNICAS	201
MEMORIA DE PRESIDENCIA CORRESPONDIENTE AL PERÍODO ESTATUTARIO 2005-2007 - ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y CIENTÍFICAS.....	203
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)	211
SECCION DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	211
SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	212
SECCIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES.....	215
SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN.....	220
SECCIÓN DE METODOLOGÍA, DOCUMENTACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	222
SECCIÓN DERECHOS HUMANOS.....	223

PALABRAS PRELIMINARES

El Anuario Argentino de Derecho Internacional ha surgido en 1983 como un canal de comunicación científica entre los Miembros de la Asociación Argentina de Derecho Internacional /AADI (titulares, asociados, correspondientes), como también ámbito de difusión en la esfera internacional de las actividades de la entidad. Ha continuado publicándose hasta la fecha, en entregas sucesivas, con el objeto de aparecer indefinidamente, bajo un título común y una única designación numérico-cronológica. Tras casi veinticinco años de su aparición, continúa cumpliendo su rol de vocero de la AADI, siendo la más antigua publicación especializada en Derecho internacional con continuidad en América Latina.

Su Director inicial -hoy Director Honorario- es el Prof. Dr. ERNESTO REY CARO, miembro fundador de la AADI, antiguo Presidente de la entidad, quien desde el primer número de este Anuario (1983) ha destacado la importancia de “difundir el pensamiento jurídico de los especialistas argentinos” en forma periódica. Así como ese primer número fue dedicado a las *Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional*, el presente volumen, dividido en dos tomos, presenta los relatos del *XIX Congreso Ordinario de la AADI y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. CARLOS BERNARDO GUASTAVINO – Dr. GUALBERTO LUCAS SOSA”*, celebrados entre el 26 y 29 de septiembre de 2007 en Mar del Plata, Provincia de Buenos, a más de otras contribuciones.

El primer tomo ha incluido los relatos de los Prof. Dres. MARÍA ELSA UZAL (Sección Derecho Internacional Privado) y ZLATA DRNAS DE CLÉMENT (Sección Derecho Internacional Público), como también las contribuciones de los miembros correspondientes CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA y MARÍA EVA VÁZQUEZ. El presente tomo reúne los relatos de los Prof. Dres. ARMANDO ABRUZA (Sección Relaciones Internacionales), LUIS IGNACIO SAVID BAS (Sección Derecho de la Integración), GRACIELA CHALITA (Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional) y FABIÁN SALVIOLI (Sección Derechos Humanos), como también la contribución del Prof. Dr. VÍCTOR BAZÁN.

Siguiendo el diseño editorial tradicional del Anuario, se han incluido en el Volumen 2007 los bloques de “Legislación” (Convenios internacionales aprobados por la República Argentina), “Jurisprudencia”, “Recensiones” y “Crónicas”. Dado que los dos tomos de 2007 conforman una unidad, esos bloques han sido incorporados en uno solo de los tomos (2007-I), a excepción de las Conclusiones de las distintas secciones en el XIX Congreso Or-

dinario de la AADI y XV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. CARLOS BERNARDO GUASTAVINO – Dr. GUALBERTO LUCAS SOSA”, las que se han repetido en las dos publicaciones, dada la relevancia que tienen para la Asociación.

El Anuario constituye un instrumento adecuado para el logro de los más altos fines de la AADI como son: propender al estudio y desarrollo del Derecho Internacional y las disciplinas a él vinculadas, promover la actualización de sus Miembros, contribuir a la formación de una conciencia colectiva dirigida a la solución de los problemas internacionales a través del Derecho y la Justicia, y el afianzamiento de los valores fundamentales de la República.

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

Directora del Anuario

Octubre de 2008

DOCTRINA

BLANCA

**NUEVOS DESAFÍOS Y CONFLICTOS
DE INTERESES EN EL APROVECHAMIENTO
DE LOS RECURSOS VIVOS DEL MAR ***

*NEW CHALLENGES AND CONFLICTING INTERESTS
IN THE UTILIZATION OF MARINE LIVING RESOURCES*

*Armando Daniel Abruza ***

RESUMEN

La siguiente contribución examina los principales desarrollos y tendencias actuales referidos al aprovechamiento de los recursos vivos del mar. El trabajo advierte acerca del proceso evolutivo jurídico y político que, partiendo primordialmente de un particular enfoque asumido por un grupo limitado de estados, podría tener como consecuencia la marginación de los países en desarrollo del acceso a las pesquerías de alta mar en condiciones de equidad.

PALABRAS-CLAVE

Derecho del mar - formación del derecho internacional - recursos vivos marinos - pesca en alta mar - administración hegemónica.

ABSTRACT

The following contribution goes through the main developments and present trends dealing with the utilization of marine living resources. It makes aware of a legal and political evolutionary process departing from such an approach led by a limited group of states, which could have as a consequence preventing developing countries from access to high seas fisheries on an equitable basis.

KEY WORDS

Law of the sea - international law making - marine living resources - high seas fishing - hegemonic management.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REVISIÓN DE LA CONVEMAR. 3. ESCENARIOS DE CAMBIO. 4. LA REGULACIÓN DE LA PESCA EN LA ZONA ECONÓMICA EX-

* Relato de la *Sección Relaciones Internacionales* 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).

** Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Mar del Plata. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro fundador de la Asociación Argentina de Ciencias del Mar.

CLUSIVA . 5. EL CAMINO A LA HEGEMONIZACIÓN DEL ALTA MAR. 5.1. El Acuerdo de Nueva York 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 (Acuerdo de Nueva York). 5.2. La pesca ilegal, no declarada y no regulada (Pesca INDNR). 5.3. La iniciativa High Seas Task Force y sus propuestas orientadas a la apropiación de los recursos vivos del alta mar. 5.4. El caso particular de la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA). 5.5. El fortalecimiento de las competencias del Estado del puerto. 5.6. La creación de áreas marinas protegidas. 5.7. Reflexiones en torno a los recursos genéticos de los fondos marinos y oceánicos más allá de las jurisdicciones nacionales. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. El presente trabajo reseña los principales desarrollos que conciernen actualmente a uno de los más antiguos usos del mar -el aprovechamiento de sus recursos vivos- canalizados a través de un proceso evolutivo jurídico y político, que asumiendo características muy diversas, podrían afectar sensiblemente la regulación de las actividades de los Estados en los espacios marítimos contenida en el plexo jurídico codificador de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (la CONVEMAR, la Convención). De tal modo, a partir de los 90, tras el derrumbe de las fronteras ideológicas que signó la finalización de la era bipolar, una aguda falta de coordinación de políticas convergentes por parte de los países en desarrollo en los foros internacionales, particularmente en las Naciones Unidas y en la FAO, contribuyó a allanar el camino para que ciertos países industrializados se decidieran, sin mayores reparos, a impulsar la introducción en el derecho del mar de profundas modificaciones normativas en detrimento de los derechos e intereses de aquellos. Este proceso, caracterizado por nuevos desafíos e intereses en pugna, se muestra acompañado, además, de una profusa doctrina, acuñada por lo general en la literatura anglosajona que *de lege ferenda* exhibe como válidos ciertos objetivos cuya consecución se ha impuesto.

1.2. Ciertamente, 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, inexorablemente, 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 CONVEMAR e instando a la observancia de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

1.3. En este contexto, creemos necesario examinar algunas cuestio-

nes que requieren un tratamiento preliminar, una de las cuales consiste en determinar si la regulación universal del aprovechamiento de los recursos vivos marinos se encuentra comprendida únicamente en la Convención o, si por el contrario, existen otros escenarios y desarrollos.

La Convención, con sus 320 artículos y 9 Anexos, está basada en una negociación en paquete que abordó numerosos problemas que no habían podido ser resueltos en otros instrumentos anteriores. De alguna manera, la Convención se presentaba, en los términos del Presidente de la III Conferencia en la sesión final, como una Constitución de los Océanos¹. Receptó e introdujo categorías innovadoras, por ejemplo, la zona económica exclusiva (ZEE) y los fondos marinos situados más allá de las jurisdicciones nacionales (la Zona), estableció parámetros en materia de preservación del medio marino y creó tres instituciones. Sin embargo, al propio tiempo que concluyó el proceso de negociación de la Convención, se sabía que tarde o temprano sería necesario adaptarse a nuevos requerimientos desde una perspectiva dinámica, de innovación y de flexibilidad.

Asumimos hoy que la Convención no constituye un régimen sobre el derecho del mar contenido en sí mismo. Es evidente que la Convención no posee las características de un régimen omnicompreensivo absoluto propio de una Constitución, máximo marco de referencia para dilucidar cualquier controversia legal originada dentro de su ámbito de aplicación.

2. LA REVISIÓN DE LA CONVEMAR

Contrariamente a las opiniones de quienes ven en la revisión de la Convención la solución de los problemas planteados a lo largo de su vigencia, o la manera adecuada de encarar la regulación de posibles nuevos desarrollos y de temas susceptibles de generar controversias, como la aplicación irrestricta o incondicionada del enfoque ecosistémico², la temática de la biorregionalización y el establecimiento de áreas marinas protegidas, nos parece que la revisión de la Convención no constituye un punto de partida apropiado, o mejor diríamos: factible, habida cuenta de las dificultades asociadas al procedimiento de enmienda.

La Convención puede ser enmendada de diversos modos, además de

¹ Conf. la declaración realizada por T. B. Koh, Presidente de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. V. www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf.

² En los últimos tiempos, a partir de una perspectiva más realista, que parece haber advertido la existencia de otros valores y consideraciones fundamentales, como los objetivos sociales, la aplicación del enfoque ecosistémico comenzó a reorientarse hacia la formulación de una recomendación a ser tenida en cuenta en la ordenación de las pesquerías que incorpore dichos objetivos. Al respecto, v. EC:SEI-EAF/2006/Info.1, documento examinado por la Consulta de expertos de la FAO sobre consideraciones sociales e institucionales en la aplicación del enfoque ecosistémico en el ordenación de pesquerías, Roma, 6 al 9 de junio de 2006.

los procedimientos de enmienda previstos en su texto³. La incorporación de enmiendas por referencia a estándares internacionales generalmente aceptados (como ilustran, por ejemplo, los artículos 22.3, 39.2, 61.3, 119.1.a), a través de la adopción de regímenes regionales o universales compatibles con la Convención, por ejemplo los artículos 69.2 y 3, 98.2, 197, y a través de la armonización de la práctica de los Estados con conciencia de obligatoriedad⁴. Desprovista de la *opinio iuris*, la enmienda o la modificación a través de la costumbre de normas bien establecidas de la Convención no resultaría un procedimiento aceptable⁵. Tampoco cabe soslayar el probable grado de incertidumbre generado en torno a las prácticas estatales que en ciertas situaciones pueden erosionar las normas convencionales y que pueden no estar respaldadas genuinamente con la conciencia de obligatoriedad⁶. Por otra

³ Convención, artículos 312 a 314.

⁴ BARNES Richard, FREESTONE David y ONG David M. editores, *The Law of the Sea, Progress and Prospects*, Oxford University Press Inc., New York (2006), p. 5.

⁵ V. TRIGGS Gillian D., *International Law: Contemporary Principles and Practices*, LexisNexis, Butterworths, Australia (2006), pp. 75 y 83. Acerca de la distinción entre práctica estatal y *opinio iuris*, v. Solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas de una Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, ICJ Reports 1996, párr. 73.

⁶ OUDE ELFERINK Alex G., "Reviewing the implementation of the LOS Convention: The role of the United Nations General Assembly and the Meeting of the State Parties", en *Ocean Management in the 21st Century: Institutional Framework and Responses*", Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston (2004), pp. 295 y ss. Al señalar que la Convención carece de un mecanismo institucional detallado que permita revisar su implementación, Oude Elferink analiza la actuación de la Asamblea General y de la Reunión de Estados Parte en la revisión de la misma. Si bien recuerda el claro rechazo de las delegaciones en la XXI Reunión de la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA) de una propuesta de Australia para enmendar el artículo 73 de la Convención en relación con el área de aplicación de la CCRVMA (v. Informe de la XXI CCRVMA, párr. 8.62-8.73), y también recuerda la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en particular, la decisión adoptada en el caso Qatar/Bahrein, en la cual el tribunal claramente se pronuncia contra una práctica estatal considerable, favorable a una interpretación extensiva del artículo 7 de la Convención (v. ICJ Reports 2001, párr. 212-215), el autor parece asumir una posición diferente cuando se trata de la enmienda de un artículo de la Convención cuando se canaliza a través de la AGNU o de la Reunión de Estados Parte. En ese contexto, se refiere específicamente a la modificación del artículo 4 del Anexo II a la Convención para poder extender el plazo para efectuar las presentaciones a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, aunque admite que en ese caso se trata solamente de enmiendas relativas a aspectos procesales (v. *infra* nota 11). Oude Elferink cita a Anthony Aust, ex funcionario del Foreign & Commonwealth Office, quien en su publicación *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press (2000), p. 191, afirma que dado que las Partes pueden acordar posteriormente las modificaciones de un tratado, pueden, en consecuencia, acordar una interpretación de sus términos, y esto, a su vez, puede tener como efecto la enmienda del tratado. En nuestra opinión, la conclusión de Aust debería ser examinada con cautela desde una perspectiva científica, toda vez que dicho autor se enrola en parte de la corriente doctrinaria que busca restar importancia a la *opinio iuris*, con miras a poder llevar a cabo una modificación sustantiva de la teoría de las fuentes.

parte, mayor sería la preocupación si a través de meras prácticas estatales recogidas en textos consensuados se pretendiera afectar la caracterización de los espacios marítimos establecida en la Convención, máxime si se admite que ésta representa “el producto de la mutua acomodación, razonabilidad y cooperación”⁷⁻⁸.

3. ESCENARIOS DE CAMBIO

3.1. Junto a otros instrumentos que regulan diversos aspectos del derecho del mar, tales como los adoptados en el marco de la OMI, la FAO y la UNESCO, existen múltiples instancias en las que de manera principal o accesoría se abordan temas de derecho del mar: principalmente, en el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) y en sus órganos subsidiarios y dependientes, instancias en las que se verifica la adopción de textos e informes que podrían reflejar normas vigentes, meras prácticas estatales o el comienzo de la modelación de nuevas orientaciones, a veces, controvertidas.

3.2. Desarrollos registrados en el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Reunión del Proceso Consultivo Informal Abierto de las Naciones Unidas sobre los Océanos y el Derecho del Mar (UNICPOLOS) y la Reunión de Estados Parte.

3.2.1. En noviembre de 1999 la AGNU adoptó la Resolución 54/33 sobre los resultados del examen realizado por la Comisión de Desarrollo Sostenible en su séptimo período de sesiones, en torno a “Océanos y mares”. A través de dicha Resolución, la AGNU estableció UNICPOLOS: un

⁷ DOLLIVER Nelson, L., “Reflections on the 1982 Convention on the Law of the Sea”, en *The Law of the Sea, Progress and Prospects*, p. 39.

⁸ En este contexto no parece razonable omitir hacer mención de la denominada *Escuela de New Haven*, cuyos adherentes adoptan un enfoque puramente sociológico del derecho internacional, concibiendo dicho ordenamiento como un plexo integrado no solamente por componentes normativos sino también por los procesos que conducen a la adopción de las decisiones jurídicas y políticas. En esa orientación, el papel de la *opinio iuris* pierde relevancia, erigiéndose el proceso de *law making* en concepto primordial frente a la teoría de las fuentes. Rosalyn HIGGINS, quien preside actualmente la Corte Internacional de Justicia, así como una parte considerable de la doctrina anglosajona, adhiere a esta tendencia. Al respecto, v. Boyle Alan y Chinkin Christine, *The Making of International Law*, Oxford University Press (2007), pp. 12 y ss. V. también Byers Michael, *Custom, Power and the Power of Rules, International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press (1999), pp. 207 y ss., quien realiza una crítica profunda a la doctrina referida. Nota el autor que para la *Escuela de New Haven* el derecho es meramente un producto del ejercicio de autoridad y control en el proceso de elaboración de decisiones, que puede o no tener fuerza independiente. Agrega que se ha confundido el proceso de elaboración de la costumbre con el resultado de dicho proceso, sosteniendo al respecto que si bien en muchos casos el primero puede ser complejo o ambiguo, las normas consuetudinarias que surgen como consecuencia de dicho proceso son reales y pueden ser efectivamente determinadas y aplicadas.

proceso abierto de consultas oficiosas destinado a facilitar el examen anual de desarrollos con respecto a los asuntos oceánicos, consolidar la coordinación y la cooperación de las actividades de las Naciones Unidas relacionadas con las temáticas de los océanos y las costas; promover la gestión integrada de los océanos a nivel internacional y analizar los programas relevantes de las Naciones Unidas, entre otros. La AGNU decidió, entonces, que UNICPOLOS consideraría los informes anuales del Secretario General sobre océanos y el derecho del mar y entendió que las cuestiones específicas debían ser sometidas a su consideración, haciendo hincapié en la determinación de áreas en las que estimaba necesario mejorar la coordinación y la cooperación entre los Estados y entre instituciones internacionales. Además, la resolución estableció el marco en el que habrían de organizarse las reuniones de UNICPOLOS, y decidió que examinaría la efectividad y utilidad del Proceso Consultivo en su siguiente sesión.

La primera reunión de UNICPOLOS, celebrada en mayo/junio de 2000 en Nueva York, donde también tendrían lugar sus siguientes reuniones, se instrumentó a través de discusiones de paneles sobre pesca y los impactos de la contaminación y degradación marina. La segunda reunión (mayo de 2001) estuvo centrada en la ciencia y tecnología marina, y la coordinación y cooperación en la lucha contra la piratería y el robo armado en el mar. La tercera reunión (abril de 2002) trató la protección y preservación del medio ambiente marino, la creación de capacidades, la cooperación y coordinación regional y el manejo oceánico integrado. Como consecuencia de dicha reunión, la AGNU adoptó en diciembre de 2002 la Resolución 57/141 sobre "Océanos y derecho del mar". La cuarta reunión (junio de 2003) adoptó recomendaciones sobre la seguridad de la navegación, la protección de los ecosistemas marinos vulnerables, y la cooperación y la coordinación en temas oceánicos. En diciembre de 2003, la AGNU adoptó la Resolución 58/240, también sobre "Océanos y derecho del mar", pidiendo al Secretario General que hiciera gestiones adicionales para establecer el proceso regular, inclusive convocando a un taller internacional sobre Evaluación Marina Mundial en coincidencia con la siguiente reunión de UNICPOLOS. La quinta reunión (junio de 2004) adoptó recomendaciones sobre nuevos usos sostenibles de los océanos, incluyendo la conservación y el manejo de la diversidad biológica en áreas que están más allá de la jurisdicción nacional. La sexta reunión de UNICPOLOS (junio de 2005) estuvo centrada en las pesquerías y su contribución al desarrollo sostenible y en los desechos marinos; deliberó acerca de la pesca comercial a gran escala, la pesca artesanal y a pequeña escala, la perspectiva científica y de la sociedad civil sobre pesquerías y su contribución al desarrollo sostenible, la pesca ilegal, el papel de las organizaciones regionales de ordenación pesquera (OROPs), las áreas marinas protegidas, la *gobernanza* de las pesquerías sostenibles, su fortalecimiento y la revisión de su actuación y otros aspectos controvertidos de las pesquerías, como la relación entre las pesquerías y la biodiversidad en alta mar. En esa oportunidad, las delegaciones de nuestro país y de México se opusieron a la

utilización del concepto “*gobernanza de los océanos*”, en el entendimiento de que se trata de un concepto demasiado amplio para ser utilizado en el contexto de las pesquerías. Dicha reunión reflejó una transición desde los nuevos usos sostenibles de los océanos hacia algunos de los nuevos desafíos emergentes en relación con usos tradicionales como la pesca.

En la séptima reunión (junio de 2006) se intercambiaron puntos de vista sobre áreas de preocupación y sobre la adopción de medidas necesarias, incluyendo cuestiones discutidas en reuniones previas; se deliberó acerca de la cooperación y la coordinación sobre las cuestiones de los océanos, en particular, las relacionadas con el enfoque ecosistémico y los océanos y se identificaron aquellas cuestiones que podrían ser objeto de tratamiento en el futuro trabajo de la AGNU sobre océanos y el derecho del mar. Hacia fines de 2006 la AGNU adoptó resoluciones que instan a la adopción de medidas por los Estados, por organizaciones internacionales y por el Secretario General, a quien encargó la elaboración de un informe sobre los océanos, otro sobre pesquerías y, eventualmente, otros informes sobre temas específicos. Asimismo, le solicitó que convoque a reuniones formales e informales (cabe notar que en esas reuniones se reciben contribuciones de variada procedencia). En julio de 2007 tuvo lugar la octava reunión de UNICPOLOS, que analizó la temática de los recursos genéticos en los espacios marinos más allá de las jurisdicciones nacionales y la protección de la diversidad biológica⁹.

Los informes que presenta el Secretario General a la AGNU son considerados en el ámbito de UNICPOLOS y por los Estados miembros, los cuales tienen la oportunidad de efectuar sus comentarios y observaciones. Estas instancias previas son esenciales, dado que de tal modo los Estados pueden resguardar sus intereses si deciden hacerlo. Ello, sin embargo, puede no ser suficiente si no han encarado con generosa anticipación y de manera sostenida negociaciones con otros Estados que poseen intereses similares y convergentes, a efectos de alcanzar posiciones comunes, imprescindibles para evitar que sus derechos se vean afectados negativa y sustantivamente por otros Estados que impulsan la adopción de textos legales que reflejen un consenso funcional a sus pretensiones hegemónicas. Así las cosas, los informes que presenta el Secretario General rara vez constituyen el producto de un consenso genuino y, en definitiva, no siempre reflejan equilibrio ni convergencia real entre las posiciones de los Estados miembros. Por ejemplo, tras la adopción por consenso en diciembre de 2006 de la Resolución de la AGNU sobre Pesquerías Sustentables (A/RES/61/105), la delegación argentina, con la finalidad de no avalar contenidos inconvenientes relacionados con el Acuerdo de Nueva York 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, debió dejar a salvo su posición a

través de la siguiente declaración: *“La Argentina se une al consenso para aprobar el proyecto de resolución de esta Asamblea General sobre pesquerías. No obstante, desea advertir que ninguna de las recomendaciones de dicha resolución puede ser interpretada en el sentido de considerar que las disposiciones contenidas en el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias adoptado en Nueva York en 1995, pueden ser consideradas como obligatorias para los Estados que no hayan manifestado expresamente su consentimiento en obligarse por ese tratado”*¹⁰.

3.2.2. En materias relativas al derecho del mar, las recomendaciones de la AGNU no son sólo el resultado de estos informes, sino también de informes provenientes de reuniones específicas, talleres o reuniones preparatorias y consultas, algunas formales y otras oficiosas. De tal manera, en el proceso de adopción de decisiones en las Naciones Unidas, las resoluciones de la AGNU acaban nutriéndose de elementos y conclusiones de origen diverso, incluso de elementos y de conclusiones provenientes de otros foros, en cuya elaboración la participación de los Estados a través de representantes especializados y adecuados constituye un aspecto esencial que no debería ser desatendido.

3.2.3. Previamente a la realización de la séptima reunión de UNICPOLOS, se celebró la XIII Reunión de Estados Partes en la Convención, que se ocupa especialmente de cuestiones vinculadas con la interpretación y la aplicación de la Convención, planteadas por los Estados Partes o por el Secretario General en su Informe Anual sobre Océanos. Dichas cuestiones son ajenas a UNICPOLOS. Cabe recordar que fue la Reunión de Estados Partes, la que llevó a cabo la extensión al año 2009 del plazo establecido en la Convención para que los Estados puedan realizar su presentación del borde exterior del margen continental a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las Naciones Unidas¹¹.

4. LA REGULACIÓN DE LA PESCA EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

4.1. De acuerdo con la CONVEMAR, el Estado ribereño posee en la zona económica exclusiva (ZEE) derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo marino, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación de la Zona. Asimismo, el Estado ribereño

¹⁰ V. <http://www.un.org/News/Press/docs/2006/ga10551.doc.htm>; v. también declaraciones de las delegaciones de Ecuador y de Colombia, entre otras.

¹¹ La prórroga del plazo mencionado en el artículo 4 del Anexo II de la Convención fue establecida teniendo en cuenta la fecha de adopción de las Directrices Científicas y Técnicas por la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las Naciones Unidas (13 de mayo de 1999) (SPLOS/72).

tiene jurisdicción para el establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, la investigación científica marina, la protección y preservación del medio marino y otros derechos y obligaciones previstos en dicho instrumento legal. La ZEE aparece definida como un área que se extiende más allá del mar territorial y adyacente a éste¹². Los artículos 56 y siguientes de la Parte V de la Convención se refieren a los derechos y a la jurisdicción del Estado ribereño y a los derechos de los otros Estados. El Estado ribereño tiene derechos de soberanía en su ZEE. Estos derechos consisten en el ejercicio de competencias funcionales de carácter económico, excluyentes de los demás Estados. Sin perjuicio de que en el ejercicio de dichas competencias el Estado ribereño debe tener en cuenta los derechos y obligaciones de otros Estados, la Convención, como se verá seguidamente, ha precisado los límites del involucramiento de terceros en la ZEE.

Del atributo de soberanía derivan las competencias que el derecho del mar reconoce al Estado ribereño en este espacio marítimo. En virtud de ello es que la exploración de los recursos de la ZEE, su conservación, explotación y utilización óptima conciernen al Estado ribereño¹³⁻¹⁴. En materia de solución de controversias, la Convención, concordantemente, descarta de manera explícita la posibilidad de que el Estado ribereño se vea sometido sin su consentimiento a procedimientos jurisdiccionales obligatorios en este contexto¹⁵. Los derechos del Estado ribereño en relación con el lecho del mar y su subsuelo se rigen por la Parte VI de la Convención¹⁶.

Mediante un proceso consistente en distintas etapas, la Convención¹⁷ faculta al Estado ribereño a determinar la captura máxima permisible de cada población (CMP), a adoptar medidas para evitar la sobreexplotación, a prevenir las consecuencias adversas que la pesca podría acarrear sobre las especies dependientes o asociadas, a determinar la propia capacidad de captura, a considerar el otorgamiento del acceso al caladero a terceros Estados para pescar el excedente, negociar acuerdos con esos Estados y a determinar las condiciones bajo las cuales tendrá lugar dicho acceso al caladero.

La determinación de la CMP constituye una instancia esencial, de cuya

¹² V. TRIGGS, *op .cit.*, pp. 289-294.

¹³ Debe advertirse, sin embargo, que los Estados ribereños que se han hecho parte en el Acuerdo de Nueva York 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, podrán ver seriamente afectados sus derechos de soberanía en sus respectivas ZEEs con motivo de la aplicación de disposiciones emanadas de una organización o acuerdo regional o subregional de ordenación pesquera establecido en conformidad con aquel instrumento. En el punto 5.1.1. *supra* se trata esta delicada cuestión.

¹⁴ V. BURKE W. T., *The New International Law of Fisheries. UNCLOS 1982 and Beyond*, Oxford, p. 39.

¹⁵ Convención, artículo 297.3.a).

¹⁶ *Ibid.*, artículos 55.3 y 56.

¹⁷ *Ibid.*, artículos 61 y 62.

realización dependen los procedimientos posteriores. La determinación de la CMP de cada población es una facultad discrecional del Estado ribereño¹⁸, el cual no está obligado a atenerse a criterios específicos. El Estado ribereño lo hace en relación con la especie objetivo o incidental que le interesa explotar y no necesariamente con respecto a todos los recursos vivos marinos de su ZEE. Debe asegurarse que los recursos de la ZEE no se vean amenazados por actividades de pesca depredatorias¹⁹⁻²⁰. Con la finalidad de establecer la CMP, el Estado ribereño podrá tener en cuenta diferentes opciones de manejo, por ejemplo, el rendimiento máximo sostenible, vale decir, el nivel máximo de explotación del recurso sin que la biomasa se vea afectada.

A efectos de evitar la sobreexplotación, el Estado ribereño, teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos disponibles, deberá adoptar medidas apropiadas de conservación y de administración²¹. Esta es la normativa más importante en términos de conservación de los recursos de la ZEE. Asimismo, esas medidas apuntarán a preservar o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles capaces de producir el máximo rendimiento sostenible (RMS) de acuerdo con los factores ambientales, económicos y sociales correspondientes²². Cuando el Estado ribereño dicta una medida de conservación en base a consideraciones medioambientales o socioeconómicas, podría optar por contenidos más estrictos que garanticen niveles de mayor abundancia del recurso que los que derivarían de la aplicación del criterio del RMS²³. Es obligación del Estado ribereño promover la utilización óptima de los recursos vivos de su ZEE²⁴, a cuyo efecto definirá discrecionalmente el contenido de este objetivo y los medios para su consecución. El Estado ribereño determinará su propia capacidad de captura de los recursos vivos de la ZEE, pudiendo reservarlos en su totalidad para sus nacionales o permitir el acceso al excedente por parte de terceros Estados²⁵.

4.2. El acceso al excedente en la ZEE

4.2.1. Para el caso de que el Estado ribereño decida dar acceso a otros Estados al excedente de la captura en su ZEE, la Convención prevé la celebración de acuerdos u otros arreglos en conformidad con las modalidades, condiciones, leyes y reglamentos establecidos en la legislación del Es-

¹⁸ Con la afirmación contenida en el art. 297.3.a) sobre el carácter discrecional de la competencia del Estado ribereño para determinar la CMP, la Convención ha establecido la relación existente al respecto entre el Estado ribereño y los terceros Estados.

¹⁹ Convención, artículo 61.2.

²⁰ *Ibid.*, artículo 61.4.

²¹ *Ibid.*, artículo 61.2.

²² *Ibid.*, artículo 61.3.

²³ V. BURKE, *op. cit.* p. 53.

²⁴ Convención, artículo 62.1.

²⁵ *Ibid.*, artículo 62.2.

tado ribereño. Asimismo, en este contexto y en consonancia con lo establecido en los artículos 69 y 70 de la Convención, deben ser tenidos en cuenta los derechos de los Estados sin litoral y los derechos de los Estados en situación geográfica desventajosa. Consiguientemente, el acceso de terceros al caladero en la ZEE depende de que existan excedentes y de que el Estado ribereño decida otorgarles a otros Estados, incluidos los Estados referidos en los citados artículos 69 y 70, ese acceso, mediante la conclusión de los correspondientes acuerdos. Vale decir que, una vez declarado el excedente, los terceros Estados adquieren sólo un derecho en expectativa al mismo. Las competencias del Estado ribereño en esta materia son, pues, discrecionales²⁶. En los términos del artículo 62.2 de la Convención, el Estado ribereño asume una obligación *in contrahendo*, quedando habilitados los Estados interesados en acceder al caladero a recurrir al procedimiento de conciliación previsto en el artículo 297.3.b) iii). Las recomendaciones que pudieran adoptarse en este marco carecen de efectos vinculantes. Ciertamente, la legislación del Estado ribereño debe guardar compatibilidad con la Convención, debiendo éste cumplir sus obligaciones de buena fe y no dar lugar a situaciones que configuren abuso de derecho^{27 - 28}. Sobre la base de la reciprocidad, es posible que por medio de acuerdos internacionales, dos o más Estados ribereños vecinos convengan permitir la pesca de poblaciones ictícolas compartidas por buques que enarbolan su pabellón en sus respectivas ZEEs²⁹. En el caso del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, suscrito en 1973 entre la Argentina y Uruguay, se prevé que la conservación o la administración del recurso esté en manos de dos organismos binacionales: la Comisión Administradora del Río de la Plata y la Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo. Esta última tiene competencias en relación con una Zona Común de Pesca, creada más allá de las doce millas marinas contadas desde las correspondientes líneas de base, fija la captura total permisible y debe asignar las cuotas a las Partes. Sobre este particular, el artículo 74, de interpretación controvertida, prescribe que los volúmenes de captura por especies se distribuirán en forma equitativa, proporcional a la riqueza ictícola que aporta cada una de las Partes, evaluada en base a criterios científicos y económicos y que el volumen de

²⁶ V. REMIRO BROTONS Antonio Y RIQUELME CORTADO Rosa, ORIHUELA CALATAYUD Esperanza, DIEZ-HOCHLEITNER Javier, PÉREZ-PRAT DURBÁN Luis, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia (2007), pp. 946-947.

²⁷ *Ibid.*, art. 300.

²⁸ En los términos del artículo 62.4 de la Convención, a efectos de adoptar leyes y reglamentos en relación con su ZEE, el Estado ribereño puede orientarse por criterios de carácter general que se enuncian en esa normativa.

²⁹ El artículo 63.1 de la Convención establece al respecto que “cuando en las zonas económicas exclusivas de dos o más Estados ribereños se encuentren la misma población o poblaciones de especies asociadas, estos Estados procurarán directamente o por conducto de las organizaciones subregionales o regionales apropiadas, acordar las medidas necesarias para coordinar y asegurar la conservación y el desarrollo de dichas poblaciones...”.

captura que una de las Partes autorice a pescar a buques de terceras banderas se imputará al cupo correspondiente a dicha Parte³⁰.

Una situación diferente es la que *de facto* existe en la ZEE argentina circundante a las islas Malvinas, con motivo de la ocupación ilegal de dichas islas por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. La Argentina y el Reino Unido concluyeron un entendimiento provisorio bajo fórmula de soberanía por medio de la Declaración Conjunta del 28 de noviembre de 1990, referida a la conservación entre los paralelos 45° y 60° S de las cinco especies más significativas de altura: calamar *illex*, *loligo*, merluza de cola, merluza austral y polaca. Las medidas que el Reino Unido ha adoptado unilateralmente en materia pesquera en relación con las aguas circundantes a las islas Malvinas ha afectado seriamente la razón de ser de dicho entendimiento provisorio³¹.

4.2.2. La Convención reconoce amplias competencias al Estado ribereño con respecto a las infracciones cometidas por buques pesqueros de otro pabellón en su ZEE. En materia de ejecución, la Convención establece solamente una prohibición específica al Estado ribereño, cual es la prohibición de aplicar penas privativas de la libertad o alguna otra forma de castigo corporal. En caso de apresamiento o de detención de un buque de tercera bandera, el Estado ribereño deberá notificar sin demora al Estado del pabellón las medidas adoptadas y las sanciones impuestas, procediendo a la pronta liberación del buque y su tripulación previa constitución de una fianza razonable u otra garantía³². Si el Estado del pabellón considera que el Estado ribereño ha infringido sus obligaciones en esta materia, la cuestión podrá ser sometida al tribunal aceptado en el marco del artículo 287 de la Convención por el Estado ribereño que llevó a cabo la detención o en su defecto, al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que entenderán exclusivamente del requerimiento de pronta liberación del buque y su tripulación³³.

³⁰ DEL CASTILLO Lilian, *El régimen jurídico del Río de la Plata y su Frente Marítimo*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires (2005), p. 441: "...La Comisión fijó el cupo para diversas especies, especialmente la merluza, equiparando equidad a igualdad, y lo mantuvo pese a los reiterados pedidos de la Argentina para su modificación. La fórmula equilibrada introducida en el Tratado no ha sido aplicada. ...El Tratado no determina de qué manera se realizarán las evaluaciones en base a criterios científicos y económicos, pero es una interpretación de buena fe de estas disposiciones considerar que será en base a las determinaciones de los institutos técnicos nacionales, que merecerán credibilidad y de los estudios conjuntos realizados en la zona común de pesca".

³¹ Conf. com. verb. MANSI Ariel R. (2007).

³² Conf. Convención, artículos 73, 287 y 292.

³³ V. KWIATKOWSKA Barbara, "Inauguration of the ITLOS Jurisprudence: The Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea M/V Saiga Cases en *Ocean Development & International Law* Volume 30 Number 1 (1999), pp- 43-77; v. OXMAN, B.H., "The M/V "Saiga", First Judgement by the International Tribunal for the Law of the Sea, applying new procedure for prompt release on bond of detained vessel and crew" en *American Journal of International Law* (1998), pp. 278 y ss; v. WEGGELEIN

5. EL CAMINO A LA HEGEMONIZACIÓN DEL ALTA MAR

El proceso de cambios sustantivos en la distribución de competencias estatales en el alta mar, se inicia con los desarrollos generados a partir de la regulación del área adyacente, si del aprovechamiento de los recursos vivos marinos se trata. Sin dudas, existen otros desarrollos, no menos interesantes, y algunos preocupantes, que se canalizan a través de procesos análogos que siguen una misma orientación, pero cuyo examen correspondería relegar a otra instancia.

En este contexto, tres temas estrechamente relacionados concitan particular atención al examinar la regulación de la pesca en alta mar: el Acuerdo de Nueva York 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, la cuestión de la denominada “Pesca ilegal, no declarada y no regulada” (Pesca INDNR) y las propuestas surgidas de la iniciativa *High Seas Task Force*.

5.1. El Acuerdo de Nueva York 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 (*Acuerdo de Nueva York*).

5.1.1. En nuestra opinión, el Acuerdo Nueva York³⁴ configura, en su letra y en su espíritu, un esquema que desnaturaliza la libertad de pesca en alta mar codificada en la Convención³⁵, al pretender prohibir el acceso al caladero a Estados no miembros de una OROP o no partes en un acuerdo regional o subregional de ordenación pesquera, tornando para ellos vinculantes las medidas adoptadas por la OROP o por el acuerdo regional o subregional de ordenación pesquera. Quiere hacerlo, imponiéndoles obligaciones no consentidas, recurriendo para ello a la aplicación, entre otras disposiciones, del artículo 8.3, su componente normativo medular.

Dicha norma establece: “*En los casos en que una organización o un arreglo subregional o regional de ordenación pesquera tenga competencia para establecer medidas de conservación y ordenación respecto de determinadas poblaciones de peces transzonales o poblaciones de peces altamente migratorios, los Estados que pescan esas poblaciones en alta mar y los Esta-*

Florian H., “The Rules of the Tribunal in the Light of Prompt Release of Vessels”, en *Ocean Development and International Law*, Volume 3 (1999), pp. 255 y ss.

³⁴ A/CONF 164/37. Este instrumento fue firmado por la República Argentina el 4 de diciembre de 1995 y aprobado por Ley 25.290 y no ha sido ratificado. V. *supra* punto 3.2.2, Declaración de la delegación argentina. Cabe notar que la circunstancia de que no ha sido ratificado fue puesta de relieve por la República Argentina en diferentes foros.

³⁵ V. Convención, artículos 87, 116 y ss.

dos ribereños correspondientes cumplirán su obligación de cooperar haciéndose miembros de la organización o participantes en el arreglo, o comprometiéndose a aplicar las medidas de conservación y ordenación establecidas por la organización o el arreglo. Los Estados que tengan un interés real en las pesquerías podrán hacerse miembros de dicha organización o participantes en ese arreglo...”. Más adelante, se verá cómo esta disposición y su *rationale* se articulan en las propuestas que apuntan a la apropiación de los recursos vivos del alta mar³⁶.

5.1.2. Por el momento, no estamos en condiciones de poder afirmar con seriedad que se ha desarrollado suficientemente una práctica generalizada con conciencia de obligatoriedad, que suponga atribuir tales competencias a las OROPs o a dichos acuerdos regionales o subregionales, como por el contrario, según se ha señalado anteriormente, sugiere *de lege ferenda* la producción doctrinaria de un grupo de autores vinculados a instituciones académicas, principalmente del Reino Unido, Países Bajos, Australia y Nueva Zelanda, que de manera sostenida procura instalar en gobiernos y estudiosos del derecho internacional la convicción de la vigencia de modificaciones sustantivas en el derecho del mar, que no gozan de aceptación universal.

La ilegalización lisa y llana de la pesca llevada a cabo por Estados no partes en el Acuerdo de Nueva York (pesca no regulada), la asimilación de la pesca INDNR a la piratería y a otras prácticas odiosas como el tráfico de estupefacientes y el lavado de dinero, y los intentos de extender la aplicación del Acuerdo de Nueva York a las denominadas especies “discretas”, vale decir, no sólo a las poblaciones de peces transzonales y a las altamente migratorias, son ejemplos que ilustran acerca del empeño puesto de manifiesto de manera sistemática por algunos Estados en obtener de la comunidad internacional la aquiescencia a sus objetivos políticos y económicos en el alta mar. Tales políticas apuntan a consagrar la hegemonía de dichos Estados a la hora de decidir acerca de la distribución de los recursos vivos marinos utilizando redes de OROPs, en las que, individualmente, o por medio de asociaciones y alianzas, estén en condiciones de ejercer el control de la pesca a escala mundial.

La pretensión de extender la aplicación del Acuerdo de Nueva York al alta mar en su totalidad es manifiestamente incorrecta, toda vez que dicho instrumento está referido a las poblaciones de peces que son definidos como transzonales o como altamente migratorios, a partir de la circunstancia de que parte de su hábitat se encuentra en las aguas jurisdiccionales de uno o de más Estados ribereños y también en el alta mar adyacente a dichas aguas. De allí que no puede calificarse como acertada la extensión que se procura hacer al resto de las poblaciones del alta mar. Desde luego, esto no excluye la posibilidad de que la modificación normativa que se persigue, sea intentada apelando a la instalación de prácticas estatales contrarias o a través de los

³⁶ V. punto 5.3.

organismos internacionales involucrados, con miras a favorecer la formación de una costumbre derogatoria de la norma convencional.

5.1.3. En lo que respecta al otro contexto, el relacionado con las consecuencias que se desprenden del accionar de las OROPs en cuanto tales, resulta conveniente recordar que, una vez esfumado el encanto generado en el año 1995 con motivo de la adopción del Acuerdo de Nueva York, se pusieron de manifiesto opiniones encontradas acerca de sus beneficios³⁷.

Entre sus más entusiastas defensores cabe mencionar al jurista chileno Francisco Orrego Vicuña, quien tras realizar un detenido análisis de parte de las negociaciones que condujeron a la adopción del Acuerdo y el examen, en particular, de los artículos 3 a 7, asume una posición favorable al mismo, buscando fundamento con insistencia en el carácter evolutivo del derecho internacional³⁸.

La crítica más aguda al Acuerdo se centra en los magros resultados positivos alcanzados por ciertos Estados ribereños, que en las etapas finales de la negociación aún querían confiar en la adopción de un texto más equilibrado. Apartándose de la intención original que animó a la convocatoria a la Conferencia, el resultado de la negociación exhibió un texto que en algunos aspectos altera sustantivamente el equilibrio de competencias reflejado en la Convención. Se optó, en cambio, por una virtual equiparación de los derechos del Estado ribereño y de los otros Estados en el alta mar. De la relación existente entre los artículos 3, 5, 6 y 7 se desprende que el Acuerdo resulta también aplicable a aguas jurisdiccionales del Estado ribereño, adoptando un enfoque funcional basado en la unidad biológica y en el ecosistema que sustituye el criterio espacial propio de la Convención. A partir del artículo 3, a las disposiciones a cumplir por el Estado ribereño en su ZEE, contenidas en la CONVEMAR, se sumarían ahora exigencias adicionales, como los principios generales del artículo 5, la obligación establecida en el artículo 7 de compatibilizar las medidas de conservación y ordenación y las disposiciones para países en desarrollo de la Parte VII. En otros términos, se intenta

³⁷ La FAO reconoció en su Informe "El Estado Mundial de la Pesca y la Acuicultura" (1996), que el Acuerdo no fue considerado totalmente satisfactorio.

³⁸ ORREGO VICUÑA F., "El régimen de la pesca en alta mar y los derechos e intereses del estado ribereño", en *Los cincuenta años de la tesis chilena de las doscientas millas marinas (1947-1997)* Hugo Llanos Mansilla Editor, Santiago, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1998, pp. 85-119. Sin embargo, el autor omite analizar las implicancias que se derivan del debilitamiento de la figura del Estado ribereño en los escenarios derivados de la aplicación del art. 8.3, el cual, en nuestra opinión, constituye una herramienta indispensable para poder evaluar adecuadamente las soluciones que el Acuerdo pretende ofrecer. Del mismo autor, v. "Le droit de la pêche en haute mer: Développement et conservation des ressources" en *Collection de Droit International: L'Europe et la Mer- Pêche, navigation et environnement marin, sous la direction de Rafael Casado Raigón*, Editions Bruylant- Editions de l'Université de Bruxelles (2005), pp. 469-478 y *The Changing International Law of High Seas Fisheries*, Cambridge University Press, Cambridge (1999), pp. 145 y ss.

espejar una suerte de “jurisdicción rampante” de efecto opuesto a las iniciativas de algunos Estados ribereños que en algún momento provocaron cierto escozor en los Estados con flotas pesqueras a distancia³⁹.

El concepto de “jurisdicción rampante” (*creeping jurisdiction*) ha sido acuñado en la literatura jurídica, principalmente, en países industrializados con flotas pesqueras a distancia, en reacción a la legislación nacional adoptada, en particular por Canadá (*custodial management*), Chile (*Tesis del Mar Presencial*) y la Argentina, tendiente a establecer, con cierto fundamento en el artículo 116 de la Convención, el ejercicio de competencias de control por el Estado ribereño en el área de alta mar adyacente a sus aguas jurisdiccionales con miras a evitar las actividades de pesca depredatoria por las flotas pesqueras a distancia. Los contenidos de la normativa adoptada en cada caso difieren significativamente.

Mediante la Ley 23.968 la República Argentina declaró la posibilidad de aplicar su normativa en materia de conservación de ciertas especies en el área adyacente a su ZEE. La Ley 24.922 (Régimen Federal de Pesca) contiene una disposición análoga respecto de las poblaciones de peces transzonales. Por su parte, la Ley 24.543, aprobatoria de la CONVEMAR, en su art. 2 c) establece: “... *Independientemente de ello, el gobierno argentino interpreta que, para cumplir con las obligaciones que establece la Convención sobre preservación de los recursos vivos en la zona económica exclusiva y en el área adyacente a ella, está facultado para adoptar, de conformidad con el derecho internacional, todas las medidas que considere necesarias a tal fin*”. El Decreto N° 748/99, reglamentario de la Ley 24.922, con-

³⁹ La Argentina reafirmó el interés que como Estado ribereño tiene en el área adyacente y manifestó que no abriga la intención de ejercer su jurisdicción sobre buques de otras banderas más allá de las 200 millas. Al respecto, cabe tener presente el párrafo 106 del Informe del 24° Período de Sesiones del Comité de Pesquerías de la FAO (COFI) (2001), que transcribe una declaración realizada por la delegación de nuestro país en estos términos: “*La Delegación argentina expresó su preocupación por la situación actual de sobreexplotación de los recursos pesqueros en el área adyacente a su Zona Económica Exclusiva. La Delegación argentina informó al Comité que unos 300 buques poteros estaban operando entre las 201 y las 215 millas náuticas de la costa de la Argentina. Teniendo en cuenta el gran número de embarcaciones y sus presuntas capturas, la Argentina estaba preocupada por que esa pesca tuviera efectos negativos y directos sobre los recursos de su ZEE. La Delegación argentina recordó el interés prioritario de su país, en su carácter de Estado ribereño, en la conservación de los recursos pesqueros en el área adyacente a su ZEE. Expresó que la Argentina no tenía la intención de ejercer jurisdicción fuera de su ZEE, pero pidió a todos los Estados con embarcaciones que pescaban en la zona que aplicaran las directrices del Código de Conducta para la Pesca Responsable relativas a esas operaciones. Además, la Argentina pidió a los países cuyas embarcaciones pesqueras pescaban en el área adyacente a su ZEE que cooperaran con los objetivos de conservación de Argentina y que mantuvieran un comportamiento compatible con esos objetivos. La Delegación argentina expresó su satisfacción por la aprobación del Plan de Acción internacional para la combatir la pesca ilegal, la pesca no declarada y la pesca no regulada (INDNR) e instó a todos los miembros a que tomaran medidas para ponerlo en práctica...*”.

tiene, igualmente que el texto anteriormente transcrito, la referencia a la “*conformidad con el derecho internacional*” de las medidas que pudiera adoptar en relación con el área adyacente⁴⁰.

El Acuerdo de Nueva York poco o nada concede a cambio al Estado ribereño. Son escasas las posibilidades de que un Estado ejerza jurisdicción en relación con un buque de otro pabellón para conocer de presuntas infracciones cometidas en el área adyacente. Aun en el caso de hacerlo, la continuidad de ese ejercicio está condicionada a la voluntad del Estado del pabellón, que en cualquier instancia se encuentra habilitado para tomar el control del procedimiento⁴¹.

En adición a ello, a pesar de que en el artículo 4 se declama que “*ninguna disposición en el presente Acuerdo se entenderá en perjuicio de los derechos, la jurisdicción y las obligaciones de los Estados con arreglo a la Convención. El presente Acuerdo se interpretará y se aplicará en el contexto de la Convención y de manera acorde con ella*”, se advierte sin dificultad de que se trata de una cláusula carente de aplicación concreta. Ello, por cuanto, más adelante, el propio Acuerdo se encarga de establecer normas a todas luces derogatorias de la CONVEMAR, derogatorias tanto de normas específicas como contrapuestas al espíritu mismo que anima a la Convención, cual es el antes referido equilibrio en la distribución de competencias entre diversas categorías de Estados.

⁴⁰ La Argentina reafirmó el interés que como Estado ribereño tiene en el área adyacente y manifestó que no abriga la intención de ejercer su jurisdicción sobre buques de otras banderas más allá de las 200 millas. Al respecto, cabe tener presente el párrafo 106 del Informe del 24° Período de Sesiones del Comité de Pesquerías de la FAO (COFI) (2001), que transcribe una declaración realizada por la delegación de nuestro país en estos términos: “*La Delegación argentina expresó su preocupación por la situación actual de sobreexplotación de los recursos pesqueros en el área adyacente a su Zona Económica Exclusiva. La Delegación argentina informó al Comité que unos 300 buques poteros estaban operando entre las 201 y las 215 millas náuticas de la costa de la Argentina. Teniendo en cuenta el gran número de embarcaciones y sus presuntas capturas, la Argentina estaba preocupada por que esa pesca tuviera efectos negativos y directos sobre los recursos de su ZEE. La Delegación argentina recordó el interés prioritario de su país, en su carácter de Estado ribereño, en la conservación de los recursos pesqueros en el área adyacente a su ZEE. Expresó que la Argentina no tenía la intención de ejercer jurisdicción fuera de su ZEE, pero pidió a todos los Estados con embarcaciones que pescaban en la zona que aplicaran las directrices del Código de Conducta para la Pesca Responsable relativas a esas operaciones. Además, la Argentina pidió a los países cuyas embarcaciones pesqueras pescaban en el área adyacente a su ZEE que cooperaran con los objetivos de conservación de Argentina y que mantuvieran un comportamiento compatible con esos objetivos. La Delegación argentina expresó su satisfacción por la aprobación del Plan de Acción internacional para la combatir la pesca ilegal, la pesca no declarada y la pesca no regulada (INDNR) e instó a todos los miembros a que tomaran medidas para ponerlo en práctica...*”.

⁴¹ Conf. Acuerdo de Nueva York, artículo 21.

5.2. La pesca ilegal, no declarada y no regulada (Pesca INDNR)

Se trata de categorías jurídicas, presentadas como integrando un componente único, que la FAO con imprecisión y escaso rigor científico define en su Plan de Acción Internacional sobre la Pesca INDNR, adoptado en 2001⁴².

5.2.1. En las últimas décadas, la cuestión de la pesca ilegal ha cobrado especial relevancia, por cuanto estas actividades afectan la conservación del medio marino, ya que por lo general doblan o triplican las capturas obtenidas legalmente, poniendo en serio riesgo de colapso a las principales pesquerías en el mundo.

El principal instrumento relativo a la conservación y a la explotación de los recursos vivos marinos es la Convención, que se refiere al tema principalmente en el artículo 117, que establece que todos los Estados tienen el deber de adoptar las medidas que, en relación con sus respectivos nacionales, puedan ser necesarias para la conservación de los recursos vivos del alta mar, o de cooperar con otros Estados en su adopción, y en el artículo 192, que prevé la obligación de los Estados de proteger y de preservar el medio marino. Luego, con la intención de esclarecer el alcance de sus disposiciones o de fortalecer las normas de la Convención, otros instrumentos adoptados en el seno de la FAO, como el Acuerdo sobre Cumplimiento, de 1993, y el Código de Conducta sobre la Pesca Responsable, de 1995, trataron algunos aspectos de la temática. En el Sistema de las Naciones Unidas, se ha dicho, la Asamblea General se ocupa del tema, haciéndolo también la FAO, y los propios Estados a través de la adopción de legislación en la materia. Por su parte, las OROPs han desarrollado distintos mecanismos para desalentar las actividades de pesca INDNR.

5.2.2. En términos generales, es posible afirmar que la pesca INDNR se ve facilitada esencialmente por tres factores: la utilización de banderas de conveniencia, la autorización a desembarcar y a efectuar transbordos de capturas sin haber verificado que no fueron realizadas en actividades de pesca INDNR, y la carencia de políticas y de normas de derecho interno, orientadas a disuadir de esas actividades.

El concepto de pesca INDNR aparece caracterizado como *soft law* a través de una formulación compuesta, abarcando situaciones diversas: la pesca ilegal, la pesca no declarada o no informada y la pesca no regulada o no reglamentada. Cada uno de estos componentes posee una tipificación legal específica, no obstante ello aparecen en la práctica estrechamente vinculados, lo cual no es inocuo. Tienen en común la particularidad de que cada una de estas situaciones, de diferente manera, aunque no siempre⁴³, pueden erosionar la eficacia de las medidas de conservación y/o de admi-

⁴² FAO: Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, Roma (2001), p. 27 (PAI INDNR).

⁴³ *Ibid.*, el PAI INDNR de la FAO precisa que no todos los casos de pesca no regulada constituyen pesca ilegal (II. 3.4).

nistración adoptadas por los Estados ribereños o por OROPs o arreglos regionales o subregionales.

5.2.3. En particular, en relación con la denominada pesca no regulada pueden suscitarse dificultades con respecto a terceros Estados con motivo de las medidas regulatorias de la pesca acordadas por otros Estados para áreas de alta mar. La obligación general de cooperar incluye expresamente la realización de esfuerzos recíprocos en las negociaciones de medidas de conservación de los recursos vivos del alta mar y, cuando correspondiera, de otras medidas relativas al establecimiento de organizaciones de pesca⁴⁴. Estas organizaciones pueden servir como medio para canalizar el intercambio de información científica, estadísticas sobre capturas y esfuerzo de pesca y otros datos útiles a los fines de la conservación⁴⁵ pero, al propio tiempo, la aplicación de tales medidas no deben tener como consecuencia la discriminación de ningún pescador. Fuera de los casos de abuso de derecho⁴⁶ o de la existencia de situaciones objetivas, por ejemplo el esquema constituido por el Tratado Antártico y el Protocolo sobre Protección del Medio Ambiente Antártico, no sería fácil hallar fundamento legal a medidas que han sido adoptadas sin consentimiento estatal. Tales situaciones configurarían infracciones del principio “*pacta tertiis*”⁴⁷⁻⁴⁸.

5.3. La iniciativa *High Seas Task Force* y sus propuestas orientadas a la apropiación de los recursos vivos del alta mar

Particular trascendencia posee en este contexto la iniciativa denominada *High Seas Task Force (HSTF)* desplegada entre 2003 y 2006. Concluyó sus trabajos con la publicación del documento titulado “Cerrando la red”⁴⁹, que contiene una propuesta de mecanismos para combatir la pesca ilegal y que a la vez encara, como objetivo final, la consolidación de posiciones hegemónicas en la distribución de los recursos vivos del alta mar, trátense de

⁴⁴ Convención, artículo 118 *in fine*.

⁴⁵ *Ibid.*, artículo 119.2.

⁴⁶ *Ibid.*, artículo 300.

⁴⁷ MANSI, Ariel R., “Las características y el funcionamiento del régimen de la conservación de los recursos vivos marinos antárticos. Nuevas orientaciones” en *A cien años de la presencia permanente e ininterrumpida de la Argentina en la Antártida*, Armando Daniel Abruza compilador y coordinador, Legislatura de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur / Asociación Argentina de Derecho Internacional (2006), pp. 185-186.

⁴⁸ V. HAWARD Marcus, “IUU FISHING: CONTEMPORARY PRACTICE”, en *Ocean Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston (2004), pp.104-105: Si bien su posición doctrinaria es cercana a autores como Oude Elferink y Molenaar, reconoce la crítica que han despertado algunas iniciativas contenidas en el PAI INDNR de la FAO, así como que la inclusión de controles por el Estado del puerto y la adopción de medidas comerciales darán lugar a nuevas disputas.

⁴⁹ Governments of Australia, Canada, Chile, Namibia, New Zealand and the United Kingdom, WWF, IUCN and the Earth Institute at Columbia University, “Closing the net. Stopping illegal fishing on the high seas. Final Report of the Ministerial Task Force on IUU fishing on the high seas”, Sadag SA, Bellegarde, France (2006).

poblaciones de peces transzonales, altamente migratorios o de poblaciones discretas del alta mar en general. Actualmente, en la doctrina de autores ideológicamente afines con dicha propuesta, se la suele encontrar mencionada en citas y textos. A veces, aparece mencionada de manera expresa en documentos de trabajo o informativos presentados en foros internacionales por ciertos Estados o por organizaciones internacionales no gubernamentales o bien, se la detecta reflejada en las recomendaciones que se formulan en dichos documentos⁵⁰.

Nacida como una iniciativa del Ministro de Medio Ambiente del Reino Unido, hecha pública a fines de 2003 en una conferencia sobre pesca en alta mar llevada a cabo en Queenstown, Nueva Zelandia, la *HSTF* se presentó a sí misma como un mecanismo multilateral de coordinación (“Grupo Ministerial de Trabajo sobre la Pesca INDNR”), destinado a combatir la pesca INDNR, buscando mérito en la necesidad de conservar los recursos en alta mar. Su objetivo, como ha sido señalado, se orientaba a poder contar en el año 2006 con un plan de acción “pragmático” que contuviera propuestas vinculantes para combatir la pesca INDNR en alta mar. En alguna medida, su composición fue heterogénea, dado que la integraron el Ministro de Medio Ambiente del Reino Unido y los Ministros de Pesca de Australia, Canadá, Chile, Nueva Zelandia y Namibia, así como ONGs y el sector privado, al que en las reuniones formales se acordaba el mismo trato dado a los Estados. La *HSTF* se sirvió de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ante cuyo Comité de Pesca realizó una presentación especial en abril de 2004. En sus grupos de trabajo podían también participar las subdivisiones territoriales de un Estado independiente.

En su propuesta presentada en 2006 la *HSTF* instala deliberadamente una definición única de pesca INDNR, convirtiendo en “ilegal” la pesca no declarada y la no regulada. En tal sentido, asimila a los efectos de la pesca ilegal los de la pesca no regulada, es decir, la llevada a cabo por buques de bandera de un Estado no miembro de una OROP o no parte en un acuerdo regional o subregional de ordenación pesquera, al atribuir responsabilidad a buques y particulares, por haber incurrido en actividades de pesca consideradas incompatibles con las medidas de conservación o de ordenación adoptadas por los mismos o endilgándoles el incumplimiento de obligaciones internacionales más generales⁵¹.

Al respecto, cabe tener presente que el concepto de “pesca no regulada” surgió como una necesidad concreta de caracterizar de algún modo la pesca que no es ilegal, ya sea porque no existe regulación o porque el Estado de bandera no es miembro de una OROP o parte en un acuerdo que regula la pesca en un área determinada. Dichos conceptos no son jurídicamente equivalentes. La pesca no regulada, en esencia, no es pesca ilegal. En algunos casos, podría ser caracterizada como ilegal únicamente la “pes-

⁵⁰ V. MANSI, *op. cit.*, nota 39, p. 208.

⁵¹ Conf. com. verb. Marschoff Enrique R. (2006).

ca no declarada o no informada”. Al pretender combatir la pesca no regulada llevada a cabo por buques de bandera de terceros Estados, o sea, de aquellos Estados que no acepten someterse, por ejemplo, al sistema de cuotas decidido por una OROP, los hace destinatarios de las mismas sanciones aplicables a delitos graves.

Por otra parte, sorprende que se prevea que los miembros de la *HSTF* se encuentren facultados para adoptar medidas en alta mar, sin que deban aguardar a que se concluyan futuros acuerdos multilaterales, vale decir, que se los habilitaría a realizar un ejercicio jurisdiccional en alta mar sin fundamento legal alguno.

Esta iniciativa y las propuestas que de ella derivan alteran profundamente la letra y el espíritu de la Convención, en favor de un grupo minoritario de Estados industrializados, presentes en todas las OROPs o en la mayoría de ellas y que a través de instrumentos de “cooperación” o de “coordinación”, concluidos entre esas organizaciones, se benefician con la creación de un entramado normativo que, como herramienta política, será utilizado para que sean unos pocos quienes autoricen el ingreso al caladero y a distribuirse los recursos. No interesan los objetivos de conservación, que quedan relegados a un segundo plano.

En el mencionado documento se admite la existencia de un problema de sobreexplotación originado en capturas que no son INDNR. El documento, sin embargo, no establece la relación que existe entre la magnitud de la pesca ilegal y la de la pesca legal y presenta el impacto ecológico de la sobrepesca vinculándolo con la pesca INDNR. De tal modo, se hace responsable a la pesca INDNR de los errores incurridos en el proceso de adopción de decisiones que han llevado a la actual situación de sobrepesca generalizada⁵². Como se ha dicho anteriormente, propone una definición de la pesca INDNR que reconoce la existencia de distintas categorías unificadas en esta denominación. No obstante, continúa utilizando textos que tienden a presentar a todas las situaciones como ilegales, incorporando valoraciones subjetivas⁵³. Establece con mayor firmeza que la *HSTF* considera INDNR las capturas realizadas por buques de bandera de Estados no miembros de una OROP. Cuando éstos informan sus capturas, con lo que dejarían de ser barcos INDNR, la *HSTF* propone presionar políticamente a fin de que los mismos se abstengan de continuar su actividad pesquera. Consiguientemente, las OROPs protagonizarían un papel aún más decisivo en la exclu-

⁵² V. Governments of Australia, Canada, Chile, Namibia, New Zealand and the United Kingdom, WWF, IUCN and the Earth Institute at Columbia University, *op. cit.*, p. 19.

⁵³ *Ibid.*, tales como: «deliberadamente irresponsable» (p. 13), «las naves legales de pesca son las que asumen la carga de la pesca ilegal» (p.19), «la confidencialidad comercial o la responsabilidad del Estado del pabellón son ligeramente citadas como impedimentos» (p. 28), «piratas del bacalao de profundidad» (p. 22), etc. Equipara, dentro de la pesca no regulada, los buques del pabellón de Estados no miembros de una OROP a los buques sin nacionalidad.

sión de terceros Estados de la pesca en alta mar. Al analizar los mecanismos para llevar a cabo su accionar, encomia la acción multilateral si bien la considera lenta, a la vez que instala como imperativo la generación de liderazgo político: el papel central de la *HSTF* sería asumir ese liderazgo, para concluir que el escenario deseable para la *HSTF* estaría configurado por una red de organizaciones regionales⁵⁴. Como se ha dicho, la propuesta no descarta la acción unilateral e incluso insinúa que los pequeños países no pueden actuar unilateralmente⁵⁵.

La *HSTF* querría vincular la actividad INDNR, no sólo en el mar sino también en todo el proceso económico, incluyendo actividades que se desarrollen bajo la jurisdicción de los Estados para, por ejemplo, negarles el acceso a mercados y puertos, imponer sanciones económicas, etc. La *HSTF* manifiesta un fuerte apoyo al Acuerdo de Nueva York, al que llama *UN Fish Stock Agreement*, con la intención de incluir todas las especies del alta mar, extendiendo así su área de aplicación geográfica. Al referirse al caso del *Grand Prince*, la *HSTF* no descarta la posibilidad de arrestar en alta mar un buque que enarbole una “bandera de conveniencia”. En este caso, sostiene, sería el buque el que debería probar la existencia de un «vínculo genuino» con el Estado cuyo pabellón enarbola o ese Estado demostrar que da cumplimiento a sus obligaciones respecto de la conservación de los recursos vivos del alta mar⁵⁶.

La pretensión de extender los ámbitos material, espacial y personal de instrumentos internacionales en vigor, prescindiendo del consentimiento de los Estados, constituye uno de los aspectos más osados de esta iniciativa, orientada a socavar el equilibrio de competencias estatales recogido en la Convención.

La *HSTF* enfatiza su vocación por promover la celebración de acuerdos multilaterales. Sin embargo, en vista de la falta de voluntad internacional para mejorar la situación, ha elaborado sus propuestas teniendo en cuenta solamente aquellas OROPs cuyos miembros las apoyen y cuya instrumentación pueda ser llevada a cabo sin necesidad de esperar una aceptación amplia por parte de la comunidad internacional. Reconoce que muchas OROPs presentan graves falencias en cuanto a los criterios de conservación y funcionamiento que aplican, atento lo cual, se propone evaluar su desempeño así como el de los Estados del pabellón.

Asimismo, realiza varias propuestas para que sean ejecutadas por sus miembros: reforzar la red internacional de vigilancia, control y monitoreo; financiar el crecimiento de esta red proveyendo los recursos necesarios para mantener un sitio seguro en la Internet que actúe como un centro de intercambio de datos e información de inteligencia sobre las actividades INDNR; monitorear el movimiento de productos de la pesca; predecir concentraciones de buques; mantener bases de datos actualizadas sobre procesos, san-

⁵⁴ *Ibid.*, p. 29.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 52; ITLOS Reports 2001, 17.

ciones, legislación interna, capitanes de buques, listas de tripulantes, propietarios de buques, datos sobre compañías, informes de prensa, etc.; compilar y analizar datos no pesqueros relevantes; organizar regularmente reuniones técnicas con miras a desarrollar estándares internacionales, protocolos y prácticas adecuadas; proveer entrenamiento y apoyo técnico, especialmente a países en vías de desarrollo; establecer un sistema global de información sobre buques que operan en alta mar, que contenga datos sobre dichos buques, sus características, propietarios actuales y anteriores y sus modalidades operativas. La *HSTF* espera que si esta base de datos es aceptada globalmente, se transforme en un requisito para la pesca en alta mar o en un justificativo para la adopción de medidas unilaterales contra buques sospechados de pesca INDNR.

Otras propuestas están encaminadas a promover una mejor *gobernanza* del alta mar por medio del desarrollo de un modelo para una mejor *gobernanza* por las OROPs; del estímulo a las OROPs para desempeñarse más eficientemente a través de una mejor coordinación y uso de medidas relacionadas con el comercio y los puertos; y el apoyo de iniciativas para colocar todas las pesquerías no reguladas del alta mar bajo una *gobernanza* efectiva.

Agrega el documento que son las OROPs la herramienta a través de la cual debe implementarse el Acuerdo de Nueva York, que sería la base de esta *gobernanza*. Se propone que los miembros de las OROPs actúen concertadamente dentro de las mismas a efectos de lograr que mejoren su coordinación. Las áreas en las cuales la *HSTF* espera que se alcancen resultados inmediatos de la coordinación y cooperación entre las OROPs serían: los registros de buques, los documentos de captura y el análisis de flujos financieros y de comercio.

Al mismo tiempo, se propone que la afiliación en las OROPs esté reservada a Estados que posean un interés real en la pesquería, lo que debería entenderse en el sentido de que solamente los Estados pesqueros o ribereños podrían ser miembros plenos de las mismas. Entre las actividades que perjudican el desempeño de las OROPs se señalan no sólo aquellas que afectan la conservación sino también sus medidas administrativas. Vale decir, que, en los hechos, si un Estado no se subordina al sistema de distribución de cuotas de captura por país que establezca la OROP, sus actividades serán perseguidas aún cuando el Estado en cuestión hubiera respetado las necesidades de conservación de los recursos. En adición a ello, se prevé que el desempeño de una OROP será medido por su capacidad para hacer cumplir la distribución de cuotas de pesca que realice.

La *HSTF* propone lineamientos y criterios para evaluar el desempeño del Estado del pabellón con respecto a sus buques que operan en alta mar y espera que estos lineamientos y criterios sean utilizados por los propios Estados y también por los Estados del puerto, los cuales podrían inspeccionar buques de banderas que hayan sido calificadas como de pobre desempeño.

Las propuestas promueven un mayor uso de medidas comerciales y en puerto mediante la promoción del concepto de Estado del puerto responsa-

ble, indicando que el Esquema Modelo de Estado del Puerto de la FAO constituye un estándar mínimo para los controles regionales del Estado del puerto, así como para revisar y reforzar la legislación interna en lo que atañe al control de la importación de productos INDNR.

Se promueve también un mejor uso de las soluciones tecnológicas. En tal sentido, se pretende acordar internacionalmente medidas procesales a efectos de la puesta en práctica y la operación de los sistemas de monitoreo satelital para establecer, finalmente, una autoridad internacional u organización intergubernamental para dirigir el desarrollo de equipos, la formalización de los requerimientos de los mismos y la distribución de los datos obtenidos.

Teniendo en cuenta la dificultad para generar instrumentos internacionales formales, cabe suponer que seguramente será la práctica la que determine el papel final que tendrá la *HSTF*. Sus competencias se ampliarán paulatinamente para llegar, como lo propone el documento, a tener un rol regulador del funcionamiento de las OROPs sin que medie un acuerdo formal que fije sus límites y procedimientos. En este esquema de funcionamiento serán los miembros más activos, los que participen en el mayor número de OROPs, los miembros líderes, en definitiva, quienes obtendrán las mayores ventajas para su política e intereses comerciales.

El objetivo final del esquema así ideado, tal como lo prevén sus impulsores, será el establecimiento de un sistema internacional de control de océanos y mares conducido por un grupo reducido de países que operarán sin reglas de procedimiento claramente establecidas. «...*el hecho de que sólo los países más desarrollados están en condiciones de participar en la creciente lista de organismos internacionales perpetúa la ventaja de los países desarrollados, especialmente aquéllos que son miembros de todas las OROPs, sobre los países en desarrollo, muchos de los cuales no son capaces de participar siquiera en una OROP*»⁵⁷.

La *HSTF* esgrime que el derecho internacional admitiría que unos pocos Estados logren esta regulación utilizando instrumentos ya existentes, incluso contra la voluntad de otros. Independientemente de las motivaciones que impulsan a los integrantes de la *HSTF*, el resultado final de la propuesta será, como se ha adelantado, el surgimiento de una red de OROPs coordinadas más o menos laxamente entre sí. El accionar de un grupo concertado en un sistema de este tipo otorga al grupo grandes ventajas que se traducirán en mayores asignaciones de cuotas pesqueras, la participación prioritaria en todos los desarrollos tecnológicos y, finalmente, el control efectivo de los espacios marítimos. A este esquema también quedarían sujetos la biodiversidad y los recursos genéticos⁵⁸.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁸ La ideología en que están acuñadas las propuestas de la *HSTF* y su estrategia invitan a reflexionar acerca de su articulación con la doctrina que actualmente procura instalarse en torno al proceso de elaboración de la costumbre. En ese contexto, es ilustrativo el siguiente párrafo de Byers, *op. cit.*, p. 212: “...*the*

No pueden pasar desapercibidos los objetivos eminentemente economicistas de la propuesta de la *HSTF*. En el documento en cuestión la conservación es vista como una necesidad económica y no como un valor en sí mismo. Este enfoque se ve reflejado en la ausencia de referencias a instrumentos relacionados con la seguridad alimentaria. En el esquema propuesto solamente tienen cabida los países pesqueros, pasando por alto que la conservación de los ecosistemas marinos debe ser una preocupación de toda la comunidad internacional. Además, tampoco tiene en cuenta que, en general, la apropiación del recurso o de los mecanismos de control por parte de uno o más Estados no asegura el logro de los objetivos de conservación, ya que quien controla un recurso utiliza ese control indefectiblemente para maximizar sus propios beneficios en detrimento de quienes no lo ejercen.

Los organismos de control y administración de los recursos se transforman en escenario de negociaciones políticas y comerciales con objetivos ajenos a la conservación del recurso, situación que se verá agravada cuando se trata de una red de organismos de control en la que el intercambio de apoyos será práctica habitual. En nuestra opinión, está claro que la magnitud del problema de la pesca INDNR no justifica las consecuencias que tendría el desarrollo de un sistema basado en la exclusión y en la distribución de beneficios entre unos pocos países.

El documento producido por la *HSTF* es ilustrativo acerca de las riesgosas consecuencias que derivarían a partir de la instrumentación de la normativa que se acuñe en el Acuerdo de Nueva York. En concreto, lo que se está proponiendo en el documento es el control de la actividad pesquera a través de miembros líderes. Se reconoce a la OROP como la institución que será el vehículo primario para el ordenamiento y la óptima utilización de recursos. Es decir que a través de la OROP y del control que ejercerá sobre la actividad, el objetivo a lograr es que los miembros líderes participen en la mayor medida posible de la administración de los recursos, tanto aquéllos no regulados en la actualidad como los que están sujetos a actividades de pesca INDNR.

En esencia, lo propuesto es contrario a la conservación porque lo que se busca es regular en beneficio exclusivo de los miembros de una OROP los recursos del alta mar, con la pretendida justificación de que, en exclusividad, se los administrará adecuadamente. Se parte del presupuesto de que el bien común estará mejor protegido si tiene un dueño: una OROP, que en

requirement of opinio iuris meant that only some instances of State practice counted for the purpose of the customary process, since a State had to believe that its behavior was already required by customary international law. This test controlled the abuse of power, and promoted stability and determinacy by excluding a great deal of State practice which might otherwise have contributed to the development, maintenance and change of customary rules. It thus fulfilled what would appear to be an essential function within any developed society, that of socializing the behavior of society's members by imposing the framework of a legal system upon them, of enabling them to think rationally about the future and not to focus on short-term calculations of interest and risk".

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 incluyen la conservación⁵⁹.

5.4. El caso particular de la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA)

La excepción a la situación referida precedentemente está dada por la CCRVMA, que no asigna cuotas, a diferencia de las OROPs existentes, que, como se ha señalado, persiguen la maximización de los beneficios de sus miembros excluyendo a los no miembros, a no ser que fuera inevitable darles participación, como en el caso de países que pescan una población determinada o si la misma migra a través de sus ZEEs.

En razón de sus objetivos, integración y funciones, la CCRVMA difiere de lo que el Acuerdo de Nueva York considera una OROP. La membresía en las OROPs está limitada a Estados con interés real en la pesca (citado artículo 8.3), mientras que la CCRVMA admite Estados no pesqueros. El Acuerdo de Nueva York define las poblaciones objeto de los acuerdos desde un punto de vista pesquero (artículo 9.1.a), mientras que la CCRVMA se propone como objetivo el ecosistema en su conjunto. El Acuerdo de Nueva York se propone la supervivencia a largo plazo de las poblaciones explotadas (artículo 10.a), en tanto que la CCRVMA procura evitar la introducción de cambios irreversibles en el ecosistema. El Acuerdo de Nueva York indica que una de las funciones de las OROPs consiste en lograr acuerdos sobre los derechos de participación en las pesquerías y proveer medios para contemplar los intereses pesqueros de nuevos miembros (artículo 10.b, 10.i), mientras que por el contrario, ya en la Resolución IX-II de la Reunión Consultiva del Tratado Antártico (1977), que dio origen a las negociaciones que finalizaron con la adopción de la CCRVMA en 1980, se excluye la distribución de cuotas de pesca. Sin perjuicio de ello, cabe tener presente que la CCRVMA posee las competencias requeridas para ser considerada una OROP en el contexto del Sistema de las Naciones Unidas, a efectos de que en modo alguno pudiera considerarse a los océanos australes como áreas vacantes para las cuales el Acuerdo de Nueva York pudiera propiciar la formación de una OROP⁶⁰.

5.5. El fortalecimiento de las competencias del Estado del puerto

La CONVEMAR no contiene una definición de Estado del puerto (o Estado rector del puerto) sino que asigna ciertas competencias de ejecución al Estado a cuyo puerto ha accedido voluntariamente un buque del pabellón de otro Estado, en materia de la preservación del medio marino, inclusive, en lo que hace a la prevención de la contaminación en aquellos casos en que

⁵⁹ Conf. com. verb. Marschoff Enrique R. (2007).

⁶⁰ Conf. com. verb. Mansi Ariel R. (2007) e Informe de la XXV Reunión de la CCRVMA (2006), párrafo 16.27.

una situación hubiera tenido o pudiera tener lugar fuera de sus aguas jurisdiccionales⁶¹.

El tratamiento doctrinario del Estado del puerto involucra cuestiones diversas, tales como su naturaleza: si se trata del ejercicio de controles o, si de manera más amplia, dicho ejercicio posee carácter jurisdiccional; la regulación del acceso a los puertos, sus requisitos y las bases de la jurisdicción: territorial o extraterritorial. Desde luego, y sin perjuicio de las competencias soberanas que cada Estado tiene para regular el acceso de buques de otras banderas a sus puertos y ejercer jurisdicción con respecto a actos llevados a cabo en sus aguas jurisdiccionales, debe precisarse que las competencias del Estado del puerto son de naturaleza convencional.

La jurisdicción extraterritorial del Estado del puerto está referida a conductas que han tenido o tendrán lugar en las aguas jurisdiccionales de otro Estado o en alta mar. En estos casos, y tratándose de actividades de pesca o de actividades con ellas relacionadas, se ingresa en uno de los temas actualmente más controvertidos del derecho del mar: el ejercicio jurisdiccional en relación con buques de otras banderas a través de la imposición de medidas tales como la denegatoria del acceso a puerto, excepto en el caso de fuerza mayor, o de los servicios portuarios, la imposición de penas pecuniarias, la prohibición de desembarcos de pescado, su trasbordo o procesamiento, entre otras medidas, particularmente, cuando las conductas incriminadas han tenido lugar en alta mar o en la Antártida.

Los Estados gozan de discrecionalidad en sus puertos, lo que supone el derecho a imponer restricciones a su uso en el caso de verificarse la realización de actividades pesqueras incompatibles con medidas de conservación o de administración vigentes, nacionales o que hubieran sido adoptadas por organismos internacionales de los que el Estado del puerto es miembro.

En relación con las actividades pesqueras, no existe un instrumento obligatorio de alcance universal que prevea el establecimiento de derechos y obligaciones del Estado del puerto. Ciertamente, existen regímenes regionales que crean normas obligatorias para los Estados partes en los mismos, que pueden afectar las actividades de pesca llevadas a cabo por terceros Estados. En tal sentido, se han adoptado diversas medidas a cargo del Estado del puerto que disuaden a terceros Estados de la realización de actividades de pesca ilegal, no declarada y no regulada. Estas medidas incluyen la prohibición del acceso a puerto, el examen de la documentación relativa a la captura existente a bordo, la confiscación de la captura, la prohibición del reabastecimiento, del reaprovisionamiento y de la realización de reparaciones, etc., si bien tales medidas deben guardar conformidad con el derecho internacional⁶².

⁶¹ Convención, arts. 218 y ss.

⁶² Como ejemplo, v. Medidas de Conservación de la CCRVMA 10-03 (2005): "Inspecciones portuarias de barcos con cargamento de austromerluza"; 10-07 (2006): "Sistema para promover el cumplimiento de las medidas de conservación de la CCRVMA por barcos de Partes no contratantes".

Esto último no es un aspecto menor dado que las competencias del Estado del puerto pueden estar restringidas por normas del derecho internacional del comercio, especialmente, en atención a la libertad de tránsito y a la prohibición de la aplicación de restricciones cuantitativas previstas en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (AGAAC/ GATT) de 1994⁶³. Al respecto, insistimos en que cuando se trata de la aplicación de medidas y procedimientos admonitorios, encaminados a lograr la consecución de un objetivo valioso, cual es, por ejemplo, evitar la depredación de las poblaciones, procurando que terceros Estados adecuen sus conductas a dicho objetivo, dichas medidas y procedimientos deben al mismo tiempo ser compatibles con el derecho internacional y, desde luego, no deben constituir infracciones del principio *pacta tertiis*.

5.6. La creación de áreas marinas protegidas

De diversas maneras se ha tratado de definir las áreas marinas protegidas (AMP). La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) las define como áreas situadas entre mareas o debajo de mareas junto con las aguas suprayacentes y la flora, fauna y elementos históricos y culturales, que han sido reservadas en virtud de una disposición legal o de otros medios eficaces para proteger parte o la totalidad del medio ambiente referido. Las agrupa en seis categorías principales, que van de áreas de protección estricta a regímenes designados para la utilización sustentable de recursos: reservas estrictamente naturales, áreas naturales, parques naturales, monumentos naturales, áreas de manejo de especies o hábitat, paisajes protegidos y áreas protegidas de manejo de recursos⁶⁴.

El concepto de área marina protegida empleado en la administración de pesquerías es más amplio que el empleado en el ámbito de la protección o de la preservación. Las AMPs pueden estar situadas no sólo en regiones geográficas en las cuales no se permite la pesca sino que también se las puede definir regulando variables, como los equipos de pesca autorizados a operar, épocas del año, ciclo de vida del recurso explotado, impacto económico y social de las regulaciones, entre otras. Por ello, las AMPs pueden extenderse de áreas en las cuales la pesca está absolutamente prohibida a otras en las que se ha establecido un uso deseable de los recursos.

⁶³ MOLENAAR Eric Jaap, "Port State Jurisdiction: Towards Mandatory and Comprehensive Use" en *The Law of the Sea Progress and Prospects*, David Freestone, Richard Barnes y David Ong, Oxford University Press Inc., New York (2006). *De lege ferenda*, el autor aboga en favor de la introducción de modificaciones sustantivas en el derecho del mar vigente, al parecer, forzando la incorporación de nuevos elementos a partir de la existencia de prácticas estatales no acompañadas de la *opinio iuris*. En tal contexto, con el pretexto de fortalecer las competencias extraterritoriales del Estado del puerto, sugiere como nuevos criterios jurisdiccionales a instalar, la "jurisdicción del Estado de zarpada o de arribo" o el "Estado del puerto responsable".

⁶⁴ V. HOYT Erich, "Marine Protected Areas for Whales, Dolphins and Porpoises", arthscan, London, Sterling, VA (2005), pp. 18-21.

En la administración de pesquerías las AMPs pueden ser utilizadas para proteger un hábitat crítico en el que la actividad pesquera podría dañar las estructuras físicas que sustentan tanto a las especies objetivo como a otros componentes del ecosistema. En general, el resultado de la protección de un hábitat es un incremento en la complejidad de los ecosistemas con respecto a la situación que se da cuando los fondos marinos son explotados sin otras restricciones que las establecidas a través del control de los volúmenes de captura.

Es frecuente que las AMPs sean establecidas con objetivos distintos a los de la administración pesquera⁶⁵. No obstante, se considera que podrían producir beneficios para la pesquería al permitir que una proporción del recurso conserve su diversidad genética que suele ser afectada por la selección que produce la extracción. Se las puede ver también como un reaseguro frente a posibles colapsos de reclutamiento. Este tipo de beneficios deben demostrarse caso por caso ya que dependen de muchos factores (migraciones, dispersión de estadios larvales, protección del sustrato, etc.)⁶⁶.

Las AMPs aparecen naturalmente en el proceso de administración pesquera en el contexto de recursos o de pesquerías específicas⁶⁷. No es raro que en un mismo ecosistema se encuentre una gran variedad de AMPs por lo que, dentro del enfoque de administración del ecosistema, se propone coordinar la designación de áreas para proteger no sólo a las especies objeto de captura sino también a aquellas que son afectadas por capturas incidentales o a través de la destrucción del hábitat. Este tipo de enfoque requiere un conocimiento más profundo de la estructura y funcionamiento de los ecosistemas en cuestión y una evaluación de los posibles beneficios.

Debe tenerse también en cuenta que la creación de una AMP no debería resultar en una concentración del esfuerzo pesquero en otras regiones, a menos que lo que se busque sea una alternancia entre períodos de explotación y de recuperación como estrategia de explotación. Este tipo de alternancia sólo podría tener efecto en la administración de la explotación de especies con bajos coeficientes de dispersión en los estadios capturados y conlleva el riesgo de producir modificaciones irreversibles en los ecosistemas bajo explotación.

Es decir que, como método de administración, las AMPs no son suficientes ni aplicables a todas las especies y necesariamente deben coexistir con otros mecanismos de administración. Para el establecimiento de una

⁶⁵ V. SPADI Fabio, "Navigation in Marine Protected Areas: National and International Law", en *Ocean Development & International Law*, Volume 31, Number 3 (2000), p. 285. El autor, al hacer referencia a la evolución de los objetivos de las AMPs, destaca que en el pasado las AMPs estaban consagradas principalmente a la restricción de las actividades pesqueras.

⁶⁶ Conf. com. verb. Marschoff Enrique R. (2007).

⁶⁷ V. FRIEDHEIM Robert L., "An Agenda for the New Century", en *Order for the Oceans and the Turn of the Century*, edited by Davor Vidas and Willy Ostreng, Kluwer International Law, The Hague/London/Boston (1999), pp. 551 y ss.

AMP en el marco de la administración de una pesquería, se hace necesario contar con un acabado conocimiento de la situación tanto biológica como económica y social, ya que se trata de una herramienta que debe diseñarse para cada situación particular.

En este sentido, cabe señalar que antes de adoptarse una decisión relativa a la creación de áreas marinas protegidas, deberían determinarse los riesgos que se pueden correr en ciertas áreas, así como los esquemas de administración aplicables. En algunas áreas geográficas, los ecosistemas marinos, así como los terrestres, se encuentran ya protegidos, como es el caso de las regiones antárticas y subantárticas, en cuyo caso debería determinarse con precisión la protección adicional que se querría brindar⁶⁸.

En cambio, el establecimiento de tal sistema con anterioridad a la creación consensuada de los mecanismos administrativos necesarios, podría tener como consecuencia política el efecto no deseado de que la existencia de estas AMPs acabe legitimando acciones de hecho. Por ejemplo, no podría descartarse la intención de países integrantes de la *HSTF* de actuar unilateralmente contra la pesca no regulada, utilizando como pretexto para ello la existencia de una AMP⁶⁹.

5.7. Reflexiones en torno a los recursos genéticos de los fondos marinos y oceánicos más allá de las jurisdicciones nacionales

5.7.1. Los espacios situados fuera de la jurisdicción nacional incluyen el alta mar y la Zona, definida ésta como los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional. En la Parte XI de la Convención y en el Acuerdo sobre la aplicación de la Parte XI de la Convención, aprobado en 1994, se establece el régimen jurídico de la Zona. La Zona y sus recursos, los cuales, a los efectos de la Parte XI, son definidos como todos los recursos minerales sólidos, líquidos o gaseosos *in situ* en la Zona, que se encuentran en los fondos marinos o en su subsuelo, incluidos los nódulos polimetálicos, constituyen patrimonio común de la humanidad⁷⁰. Las actividades en la Zona, que comprenden todas las actividades de exploración y explotación de los recursos de la misma⁷¹ se realizarán en beneficio de toda la humanidad. La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, por medio de la cual los Estados organizan y controlan las actividades en la Zona, establecerá la distribución equitativa de los beneficios financieros y económicos derivados de dichas actividades⁷². Asimismo, la Autoridad establecerá las normas, reglamentos y procedimientos apropiados para, entre otras cosas, proteger y conservar los recursos naturales

⁶⁸ V. Informe de la XXV CCRVMA (2006), párr. 6.4.

⁶⁹ Conf. com. verb. Marschoff Enrique R. (2007).

⁷⁰ Convención, artículo 136.

⁷¹ *Ibid.*, artículo 1, párr. 1.3.

⁷² *Ibid.*, artículo 140.

de la Zona⁷³. Ningún Estado podrá reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de la Zona o sus recursos, y ningún Estado o persona natural o jurídica podrá apropiarse de parte alguna de la Zona o sus recursos⁷⁴.

5.7.2. En la AGNU se han expuesto criterios disímiles acerca del régimen jurídico aplicable a los recursos genéticos que se encuentran en la Zona⁷⁵. En cuanto al Convenio sobre la Diversidad Biológica, sus disposiciones sólo resultan aplicables a los procesos y actividades realizados bajo la jurisdicción o el control de los Estados, vale decir, que dicho instrumento no es aplicable a los recursos genéticos situados fuera de la jurisdicción nacional, lo que no obsta a que, cuando se trata de la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, las Partes cooperen directamente o a través de las organizaciones internacionales competentes en lo que respecta a los espacios no sujetos a jurisdicción nacional⁷⁶⁻⁷⁷.

Por nuestra parte, entendemos que es necesario interpretar cuál fue la voluntad de las Partes al respecto, en oportunidad de las deliberaciones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Los trabajos preparatorios pueden contribuir a ello. En tal sentido, cabe suponer que la circunstancia de que los negociadores no hubieran estado al corriente de la existencia de los organismos biológicos, permite comprender la razón por la cual la definición de recursos de la Zona se encuentra limitada a los recursos minerales. Por lo tanto, sería incoherente concluir, sin más, que los negociadores pretendieron excluir a los organismos biológicos de la regulación. En adición a ello, no debería olvidarse que el propósito de la Convención fue resolver todos los temas relativos al mar y que la propia Resolución 2749 (XXV) de la AGNU, mediante la cual se adoptó la declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos situados más allá de la jurisdicción nacional, no contenía una definición de los recursos. Por otra parte, estando el enfoque zonal expresamente claro en la Parte XI de la Convención, todo ello permitiría concluir que no sería razonable que algunos de los recursos de la Zona no sean considerados patrimonio común de la humanidad.

Si bien el examen de esta temática requiere en una primera instancia adoptar el enfoque textual, no es menos cierto que el examen del contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin de la norma, coadyuva a arrojar cierta luz en la labor interpretativa. Este es el criterio indicado en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que prescribe tener en cuenta los elementos conexos. Por esas razones, nos parece que no sería acertada una conclusión basada únicamente en el texto.

⁷³ *Ibid.*, artículo 145.

⁷⁴ *Ibid.*, artículo 137.

⁷⁵ V. A/59/122 y A/61/65.

⁷⁶ Conf. Convenio sobre la Diversidad biológica, artículos 4 y 5.

⁷⁷ V. A/59/62/Add.1, párr. 254-260.

Ahora bien, esto no significa que la biodiversidad esté contenida en la Parte XI y no cabría sugerir la realización de una extrapolación del régimen aplicable a los recursos minerales a los organismos biológicos, habida cuenta de la diversa naturaleza de unos y otros. El régimen previsto sólo resulta aplicable a los recursos minerales.

Por lo tanto, para satisfacer el propósito y completar el desarrollo de los principios contenidos en la citada Resolución 2749 (XXV), sería entonces necesario establecer una nueva regulación basada en el principio del patrimonio común de la humanidad⁷⁸, y ante esa situación, en la oportunidad en que se negocie la regulación legal aplicable a los organismos biológicos que se encuentran *in situ* en la Zona, debería tenerse en vista la contradicción que resultaría del hecho de que algunos de los recursos del lecho y subsuelo marinos más allá de las jurisdicciones nacionales siguen la naturaleza de ese espacio, si otros quedaran sujetos al régimen de un espacio diferente.

Con respecto a las cuestiones que suscita la propiedad intelectual, en la octava reunión de UNICPOLOS se ha señalado que el régimen actual derivaría en un perjuicio para las generaciones presentes y futuras de los Estados con escasa biotecnología y que, en consecuencia, no podrían gozar de los beneficios generados por la bioprospección en la Zona⁷⁹.

6. CONCLUSIONES

En lo que respecta a los países en desarrollo, la formulación de políticas y la adopción de decisiones responsables y coherentes con sus intereses en relación con las materias que hemos analizado, supone contar, entre otras cosas, con información suficiente y segura que les permita imaginar distintos escenarios posibles. El diseño de tales políticas debería prever, en cuanto a su instrumentación, la coordinación en tiempo de cursos de acción con otros países en desarrollo con intereses similares que se verían en el mediano o largo plazo desplazados del acceso a los recursos vivos del alta mar en condiciones de equidad.

Un estudio profundo de la problemática del área adyacente requiere la realización de un relevamiento minucioso de la situación del área adyacente en todas las regiones del mundo y también, del alta mar en su totalidad. El estado de las flotas pesqueras a distancia, su acceso a la ZEE, sus perspectivas comerciales, las tendencias de los mercados pesqueros y el accionar de Estados con vocaciones hegemónicas son cuestiones cuya investigación debe ser encarada criteriosamente, a efectos de poder contar con mayores elementos de juicio.

⁷⁸ V. TRIGGS, *op. cit.*, pp. 340-341.

⁷⁹ UNEP/CBD/WG-ABS/5/4/Add.1 (borrador no editado). Convención sobre la Diversidad Biológica. *Overview of recent developments at the international level relating to access and benefit-sharing*, p. 9.

Por cierto, el Acuerdo de Nueva York, sus desarrollos y los instrumentos adoptados en su consecuencia no proporcionan la única forma de canalizar la cooperación en alta mar. Cabe hacer hincapié en que la cooperación puede ser llevada a cabo de manera directa y por medio de arreglos u organismos regionales o subregionales en el marco de la Convención. La circunstancia de que entre sesenta o setenta Estados se hayan hecho parte en aquel instrumento no es necesariamente indicativa de sus beneficios. Probablemente, si se emprendiera una labor indagatoria de las membresías, surgirían denominadores comunes que permitirían conocer, entre otros aspectos, las razones e intereses que explican la participación de determinados Estados, el ejercicio de presiones políticas y las modalidades en la distribución de los derechos.

Lo expuesto comprende solamente algunas de las temáticas más preocupantes que en la actualidad plantea el aprovechamiento de los recursos vivos marinos. Como tales, constituyen desafíos que deben ser enfrentados y resueltos por la comunidad internacional, principalmente por los Estados, en el marco de la cooperación que proporciona el derecho del mar, la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales relevantes.

Cuando de recursos se trata, va de suyo que el componente económico inherente genera conflictos de intereses entre los Estados, a los que naturalmente no son ajenos otros actores de la realidad internacional. La conciliación de intereses contrapuestos no es una tarea sencilla en un escenario mundial en que el proceso de globalización, más allá de las instancias declamatorias, no ha logrado proporcionar los elementos útiles que permitan superar las complejidades que derivan de la satisfacción por los Estados de sus intereses permanentes.

Se sugiere, pues, asumir en conciencia la realidad de nuestros intereses permanentes, en este caso, el mar y sus recursos, y analizar en profundidad, con dedicación y con la debida continuidad, las soluciones posibles a partir del conocimiento y empleo de las herramientas jurídicas y políticas disponibles.

BLANCA

**LOS MARCOS JURÍDICOS CONVENCIONALES
Y EL DESARROLLO DE LOS PROCESOS
DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA***

*THE LEGAL CONVENTIONAL FRAMEWORKS AND THE
DEVELOPEMENT OF INTEGRATION'S PROCESSES
IN LATIN AMERICA*

*Luis Ignacio Savid Bas ***

RESUMEN

El presente trabajo estudia disposiciones específicas de los Tratados de Integración en los que la República Argentina es Parte, como ALADI y MERCOSUR. Destaca que, muchas veces, las aspiraciones declaradas en las cláusulas iniciales -tales como preámbulos, principios, propósitos- no son acordes a las estructuras institucionales ni a los medios operativos establecidos en la normativa convencional adoptada.

PALABRAS-CLAVE

Tratados de integración - ALADI - MERCOSUR - propósitos - estructura.

ABSTRACT

The present work studies specific dispositions of Treaties of Integration in which the Argentine Republic is part, like ALADI and MERCOSUR. It emphasizes that, often, the aspirations declared in the initial clauses - such as preambles, principles, purposes are not in accordance with the institutional structures nor the established operative means in the adopted conventional norms.

KEY WORDS

Treaties of integration - ALADI - MERCOSUR - purposes - institutional structure.

SUMARIO: *Advertencia preliminar. I. Nociones previas. 1. Nociones dinámica e institucional. 2. Naturaleza de la Integración. 3. El medio jurídico internacional. 3.1. Consideraciones generales. 3.2. Procesos intergubernamentales*

* Relato de la *Sección Derecho de la Integración* 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).

** Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro titular y antiguo Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

y supranacionales. 4. Mecanismos integradores; procesos. II. Tratados y procesos de Integración en América Latina. 1. Ámbito de la exposición. 2. Relaciones entre los Tratados de Integración. 3. Reglas de Derecho Internacional. 4. El Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI). 4.1. Principios. 4.2. Los objetivos. 4.3. Plazo. 4.4. Los mecanismos. 4.4.1. Los órganos. 4.4.2. Medios operativos. 4.4.3. Acuerdos de alcance parcial. 5. El Mercado Común del Sur (MERCOSUR). 5.1. Los principios. 5.2. Objetivos. 5.3. El elemento temporal del proceso (Plazo). 5.4. Medios de ejecución. 5.4.1. Órganos. 5.4.2. Mecanismos operativos. III. Limitaciones. 1. Clases. 1.1. Limitaciones estructurales. 1.2. Limitaciones orgánicas. 1.3. Limitaciones operativas. IV. Conclusiones.

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Es necesario señalar que el presente trabajo ha sido realizado en base a las siguientes pautas condicionantes.

I. En primer lugar que, en razón de la restringida extensión impuesta por la modalidad del trabajo, el mismo se limita a un estudio de algunas disposiciones específicas de los Tratados de Integración que han celebrado los Estados de América Latina, en el caso: los Tratados ALADI y MERCOSUR, en los que la República Argentina es Parte.

El propósito es destacar que, muchas veces, las aspiraciones declaradas en las cláusulas iniciales -Preámbulos, declaraciones principistas, propósitos- no conciben con las estructuras institucionales ni con los medios operativos disponibles de conformidad con la normativa convencional elaborada.

II. La segunda regla que se debió tener en cuenta es que el comentario realizado, tiene la finalidad de constituir un documento de base para la discusión de la problemática jurídica de la Integración latinoamericana, en ocasión de la reunión a realizarse con motivo del "XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional". En tal entendimiento, lo realmente conveniente es el planteamiento de las dificultades de ejecución de un proceso que pudiesen derivarse de la inadecuación de medios a objetivos e, indudablemente y en definitiva, aportar al perfeccionamiento de los instrumentos creados para optimizarlos en orden al fin al que se aspira.

Corolario de lo antes dicho es la limitación de las observaciones realizadas las que se circunscriben al ámbito de lo jurídico y, particularmente en relación a las prescripciones de los ordenamientos jurídicos regionales y subregionales determinados. De ello es asimismo consecuencia la omisión de referencias a fundamentales limitaciones al desarrollo de los procesos integrativos que provienen de instituciones de base política, entre otras; la cuestión de subsistencia o afectación del principio de la soberanía estatal, la existencia de diferentes regímenes políticos, la capacidad de decisión autónoma de los Estados, la inestabilidad. Como así también de índole económica (asimetrías, relaciones de interdependencia y/o dependencia, etc.), social (por la diversidad de nivel de desarrollo de las estructuras nacionales y de insuficiencia de participación social orgánica en los procesos) y, cultural por causas similares.

III. Resulta asimismo oportuno destacar que, no obstante las insuficiencias que se señalan en el trabajo, se puede advertir una subyacente vocación integracionista en las sociedades de América Latina que, reiteradas veces, parece no haber sido interpretada acertadamente por los dirigentes y, pese a ello, son perceptibles avances programáticos en la materia; no de otra forma se pueden entender las iniciativas y propuestas como la puesta en marcha de un Parlamento cuyos integrantes ejerzan la representación directa de los ciudadanos, la creación de un órgano de financiamiento latinoamericano, la utilización de las monedas locales como unidad de cambio intrarregional y otras que día a día acreditan que el impulso de unión subsiste.

IV. Por último conviene subrayar la convicción integracionista del autor.

I. NOCIONES PREVIAS

1. Integración: nociones dinámica e institucional

Integración es la denominación dada a una nueva realidad política transformadora de la estructura de la Comunidad Internacional, cuya aparición se remonta a la segunda mitad del Siglo XX, surge en virtud de un proceso de cambio de la insatisfactoria realidad existente al momento de la iniciación del proceso que le da nacimiento¹ y, en general conduce a la configuración de una nueva entidad integrada.

En América Latina, el desenvolvimiento de las acciones integracionistas ha motivado la creación de organizaciones internacionales aparentemente funcionales a dicho fin².

Lo expresado deja establecido que la noción de Integración tiene una doble acepción:

- a) Se designa con el término Integración al proceso transformador destinado a lograr la constitución de la nueva entidad integrada (Noción dinámica);
- b) Integración, por otra parte, es el objetivo del proceso destinado a la creación de una nueva entidad política subjetivamente diferenciada (con

¹ La realidad internacional previa es la de una comunidad de Estados soberanos de base nacional que resulta insuficiente para satisfacer los requerimientos de la comunidad que forman, los de los propios Estados considerados individualmente y los de la Humanidad.

² MONSANTO, ALBERTO E. Comentario al presente relato. Señala que no necesariamente, la Integración implica la constitución de una Organización Internacional tal sería el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN/NAFTA) en el que no existe previsión al respecto. Ver TLCAN, arts. 101, 103, 105 y cc. citados en el comentario. Por nuestra parte entendemos que la política exterior, en materia mercantil, no constituye acción integracionista ya que, desde su origen, la Integración excede el ámbito comercial y tiene claras y esenciales connotaciones políticas, jurídicas, sociales y culturales. Ver *infra* nota 4 y nuestro estudio *La Integración, proceso de transformación política y jurídica de la Comunidad Internacional* (en Libro Homenaje al Prof. Dr. ERNESTO REY CARO). DRNAS-Lerner Editores. Córdoba, 2002.

personería jurídica internacional propia) que se manifiesta, en un ente integrado, a partir de las preexistentes entidades político-jurídicas: los Estados nacionales (noción estática-institucional-teleológica).

De lo dicho se desprende que la Integración, para su realización como objetivo o fin perseguido, requiere de la ejecución de un proceso que es por su naturaleza *transitorio e instrumental* pues solo constituye un mecanismo para lograr la constitución del ente integrado.

Tratándose de un análisis crítico sobre las limitaciones de los marcos convencionales de los procesos de Integración es necesaria la reflexión acerca de la noción de proceso, de los objetivos y, a los efectos de la investigación, de la adecuación de los procesos instrumentados en América Latina y los propósitos de sus Estados impulsores y ejecutores.

2. Naturaleza de la Integración

Aunque el fenómeno de la Integración surge como un medio de transformación de la configuración política de la Comunidad internacional, los análisis iniciales del fenómeno de la Integración han sido obra de los economistas sucediendo, a dichos estudios, los realizados por los politólogos y, recién en el tercer lugar, aparecen las investigaciones jurídicas.

Lo sostenido justifica las diferencias conceptuales acerca del contenido de la noción de Integración, que es lo mismo que decir, de la naturaleza de esta nueva y original manifestación de las relaciones interestatales. Los primeros investigadores preocupados por la cuestión no dudan en afirmar su naturaleza económica que fundamentan en la índole de los factores que motivan su surgimiento y desarrollo y los objetivos que mediante la ejecución de un proceso exitoso se pretenden obtener³.

Sin embargo, los políticos advierten la profundidad del cambio que el proceso traería aparejado a la estructura vigente la Comunidad y a las relaciones internacionales. En el caso europeo la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), en 1951, no tiene por propósito fundamental el logro de una mayor eficiencia en la obtención y uso de dichos recursos sino el de sustraerlos como razón de conflictos. Lo mismo puede sustentarse en lo relativo a los recursos energéticos con la creación de la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEE-Euratom), en 1957. Lo que se desea destacar es que la idea de Integración trasciende lo econó-

³ El fenómeno de la Integración surge, como se ha señalado, a mediados del Siglo XX como, aparentemente, instrumento económico para la reconstrucción de Europa destruida como consecuencia de la IIa. Guerra Mundial. Corresponde destacar que la situación de deterioro europeo de posguerra trascendía los aspectos económicos abarcando realidades sociales, políticas y morales que implicaron la pérdida de participación protagónica de Europa en las relaciones internacionales; dicha circunstancia fue percibida, como fundamental, por los impulsores del proceso.

mico siendo, en esencia, un proceso destinado a lograr la transformación política de la realidad internacional existente. El proceso se instrumenta económicamente, en su inicio, pero subyacía su esencia política. La Integración comienza como un proceso formalmente económico pero su naturaleza es política.

3. El medio jurídico internacional

3.1. Consideraciones generales

Acertadamente, Pierre Pescatore, sostiene "...que el proceso de Integración solo puede tener una consistencia real y sobre todo, estabilidad y duración, si logramos darle una armazón institucional y jurídica suficientemente sólida"⁴.

Consecuencia de la afirmación del Prof. P. Pescatore, plenamente compartida, es la convicción de que el proceso de Integración, sea en la limitada esfera de lo económico que transitó en sus períodos iniciales, como en lo relacionado con su naturaleza esencial de mecanismo transformador de la estructura política de la Comunidad Internacional, solo será posible mediante su instrumentación jurídica y así lo entendieron los dirigentes europeos⁵ al comenzar un proceso de transformación jurídica estructural modificando principios y normas legales y creándolas cuanto las vigentes resultaban insuficientes; el conjunto de nuevos principios y normas constituyen el Derecho de la Integración⁶.

La formulación del proceso y su puesta en marcha se lleva a cabo mediante instituciones jurídicas existentes; la voluntad de los Estados se manifiesta mediante Tratados Internacionales; son estos el medio utilizado para definir los nuevos principios, crear los mecanismos institucionales para conducir y ejecutar el proceso y diseñar los medios operativos necesarios a dicho propósito.

El Tratado, que constituye la regla fundamental de organización y ejecución de la Integración, consiste en un sistema normativo designado como

⁴ PESCATORE, PIERRE. *Derecho de la Integración: nuevo fenómeno de las relaciones internacionales*. BID-INTAL. Buenos Aires, 1973.

⁵ La Historia muestra una cantidad de intentos unificadores de Europa, basados en la hegemonía de un Estado dominante. Las luchas por la consolidación del Imperio Romano Germánico, la expansión napoleónica, las manifestaciones imperialistas del Siglo XX son algunas muestras del fracaso del uso de la fuerza como factor unificador.

⁶ Se considera necesario destacar que, sosteniendo el diverso contenido del concepto "Integración" (proceso y objetivo o finalidad), las reglas jurídicas aplicables deben también diferenciarse, distinguiendo: a) por una parte el Derecho del proceso, transitorio e instrumental y, por la otra, b) el ordenamiento jurídico aplicable al ente integrado. Las reglas integrantes del primero, destinadas a la ejecución del proceso de Integración, se tornan obsoletas una vez logrado el objetivo pretendido.

“Derecho originario”; en el se dispone sobre la estructura orgánica, las competencias asignadas y los efectos y valor jurídico de las decisiones, los medios de ejecución, los órganos y reglas de interpretación y aplicación.

Corresponde destacar que entre las competencias acordadas convencionalmente a los órganos de Integración se encuentran las del ejercicio de la potestad normativa que permite, durante la ejecución del proceso, realizar las adecuaciones y adoptar las medidas que, para impulsarlo, resultaran necesarias. La normativa elaborada en ejercicio de dicha potestad recibe el nombre de “Derecho derivado”. El sistema de Derecho, compuesto por las normas originarias y derivadas forman el denominado Derecho de la Integración.

3.2. Procesos intergubernamentales y supranacionales

Las reglas constitutivas del Derecho de la Integración se adecuan a las características de los procesos y entes integrativos creados por los Estados, ello hace imprescindible precisar el contenido de los sistemas normativos adoptados.

En tal sentido debe entenderse, con una acepción amplia, que el Derecho de la Integración es el sistema jurídico que regula los procesos de tal naturaleza, sea que los mecanismos institucionales se distingan por su intergubernamentalidad o se trate de entidades de carácter supranacional. Ahora bien, en este concepto amplio es factible distinguir entre el Derecho Intergubernamental de Integración y el Derecho Comunitario o supranacional⁷.

a) El Derecho Intergubernamental de Integración es el ordenamiento jurídico destinado a reglar la marcha de un proceso, creado, dirigido y ejecutado directamente por los Estados, preservando estos el pleno ejercicio de su soberanía⁸, mediante órganos que integran y se encuentran compuestos por sus representantes con dependencia inmediata de los gobiernos que los designan, mantienen e instruyen y ante quienes son responsables. La legitimidad de los órganos constituidos y sus decisiones se basa en su representatividad estatal siendo sus actos consecuencia de la voluntad coincidente de los Estados.

⁷ Algunos autores no realizan distinción alguna y nominan como “Derecho Comunitario” al emanado de Organizaciones y órganos que se caracterizan por una evidente intergubernamentalidad (Caso del Derecho del MERCOSUR)

⁸ La plenitud de la soberanía es una hipótesis conceptual elaborada con la finalidad de lograr la consolidación *ad-intra* de los Estados *status nascendi*. Desde los períodos iniciales de la formación de la Comunidad Internacional, dicho concepto, en cuanto al atributo de “plenitud”, no obtuvo entidad internacional por contradecir esencialmente la posibilidad de existencia de la comunidad misma. El concepto de soberanía, en el ámbito jurídico internacional siempre se caracterizó por su relatividad resultante de la necesaria coexistencia de entidades estatales iguales como elemento esencial de la noción de comunidad.

b) El Derecho Comunitario es el que, no obstante originarse en un Tratado Internacional al igual que el Intergubernamental de Integración, tiene como fuentes, además de la convencional, la que resulta del ejercicio, por órganos supranacionales, de la potestad delegada o transferida de legislar con independencia de los gobiernos de los Estados.

La legitimidad de los órganos supranacionales y validez de sus actos nace en la representatividad del interés estatal común o la voluntad popular democráticamente expresada sin encontrarse quienes los integran, por consiguiente, sujetos a designación ni directivas de los Estados, ante quienes no son responsables.

Además de las notas señaladas, el Derecho Comunitario goza de supremacía sobre las normas jurídicas nacionales y de efecto directo respecto de los súbditos de los Estados.

c) Relaciones de los Derechos originario y derivado. Ahora bien, corresponde señalar que el Derecho originario está compuesto por normas fundamentales y el Derecho derivado, como resulta de su designación, es desarrollo, instrumentación práctica de dichas disposiciones siendo su propósito tornarlas operativas en orden a los fines del Tratado fundacional. Existe, por lo tanto, jerarquía normativa y subordinación del Derecho derivado al Derecho originario⁹.

Una última precisión que se considera relevante es la de destacar que, en América Latina y, particularmente en los procesos en que participa la República Argentina, los Estados han adoptado instituciones y mecanismos intergubernamentales para su integración.

4. Mecanismos integradores. Proceso

Un proceso implica un conjunto de fases sucesivas. En el marco de la teoría general de la evolución, proceso es la transición gradual y progresiva que se da -espontánea o inducida- en una realidad para modificarla y obtener un objetivo determinado. En el campo de la cultura, la modificación del ambiente vital del hombre, se llama progreso, que es un proceso de transformación con incorporación de nuevos valores o distinta percepción de los aceptados.

La existencia de un proceso cultural requiere diversos elementos:

- a) Una realidad preexistente cuya modificación constituye la razón del proceso;
- b) Una nueva realidad que es el objetivo seleccionado por un acto de voluntad;

⁹ La Doctrina ha designado "Tratados Constitución" a los constitutivos de Organizaciones Internacionales, entre los que se encuentran los de Integración por la similitud de su contenido y jerarquía con las ley fundamental de los Estados.

c) La gradualidad y la progresividad como notas esenciales de las acciones destinadas a lograr la transformación deseada; ello implica la existencia de etapas y de metas parciales a obtener;

d) Un proceso de cambio se da en el tiempo. El elemento temporal es el lapso en que el sujeto o los sujetos llevan a cabo la transformación modificando la realidad externa y adecuando su propia realidad interna.

En un proceso de transformación de la Comunidad Internacional debe considerarse la aceleración del ritmo de la Historia. Los procesos culturales que se daban secularmente, ahora se llevan a cabo en un períodos mucho más breves¹⁰. Es decir que un proceso de transformación programado por sujetos internacionales (Estados) debe considerar el elemento temporal en diversas dimensiones:

d.1. por una parte las modificaciones resultantes de las acciones de los actores del proceso;

d.2. en segundo término las mudanzas de la realidad interna de cada uno de sujetos involucrados en el proceso y,

d.3. en tercer lugar los cambios que se operen en realidad externa al ámbito de ejecución del proceso.

e) El quinto elemento esencial está constituido por los mecanismos o medios de que habrán de valerse los sujetos para producir la transformación. Estos mecanismos, conforme la gradualidad del proceso, pueden ser de carácter directo en relación al objeto general o bien de carácter indirecto, cuando han sido elaborados para el logro de una meta parcial.

Para la ejecución de un proceso cultural de transformación se requieren mecanismos orgánicos y funcionales; los primeros referidos a las estructuras creadas para el logro del objetivo y los funcionales están constituidos por las acciones o tipos de conductas consideradas idóneas para obtenerlo.

II. TRATADOS Y PROCESOS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA

1. Ámbito de la exposición

Los Tratados fundacionales de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) constituyen la materia del análisis, sin perjuicio de efectuar las referencias que fuesen necesarias a las disposiciones del Tratado de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), antecedente institucional de los anteriormente nombrados.

¹⁰ Ejemplo de transformación política, social y jurídica, lo constituye la creación de una nueva estructura que se está realizando Europa, con un avanzado grado de desarrollo en poco más de 50 años a partir del primer Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

El estudio de los Tratados seleccionados se limitará a cuatro aspectos vinculados al tema:

- a) Principios. En cuanto importan pautas indicativas que deben observar en sus conductas y acciones las Partes en aplicación de los Tratados;
- b) Objetivos. Propósitos declarados por los Estados celebrantes en el acto inicial constitutivo;
- c) Mecanismos funcionales. Órganos y medios operativos establecidos para el logro de los objetivos fijados y,
- d) Elementos del proceso. En cuanto, como anteriormente se ha dicho, conseguir la instalación de una entidad pluriestatal integrada requiere necesariamente la ejecución de un proceso.

Disponibles dichos elementos se hace posible determinar la adecuación de fines, medios y procedimientos y, eventualmente, las limitaciones o insuficiencias convencionales de los acuerdos internacionales celebrados.

2. Relaciones entre los Tratados de Integración

Lo señalado, en el punto precedente, conduce al primer problema que plantea la cuestión de las limitaciones convencionales; se trata de la vinculación entre el Tratado General de Integración, en el caso, el Tratado ALADI, y el Tratado MERCOSUR.

3. Reglas de Derecho Internacional

Las relaciones que se desarrollan en la Comunidad Internacional se encuentran sujetas, por una parte al Derecho Internacional General¹¹ cuyo contenido está compuesto por una mayoría de normas de carácter dispositivo y por un conjunto relativamente reducido de reglas imperativas inderogables, las materias regladas versan sobre los aspectos fundamentales del ordenamiento jurídico internacional: principios y caracteres del D.I., funciones, fuentes normativas, sujetos y organización de la Comunidad Internacional y responsabilidad.

Corresponde señalar asimismo, la coexistencia con dicho sistema¹²

¹¹ Son básicamente fuentes del Derecho Internacional General los *principios generales del Derecho, los principios propios del ordenamiento iusinternacional y la costumbre*. El Derecho de fuente convencional consiste en desarrollo de las normas principistas y consuetudinarias a las que cristaliza, dándoles precisión y claridad solamente, en casos excepcionales, pueden ser considerados los Tratados como fuente originaria y exclusiva de reglas jurídicas como sería el caso de regulación de situaciones y relaciones inéditas derivadas principalmente de los avances científicos y tecnológicos (Fondos marinos y oceánicos, desarrollo espacial, medio ambiente, etc.).

¹² En ocasión del IIº Congreso Extraordinario de la AADI (Concordia, 1995) se presentó conjuntamente, por el ponente y el Dr. ARTURO S. PAGLIARI, un trabajo titulado "El Derecho Internacional Público General, los sistemas particulares de Derecho Internacional y el Derecho interno de los Estados".

(Derecho Internacional General) de sistemas particulares de Derecho Internacional.

La naturaleza prescriptiva de las reglas iusinternacionales generales autoriza el desarrollo de ordenamientos jurídicos cuyo propósito esencial es el desarrollo particularizado de las normas generales para su adecuación a determinadas circunstancias específicas o históricas rigiendo¹³, en las relaciones entre dichos diferentes sistemas, los principios de jerarquía normativa¹⁴ y el de *lex specialis*¹⁵.

El tema se refiere a los sistemas particulares de Derecho Internacional resultantes de fuente convencional: los Tratados de Montevideo de 1980 (ALADI) y de Asunción de 1991 (MERCOSUR) y sus respectivos documentos complementarios y modificatorios; en forma previa a su estudio se considerarán las reglas generales de Derecho Internacional.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Viena 1969 (CVT) se refiere a la cuestión de los “Tratados sucesivos” en su artículo 30° en el que admite expresamente la posibilidad de existencia de Tratados *principales* y *subordinados* (CVT, art.30° inc.2°). Dada dicha situación, el Tratado *subordinado* debe adecuarse a las prescripciones

¹³ Los ordenamientos particulares de Derecho Internacional se distinguen entre los que tienen una vigencia limitada espacial o subjetivamente pudiendo reglar una multiplicidad de relaciones materialmente diversas (se trata de los Sistemas Regionales); los destinados a la regulación del uso de bienes de interés común (Derecho Internacional del Mar, del Medio Ambiente, del Espacio ultraterrestre, etc.); los que legislan exclusivamente sobre relaciones intersubjetivas especiales (entre otras, económicas, comerciales, sociales); los relativos a la protección y ejercicio de derechos (Derechos Humanos) y los que versan, esencialmente, sobre instituciones jurídicas (Derecho de los Tratados, Derecho Diplomático y Consular, Derecho de las Organizaciones, etc.). Fuente principal de dichos ordenamientos jurídicos son los Tratados Internacionales no obstante la realidad de ordenamientos consuetudinarios de tal naturaleza (Derecho consuetudinario regional) cuya existencia ha sido reconocida legislativa, jurisdiccional y doctrinariamente.

¹⁴ Al respecto conviene destacar lo dispuesto en Carta ONU, Art. 103°. Considerando la vigencia universal de la Carta ONU no es discutible que sus normas son de Derecho Internacional General y obligatorias para todos los Estados (no es criticable admitir que dichas reglas exceden la limitación subjetiva resultantes del texto de la norma citada siendo lícito extender la limitación al Derecho particular (convencional o consuetudinario) cualesquiera fuesen los sujetos internacionales que concurrieren a su creación. La jerarquía normativa, respecto del Derecho Particular, reconocida a los dispositivos de la Carta ONU es extensible a las reglas fundamentales del Derecho Internacional General.

¹⁵ Es característica incontrovertible del ordenamiento jurídico internacional la realidad descrita de coexistencia de una diversidad de sistemas normativos, dicha realidad ha dado lugar al denominado proceso de fragmentación del Derecho Internacional; tal fenómeno parece consecuencia necesaria de las diversidades históricas y culturales existentes en la Comunidad Internacional y no implican dificultad ni conflicto normativo en cuanto exista el reconocimiento, vigencia y aplicación de las normas fundamentales del Derecho Internacional General del que emana la validez de los ordenamientos particulares.

del *principal*, prevalece en caso de contradicción la regla de superior jerarquía normativa.

Un segundo aspecto es el resuelto en el inc. 4^o¹⁶ que considera la situación resultante de un Tratado *subordinado* cuyas Partes son solo una parcialidad de las del Tratado *principal*; presentada la situación las reglas aplicables son:

a) en relaciones entre Estados Parte en ambos Tratados se aplican los dispositivos del *principal* en cuanto no exista norma específica en el Tratado *subordinado*, ello implica la vigencia del principio *lex posteriori derogat priori*.

b) en relaciones entre Estados Parte en ambos Tratados y Estados Parte en solo uno de los Tratados corresponde la aplicación de los dispositivos del Tratado en el que ambos sean Parte.

4. El Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI)

El Tratado ALADI, celebrado en Montevideo, el 12 de Agosto de 1980, entre todos los países ibéricos de América del Sur y México¹⁷ constituye el marco¹⁸ convencional para la continuación del proceso de Integración, iniciado en 1960 con la creación de ALALC. Fija pautas y mecanismos para su ejecución siendo, sus prescripciones sobre ambas materias, los ámbitos en los que deben operar los Estados para dar cumplimiento a los objetivos determinados, ello según lo establecido por las normas del Derecho Internacional General anteriormente citadas¹⁹.

¹⁶ Se advierte, en la redacción de CVT, art. 30^o incisos 3^o y 4^o, una confusión conceptual; no se trata de Tratados posteriores sino de *principales* y *subordinados* ya que la subordinación puede darse en relación a un Tratado anterior o posterior conforme lo dispone el mismo artículo en su inciso 2^o.

¹⁷ Son Partes en el Tratado ALADI: Argentina, Bolivia Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Cuba es Estado Parte desde 1999 (Res. CM n^o 51-X, del 6-11-98; adquisición de la calidad de Miembro pleno 26-8-99).

¹⁸ Los Tratados Marco son instituciones jurídicas peculiares en la clasificación general de los Tratados ya que es posible encuadrarlos, según sea el enfoque con que se los analice, en términos que, habitualmente, se consideran opuestos:

a) En primer lugar, considerando sus finalidades y contenidos se está ante un Tratado general cuyo propósito o finalidad es fijar las pautas básicas relativas a la creación y estructura de una entidad internacional pluriestatal y para el desarrollo de una normativa y acciones destinadas a la consecución del objetivo convencional; ello implica que su contenido es general en relación al objeto;

b) No obstante, la entidad creada y su ordenamiento jurídico son particulares, establecidos para obtener el cumplimiento de un propósito determinado *a priori*, exclusivamente aplicable a los Estados Partes y a las relaciones intersubjetivas vinculadas al fin previsto. En conclusión, los Tratados Marco son fuente general de un ordenamiento jurídico internacional particular desde el punto de vista de su de su contenido material y de su ámbito personal y espacial de vigencia.

¹⁹ Ver *supra* Punto II.3.

4.1. Principios

Los atinentes al tema en estudio se señalan en el Tratado ALADI, Preámbulo, ap. 4° y art. 3° en los que se expresa:

Realismo (Preámbulo, ap.4°) *“Decididos a renovar el proceso de integración latinoamericano y establecer objetivos y mecanismos compatibles con la realidad de la región”.*

El Tratado, en su artículo 3° dispone asimismo:

Tratado ALADI. Art. 3°. “En la aplicación del presente Tratado y en la evolución hacia su objetivo final, los países miembros tomarán en cuenta los siguientes principios: (...).

a) **Convergencia**, que se traduce en la multilateralización progresiva de los acuerdos de alcance parcial, mediante negociaciones periódicas entre los países miembros, **en función del establecimiento del mercado común latinoamericano;**

b) **Flexibilidad**, caracterizada por su capacidad para permitir la concertación de acuerdos de alcance parcial, regulada en forma compatible con la consecución progresiva de su convergencia y el fortalecimiento de los vínculos de integración;(…)”.

c) **Materia económica.** La referencia que se realiza a los “tratamientos diferenciales” expresa que deberán ser establecidos “..., tanto en los mecanismos de alcance regional como en los de alcance parcial, sobre la base de tres categorías de países, (...) tomando en cuenta sus características económico-estructurales. (...)”.

d) Al **principio “múltiple”**, que define como la posibilidad de utilización de los diversos mecanismos previstos, lo limita a “... todos los instrumentos que sean capaces de dinamizar y ampliar los mercados a nivel regional.”

e) **Gradualidad** y **progresividad** son también enumerados cuando, al referirse al indefinido plazo fijado para obtener el objetivo, el artículo 1° en su segundo párrafo prescribe:

Tratado ALADI, Art. 1°. “... Dicho proceso tendrá como objetivo a largo plazo el establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano”.

4.2. Los objetivos

En el texto del Tratado se encuentran señalados los objetivos que tuvieron los Estados para su celebración siendo factible su clasificación según sean de:

a) **Carácter político general.** En el Tratado ALADI, como en la casi totalidad de los Tratados que regulan relaciones interestatales se incluyen declaraciones de carácter político, generalmente referidas a los principios de las relaciones exteriores de los Estados y de las relaciones internacionales. En el caso, las expresiones: *“fortalecer los lazos de amistad y solidaridad entre sus pueblos.”*; *“acelerar su proceso de desarrollo económico y social a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos”*, etc., que constan en el Preámbulo, revisten tal naturaleza.

b) Objetivo concreto. El Tratado lo establece en sus manifestaciones contenidas en:

b.1. el Preámbulo apartado décimo cuando expresa: “*Conviene en suscribir el presente Tratado el cual sustituirá, conforme las disposiciones en el mismo contenidas, al Tratado que instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*”. Dicha declaración es complementaria de la del apartado quinto del mismo texto que se refiere al “patrimonio histórico” heredado de ALALC.

b.2. en el transcrito artículo 1° al disponer el propósito de establecer un Mercado Común.

c) Objetivos específicos son los relativos al desarrollo del proceso de Integración, corresponde señalar que:

1) el Preámbulo, en sus párrafos 4° y 6°, señala el propósito que los Estados, a partir de que de un análisis objetivo, consideran necesario “...establecer objetivos y mecanismos compatibles con la realidad de la región.” (Preámbulo, párr. 4°).

Es decir que al finalizar el período prorrogado de vigencia del Tratado ALALC²⁰, la nueva realidad regional exige la adecuación del esquema integracionista vigente según los intereses de la región y de los Estados que la componen.

La Asociación Latinoamericana de Integración-ALADI es creada con el propósito de “...renovar el proceso de integración latinoamericano...” (Preámbulo. Párr.4°). La expresión transcrita resulta acertada, entendiendo por “renovar”, actualizar y, aún si con ella se quiere decir “insistir” pues es indudable que, en los veinte años de vigencia del Tratado ALALC, algunas objetivos se lograron. Cabe señalar que se asumió que los Estados latinoamericanos no aceptan ligarse a compromisos que no sean susceptibles de las adecuaciones que sus -cambiantes- políticas gubernamentales estimen convenientes; ello determinó la eliminación de toda obligación para cuya obtención se establezcan plazos²¹ y la supresión del Principio de automaticidad en los mecanismos de alcance general.

En el nuevo Tratado prevalece el Principio del “Realismo”, que se refleja en los de “convergencia”, “flexibilidad” y “multiplicidad” (Tratado, Art. 3°, b), c) y e). Como se ha destacado es “realista” en la elaboración de instrumentos, cuya ejecución queda librada a la decisión y voluntad política de los Estados Partes; de tal naturaleza son los mecanismos fundamentales que disponen sus Miembros para llevar a cabo el proceso de Integración de América Latina.

²⁰ El plazo original fijado en el Tratado ALALC era de doce años con vencimiento el 31 de Diciembre de 1972. por el Protocolo de Caracas de Diciembre 12 de 1969 se dispuso ampliar dicho lapso en ocho años con vencimiento improrrogable el 31 de Diciembre de 1980.

²¹ Tratado ALADI, arts. 1° y 62°.

4.3. Plazo

Debe asimismo valorarse si el esencial elemento temporal se encuentra previsto en las disposiciones del Tratado ALADI, toda vez que el mismo constituye una condición indispensable de cualquier y todo proceso, no sólo para la existencia del mismo sino también, para que el objetivo pretendido sea apropiado a la realidad general y consecuentemente, oportuno y útil²².

Así, los Países Miembros fijan la finalidad de ALADI que es la de continuar el proceso de integración iniciado en el marco de ALALC.

Se usa la palabra “proceso” y la palabra “integración”. El art. 1° dice que el proceso tendrá como objetivo “a largo plazo” el establecimiento en forma “gradual y progresiva” de un Mercado Común Latinoamericano. De modo que se advierten elementos del proceso: un objetivo general, el mercado común y “aparentemente” el elemento temporal, cuando habla de la progresividad y la gradualidad. Sin embargo, el Tratado de Montevideo de 1980 no determina ninguna meta parcial, no se prevén etapas a cumplir para el logro de su objetivo y, pese a mencionar la palabra integración, establece para el logro del Mercado Común el indefinido *largo plazo* previsto en la cláusula señalada. Nada previo a la pretendida instalación del Mercado Común se ha previsto; ni una zona de libre comercio como lo estipulaba el Tratado de 1960, ni una unión aduanera, no hay etapas ni metas parciales. La Asociación Latinoamericana de Integración parece instituirse para “...la promoción y regulación del comercio recíproco, la complementación económica y desarrollo de acciones de cooperación...”, a tenor de lo establecido por el artículo 2° que especifica dichas funciones.

4.4. Los mecanismos

Al crearse la Asociación Latino Americana de Integración se establece su estructura orgánica y operativa; los órganos constituyen sus mecanismos institucionales²³ y las acciones a disposición de los Estados Partes para la continuación del proceso de Integración configuran los mecanismos operativos. Solo serán objeto de comentario los que resulten atinentes al asunto del trabajo.

²² La inmanencia del elemento temporal al proceso y fundamentalmente a uno de naturaleza socio-política resulta confirmada en razón de la aceleración del tiempo histórico. La programación de una acción que no le prevea corre el riesgo cierto de resultar totalmente inoperante. Vinculados estrechamente con el tiempo, nos referiremos a las metas parciales, etapas y mecanismos instrumentados para concluirlos exitosamente.

²³ Son órganos de ALADI el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Conferencia de Evaluación y Convergencia, el Comité de Representantes (*Tratado*, art. 28°) y la Secretaría General (*Tratado*, art. 29°).

4.4.1. Los órganos

Una particularidad destacable de la ALADI es la inexistencia de un órgano habilitado para la realización de actos jurídicos de Derecho Internacional que obliguen a la entidad.

En efecto, las disposiciones del Tratado creador expresa en su Capítulo Octavo, art. 52 su carácter de “persona jurídica” cuando dice:

Art. 52°. “La Asociación gozará de completa personería jurídica...”.

Para, a continuación, fijar casos concretos en los que podrá actuar en ejercicio de dicha personería, enumerando: contratar, adquirir bienes y disponer de los mismos, demandar en juicio y, conservar fondos y hacer transferencias.

Analizando las atribuciones de los órganos no se advierte previsión alguna relativa a la capacidad de la entidad para la ejecución de actos jurídicos internacionales, especialmente Tratados.

En relación a las competencias de los diferentes órganos, el texto convencional prescribe sobre la materia al enumerar, en el artículo 30° las atribuciones del Consejo de Ministros, a excepción de la genérica manifestación de que le corresponde:

Art. 30°. “(...) la conducción política superior del proceso de integración económica (...)”.

Cuando se refiere a las atribuciones de la Conferencia prescribe:

Art. 33. “La Conferencia tendrá las siguientes atribuciones: (...) lit. f) Propiciar la negociación y concertación de acuerdos en los que participen todos los países Miembros y que se refieran a cualquier materia objeto del presente Tratado ...)”.

4.4.2. Medios operativos

Están constituidos por los instrumentos a disposición de los Estados y, al respecto el texto del Tratado de Montevideo, 1980 expresa:

TM/1980. Art. 4°. “Para el cumplimiento de las funciones básicas de la Asociación establecidas por el artículo 2° del presente Tratado, los países miembros establecen un área de preferencias económicas, compuesta por una preferencia arancelaria regional, por acuerdos de alcance regional y por acuerdos de alcance parcial”.

Las prescripciones específicas de cada uno de los mecanismos enumerados se desarrollan en los artículos 5° (Preferencia arancelaria regional), 6° y 18° (Acuerdos de alcance regional) y 7° a 14° y 19° a 23° (Acuerdos de Alcance parcial).

Corresponde asimismo señalar que, según lo dispuesto por los artículos 44° y 46° se establece la vigencia de las cláusulas de “Nación más favorecida”²⁴ y, en materia fiscal, de la de “Trato nacional” para los productos originarios de los países Miembros de la Asociación.

4.4.3. Acuerdos de Alcance Parcial

Por ser atinente al tema se comentan particularmente. Constituyen el mecanismo utilizado en la celebración del Tratado de Asunción, 1991 (MERCOSUR).

Modalidades básicas de tales acuerdos son:

- 1) Su limitación subjetiva pues se refieren a los convenidos por solo una parte de los Estados miembros de ALADI estando obligados por sus disposiciones solo sus celebrantes (Tratado. Art. 7°);
- 2) La amplitud de su contenido (Tratado. Arts. 8° y correlativos del Capítulo 2. Sección tercera);
- 3) Su adecuación al principio de convergencia que permita su multilateralización (Tratado. Art. 9°, lits. a) y b);
- 4) Tratamientos diferenciales conforme la distinta categoría de los países celebrantes (Tratado. Art. 9°, lit. d);
- 5) Plazo mínimo de vigencia (Tratado. Art. 9°, lit. f).

En definitiva, el Tratado ALADI constituye un precedente normativo obligatorio para los Tratados que, en su ejecución, celebren sus Estados Partes; estos tienen limitaciones convencionales fijadas *a priori*. Lo expresado es consecuencia de la normativa vigente, de Derecho Internacional General, para los Tratados sucesivos y de las, ya citadas, expresas disposiciones del Tratado de Montevideo 1980²⁵.

5. El Mercado Común del Sur (MERCOSUR)

El Mercosur es consecuencia del Tratado de Asunción (TA) del 26 de Marzo de 1991, celebrado entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, el Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Estados Partes del Tratado ALADI). Además del citado constituyen su base jurídica los Protocolos de Brasilia (PB-1991), Ouro Preto (POP-1994) y Olivos (PO-2002).

De acuerdo con las normas del Derecho Internacional General sobre

²⁴ La Cláusula de nación más favorecida opera de diversa forma y con distinto alcance según sea la situación planteada pudiéndose distinguir dos diferentes modalidades de su aplicación: a) inmediata e incondicional extensible a los países miembros en caso de productos originarios de o destinados a cualquier país miembro o no miembro de la Asociación (TA. Art. 44°); b) las ventajas otorgadas a países o áreas de integración de América Latina o extra latinoamericanas solo serán extensibles –automáticamente– a los países de menor desarrollo económico relativo (TA. Arts. 25° a), 27° a) y 15° a 17°).

²⁵ Tratado ALADI. Art. 9° que en su párrafo inicial dice: “Art. 9°. Los acuerdos de alcance parcial se regirán por las siguientes normas generales: ...”.

Tratados Internacionales, es un Tratado subordinado y, por consiguiente, condicionado por las disposiciones del Tratado principal; en el caso el Tratado ALADI.

Al exponer sobre los mecanismos funcionales del Tratado ALADI, se efectuó una especial referencia los Acuerdos de Alcance parcial; el Tratado de Asunción reviste dicha naturaleza y debe adecuarse a sus precedentes convencionales que establecieron un ordenamiento jurídico internacional particular de jerarquía superior que lo condiciona. Dado el carácter de normativa subordinada al Tratado de Montevideo de 1980, su dependencia del mismo no es solo funcional sino también teleológica en cuanto constituye un medio operativo destinado a lograr los propósitos de los Estados Partes en el Tratado ALADI que, en definitiva, se reducen al objetivo básico y esencial del proceso: la Integración de América Latina.

5.1. Los principios

El comentario se limita a los principios operativos, es decir aquellos que implican pautas de funcionamiento del sistema en orden al objetivo previsto convencionalmente. No obstante no existir, en el Tratado MERCOSUR, una sistematización de sus principios se pueden señalar los siguientes:

- a) *Reciprocidad* de derechos y obligaciones entre los Estados Parte (TA. Art. 2°);
- b) *Solidaridad* que resulta del reconocimiento de las diferencias económicas estructurales existentes entre los países Miembros; el aludido principio consta en TA. Art. 6° y disposiciones del Programa de Liberalización Comercial (TA. Anexo II);
- c) *Coordinación* de políticas comerciales extra MERCOSUR que se prescribe en TA, art. 8° punto primero “*in fine*”;
- d) *Cláusula de la nación más favorecida*, que funciona como principio de conformidad a lo establecido en TA, art. 8° lit. d)²⁶;
- e) *Gradualidad, flexibilidad y equilibrio* Preámbulo, párrafo 3°).

5.2. Objetivos

En relación a los propósitos, el texto convencional enumera en su artículo 1° su objetivo institucional:

Art. 1°. Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de Diciembre de 1994, ...”

²⁶ TA. Art. 8° expresa: “... d) Extenderán automáticamente a los demás Estados Partes cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no Miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración”.

En el Preámbulo se indican los motivos que constituyen asimismo las finalidades que los han impulsado a celebrar el Tratado, crear la Organización Internacional y constituir el Mercado Común; en sus párrafos 2° a 4° y 7° se manifiesta que lo que se pretende es:

- 5.2.1. la ampliación de los mercados nacionales para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social;
- 5.2.2. el más eficaz aprovechamientos de los recursos disponibles;
- 5.2.3. la preservación del medio ambiente;
- 5.2.4. el mejoramientos de los interconexiones físicas;
- 5.2.5. la coordinación de las políticas macroeconómicas;
- 5.2.6. la complementación económica con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio;
- 5.2.7. una adecuada inserción internacional de los Estados Partes;
- 5.2.8. la promoción del desarrollo científico y tecnológico para ampliar la oferta y calidad de bienes y servicios;
- 5.2.9. el mejoramiento de las condiciones de vida en la región.

5.3. El elemento temporal del proceso (Plazo).

El Tratado contiene reglas destinadas a regular *un proceso* con un *objetivo* a obtener en un lapso predeterminado mediante acciones de los Estados y de los órganos creados contractualmente, avanzando gradual, flexible y equilibradamente²⁷. En lo que respecta al mismo contiene diversas prescripciones:

a) *Plazo del Tratado*. La norma convencional dispone:

TA. Art. 19°. *El presente Tratado tendrá duración indefinida y entrará en vigor treinta (30) días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación ...*"

b) *Plazo para el cumplimiento del propósito institucional del TA, la constitución del Mercado Común del Sur*. El Tratado dispone:

TA. Art. 1°. *Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de Diciembre de 1994, el que se denominará "Mercado Común del Sur" (MERCOSUR).*

A los efectos de que tal objetivo general sea satisfecho se establecen un plazo de ejecución de medidas previas necesarias al objetivo principal y para su institucionalización definitiva.

c) *Plazo de transición*. De conformidad con el principio de *gradualidad* se establece (TA. Art. 3°) un período de transición por el lapso que medie entre la entrada en vigor del Tratado y el 31 de Diciembre de 1994.

Al respecto la norma convencional pertinente dispone un plazo inde-

²⁷ Tratado de Asunción. Preámbulo, apartado 3°.

terminado en cuanto al momento inicial pero fija, en el citado Art. 1º, la oportunidad de su finalización: Diciembre 31 de 1994. Sin embargo, de acuerdo a las disposiciones del Art.5º lit. a), Art. 6º y Anexo 1. Arts. 1º y concordantes (Programa de Liberalización Comercial), el plazo para la eliminación de restricciones por Paraguay y Uruguay se extiende hasta el 31 de Diciembre de 1995.

d) *Plazo de determinación de la estructura institucional definitiva del MERCOSUR.* El dispositivo contenido en el Art. 18º establece que con anterioridad al vencimiento del periodo de transición, las Partes deberán resolver sobre la estructura, atribuciones y funcionamiento orgánico del MERCOSUR. En la misma forma se dispone respecto al Sistema de Solución de Controversias, en el Art. 3º del Anexo 3º. Dichas normas se cumplieron parcialmente, en la oportunidad fijada, mediante el Protocolo de Ouro Preto y más tarde, respecto al Sistema de Solución de Controversias, por el Protocolo de Olivos del 18 de Febrero de 2002, aunque de carácter transitorio, al igual que su antecesor, el Protocolo de Brasilia.

5.4. Medios de ejecución

Con la finalidad de dar cumplimiento a los objetivos generales y específicos fijados a la Organización Internacional creada se le reconoce personalidad jurídica propia. En efecto el POP, art. 34º expresa:

POP. “Art. 34º. El MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional”.

Asimismo se establece su estructura orgánica y funcional; la primera determina los órganos que se encargarían de la dirección y ejecución del proceso pertinente, la segunda prescribe sobre los mecanismos mediante cuya utilización por los Estados Partes debe conducir a la efectiva instalación del Mercado Común.

5.4.1. Órganos

La estructura institucional definitiva establecida por el Protocolo de Ouro Preto (P.O.P.) reviste carácter intergubernamental (P.O.P. Art. 2º; Arts. 4º, 11º y 17º que prescribe la integración de los órganos; Art. 37º y 42º, procedimiento de adopción y valor jurídico de las decisiones).

Los órganos dotados de facultades decisorias, de carácter obligatorio para los Estados son, conforme lo dispuesto por los artículos 9º, 15º y 20º, el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) y la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM)²⁸.

²⁸ La estructura institucional originaria del MERCOSUR se complementa con la creación del Parlamento Latinoamericano (PL) mediante el “Protocolo constitutivo del Parlamento del MERCOSUR” (PPM), suscrito por los Presidentes de Argentina,

A los efectos de la consideración y adopción de decisiones, en cada uno de los órganos citados, se requiere la participación de los representantes de todos los Estados Partes que los componen²⁹ y, la voluntad del órgano expresada en la ejecución del acto de que se trate, se forma mediante el “*consenso*” (P.O.P. Art. 37°).

Es relevante, a los efectos del comentario, el análisis de las atribuciones otorgadas por el Tratado a los órganos fundamentales.

a.1. Al CMC le corresponden, entre otras según lo dispone el POP. art. 8°, las siguientes competencias:

Brasil, Paraguay y Uruguay, en Montevideo el 9 de Diciembre de 2005. La adopción del Protocolo se conforma a las disposiciones del Tratados fundamentales y decisiones CMC n° 49/04 y 23/05. Se trata de un órgano unicameral compuesto por setenta y dos Parlamentarios (dieciocho por cada país Parte) elegidos por los respectivos Parlamentos Nacionales para una primera etapa (2006/2010); a partir del inicio de la segunda etapa (2011/2014) los integrantes del Parlamento resultarán de elecciones directas celebradas conforme lo disponga cada Estado Parte para, en 2014 asumir los electos en una elección directa unificada (PPM. Arts. 5°, 6°, Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª y 3ª). Los Parlamentarios son independientes en el ejercicio de sus funciones (art. 9°) y gozan de inmunidad civil y penal (art. 12°). El Parlamento del MERCOSUR carece de autoridad decisoria, determinando sus competencias el PPM en su art. 4° que le faculta para elaborar, solicitar y recibir informes sobre el estado de los Derechos Humanos, fomento de la democracia y marcha del proceso, recibir peticiones elaborar estudios, proyectos y anteproyectos, emitir recomendaciones y dictámenes no vinculantes (inc. 12°). Dispone asimismo de facultades presupuestarias y reglamentarias internas.

²⁹ El CMC tiene como función la conducción política del MERCOSUR y la adopción de decisiones destinadas al cumplimiento del objetivo convencional. Está integrado los Ministros de RREE y de Economía o equivalentes que representan los Estados Partes; se reúne cuando fuese necesario para el desarrollo del proceso y, por lo menos, una vez semestralmente con los Presidentes de los Estados Partes (POP. Arts. 3° a 9°). Se pronuncia mediante decisiones obligatorias para los Estados, las que deben ser adoptadas por consenso (POP. Art. 37°). El GMC es el órgano ejecutivo integrado por cuatro miembros titulares por cada Estado, que son designados y representan a los mismos debiendo estar, obligatoriamente, representados los Ministerios de RREE, Economía y los Bancos Centrales. Funciona mediante reuniones a celebrarse en cuanta oportunidad fuese requerido y sus “resoluciones”, adoptadas por el mismo procedimiento que las “decisiones” del CMC, son obligatorias para los Estados. El tercer órgano principal es la CCM, órgano asistente del GMC, que se compone por cuatro miembros titulares por Estado. Sus actos son las “directivas” igualmente obligatorias y adoptadas de la misma forma que las de los dos citados órganos principales. Como órgano de apoyo operativo funciona la Secretaría Administrativa del MERCOSUR con sede en Montevideo (POP. Arts. 31° a 33°). El Foro Consultivo Económico-Social (POP. arts. 28° a 30°) se integra con representantes de los sectores económicos y sociales de cada Estado. La Comisión de Representantes Permanentes (CRPM) fue creada por la Decisión n° 11/03 del CMC, en Octubre 6 de 2003. Es órgano de carácter permanente, en la esfera del CMC, integrada por Representantes permanentes de los Estados, de quienes dependen, y un Presidente con dos años de duración; sus competencias son de asesoramiento y asistencia a la presidencia y CMC e iniciativa. Su Presidente tiene limitadas facultades de representación del MERCOSUR, por mandato del CMC, en las relaciones internacionales.

- Velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, sus Protocolos y acuerdos firmados en su marco (inc. 1°);

- Ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del MERCOSUR y negociar y firmar acuerdos, en nombre del MERCOSUR, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales; esta última función puede ser delegada al GMC (POP. Art. 8° inc. 3° y 4° y 14° - VII)³⁰.

La referida competencia es coherente con el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional no condicionando, no obstante, la previsión normativa con la práctica seguida por la entidad.

a.2. Al GMC, de conformidad en el POP. Art. 14° le corresponden velar por el cumplimiento del Tratado, Protocolos y acuerdos complementarios y las de representación internacional (negociación y firma de Tratados Internacionales) mediante delegación expresa del Consejo del Mercado Común y otras de control, asesoramiento, iniciativa, administración y funcionales.

a.3. La CCM dispone de facultades de naturaleza comercial y fiscal según lo establecido en POP. Arts. 16° y 19°.

5.4.2. Mecanismos operativos

Los mecanismos fijados para la constitución efectiva del Mercado Común del Sur se determinan en los cuatro apartados finales del TA. Art. 1° (libre circulación de bienes y factores productivos, arancel y política comercial común, coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y, armonización -en lo pertinente- de sus legislaciones) y son reiterados y ampliados en los cuatro (4) literales del Art. 5° (Programa de Liberalización Comercial hasta alcanzar el arancel cero (0) al término del período de transición); la coordinación gradual de políticas macroeconómicas convergente con la eliminación de las restricciones arancelarias; Arancel externo común y, celebración de Acuerdos sectoriales destinados a lograr una óptima utilización y movilidad de los factores de la producción³¹.

³⁰ Existe una previsión convencional relativa a la posibilidad de una delegación de segundo grado, de la competencia para negociar y firmar Tratados, por parte del GMC (POP. Art. 14°-VII, tercer punto) a la CCM destacando que al referirse el texto del Protocolo a las atribuciones de la CCM nada dispone respecto del ejercicio de tal eventual facultad delegada.

³¹ En primer lugar se dispone la ejecución de un Programa de Liberalización Comercial (TA. Art. 5° a y Anexo 1). El plazo para la liberalización del comercio recíproco debe finalizar, incluidas las Listas de excepciones (TA. Anexo 1. arts. 6° a 9°), el 31 de Diciembre de 1994 para Argentina y Brasil y, un año más tarde para Paraguay y Uruguay, en cumplimiento de lo establecido en el TA. art. 6°. La eliminación de restricciones al comercio por cada Estado Parte será progresiva, lineal y automática y comprende:

- a) Gravámenes, derechos aduaneros y cualquier otro de efectos equivalentes de naturaleza fiscal, monetaria y cambiaria;
- b) Medidas financieras, administrativas, cambiarias que incidan en el logro

III. LIMITACIONES

1. Clases

La finalidad del estudio de los textos internacionales es analizar las limitaciones de los marcos convencionales creados en América Latina, limitaciones que revisten distinta naturaleza; se debe destacar que todas se encuentran entrelazadas y que, en consecuencia, las deficiencias puntuales existentes en aspectos determinados, interactúan entre sí manifestándose en ineficiencias que obstaculizan la obtención del fin deseado.

Las insuficiencias pueden clasificarse en base a diversos criterios, siendo necesaria la adopción de uno de ellos se estima, a los fines del comentario, dividirlos en estructurales, orgánicas y operativas. Los aspectos a considerar son: a) la adecuación de los Tratados al contexto internacional; b) las relaciones existentes entre los objetivos fijados convencionalmente por los Estados y los medios de ejecución que hagan posible obtenerlos.

1.1. Limitaciones estructurales

Los procesos de integración a los que se refiere el trabajo presentan, desde el punto de vista estructural cuatro limitaciones fundamentales:

a) De contexto situacional. Resulta de la falta de consideración de la realidad con tres enfoques diferenciados:

a.1. Extrarregional. Corresponde acotar que el examen de la realidad global se redujo, en lo sustancial, a sus aspectos económicos.

No fueron objeto de consideración los procesos de transformación, esencialmente política, que se llevaban a cabo en la Comunidad Internacional;

a.2. Regional. La limitación sustancial a solo aspectos económicos (mercantiles) sin previsiones relativas a la concertación de políticas comunes *ad intra* en materias en las que existe una evidente realidad condicionante, compartida por los Estados latinoamericanos (producciones primarias, desarrollo, tecnología, comunicaciones, pobreza y exclusión social entre otros) y, *ad extra* en cuanto a la inexistencia de mecanismos que permitan elaborar y ejecutar una política exterior regional común;

a.3. Nacional. La falta de convicción de los factores de poder y clase dirigente sobre la urgente necesidad de llevar a cabo fundamentales transformaciones en las relaciones interestatales que permitan la ejecución de un proceso de Integración anteponiendo el interés general a supuestos beneficios coyunturales y sectoriales.

b) Sustanciales de contenido. En lo relativo a la materia cuya transformación aparece como necesaria. Cabe señalar que en la formulación de los procesos de integración latinoamericanos solo se consideraron, como se ha destacado, los aspectos económicos y, en particular los relativos al comercio intrarregional como mecanismo que permitiría la ampliación de los mercados nacionales y un eventual desarrollo en virtud de una optimización en

el aprovechamiento de los recursos disponibles en la Región; los antecedentes de ALALC, organización basada en los estudios y propuestas de la CEPAL y, específicamente, el texto del Tratado de Montevideo de 1960, demuestran tal afirmación. Por otra parte, de un análisis de sus objetivos y mecanismos³² resulta su índole estrictamente mercantil. Idéntica observación caben a ALADI³³ y al Mercosur³⁴, omitiéndose el análisis de las materialidades sociales y culturales.

del objetivo del Programa. Los caracteres de progresividad y automaticidad se aseguran mediante un cronograma de fechas y porcentuales para la eliminación de las restricciones al comercio entre los Estados Partes debiéndose señalar que los porcentajes y plazos son mínimos encontrándose facultados los Estados para profundizar las medidas de conformidad a las prescripciones del Tratado ALADI (TA. Anexo 1. art. 5°).

Se establece asimismo un Régimen General de Origen. Con carácter complementario y a los efectos de la ejecución del Programa de Liberalización del Comercio se establece el mecanismo mencionado que determina los productos originarios de los Estados Partes calificación que comprende (Anexo 2. art. 1°): a) Los elaborados en el territorio de las Partes con materiales originarios de las mismas o, cuando no se utilice la totalidad de materiales originarios en el citado territorio sean transformados en otros individualmente calificados en la Nomenclatura Arancelaria de ALADI; b) Los productos de los reinos mineral, vegetal y animal obtenidos en territorio de los Estados Partes, incluidas las áreas marítimas de explotación exclusiva o en alta mar por buques de sus banderas o empresas con sede en sus territorios. Los Estados Partes podrán disponer, de común acuerdo, las adecuaciones operativas que sean requeridas a los efectos de la ejecución y control del cumplimiento del Programa (Anexo 2. arts. 2° a 17°).

Cláusulas de salvaguarda. En el Anexo 4 se autoriza el uso de cláusulas de salvaguarda con carácter excepcional (Art. 1°) en caso de que las importaciones de un determinado producto cause o amenace causar daño grave al mercado de un Estado Parte debido a un sensible aumento de dichas importaciones en un corto período (Art. 2°). El procedimiento de implementación requiere consultas solicitadas al Grupo Mercado Común, debe encontrarse debidamente justificada y solo regirán durante un año prorrogable, en forma inmediata consecutiva, por igual período (arts. 2° y 5°).

Respecto a la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales (Anexo 5) se dispone la creación de Grupos de Trabajo sobre asuntos comerciales, aduaneros, normas técnicas, política fiscal y monetaria, transporte terrestre y marítimo, políticas industrial, tecnológica, agrícola, energética y coordinación macroeconómica.

³² ALALC. En el Tratado de Montevideo de 1960, creador de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio se fija su objetivo, la instalación de una Zona de Libre Comercio Regional; se establece un programa, de ejecución automática, con objetivos parciales y mecanismos adecuados (Listas nacionales y común, cláusula de nación más favorecida, tratamientos diferenciales por categoría de países, entre otros. Su propósito fundamental y el único programado se limita al establecimiento de la ZLC.

³³ ALADI. Ver *supra*, punto II. 4.

³⁴ MERCOSUR. Ver *supra*, punto II.5. MONSANTO, A.E. Comentario citado *supra* Nota 2. expresa que ni la constitución de un Mercado Común puede sostenerse, como objetivo del Tratado de Asunción (MERCOSUR), por la inexistencia de mecanismos establecidos a tal fin (tanto en el aludido Tratado, como en el Protocolo de Ouro Preto), por lo exiguo del plazo fijado y por el contenido y espíritu de los laudos arbitrales de los Tribunales *ad-hoc*.

No existen, en los textos de los Tratados fundacionales referencias a dichos aspectos: ni objetivos, ni mecanismos.

c) Temporales. Surgen como corolario de la primera y se configura por la omisión del elemento temporal imprescindible para la ejecución de la transformación apetecida.

El elemento temporal, implícito en la noción de proceso, no fue estimado de trascendencia en la formulación de los programas de transformación regional, se desconoció, fundamentalmente, la celeridad de los procesos de cambio en desarrollo en la Comunidad Internacional omitiéndose, lisa y llanamente, un elemento fundamental para el éxito del proceso latinoamericano. Las previsiones del Tratado ALADI en la materia y la indefinición del tema en el Tratado de Asunción (MERCOSUR)³⁵ acreditan lo manifestado;

d) De procedimientos y programación. El no tener en cuenta la realidad general de la Comunidad Internacional y omitir un factor esencial en un proceso inducido de cambio, implica la falta de elementos básicos que obstan a la formulación de un programa y a la disponibilidad de instrumentos adecuados al propósito declarado.

Consecuencias de las insuficiencias materiales, del análisis global y regional y de la supresión de plazos de ejecución resulta que la programación no se adecua ni a los intereses de los Estados, ni a la realidad en la que se debía operar para lograr el propósito designado, sea material o temporalmente.

La observación de la relación de medios a objetivos vigente y la práctica seguida desde el inicio de los procesos de integración latinoamericanos permite advertir una serie de limitaciones que afectan el desarrollo de los procesos, restringiendo y demorando los avances hacia la realidad establecida como meta.

Los Estados de América Latina, a efecto del desarrollo de sus procesos de Integración han recurrido a un medio apropiado para ejecutar la cooperación ya que han estimado necesaria la constitución de entidades que les comprendan y permitan alcanzar sus objetivos comunes y particulares³⁶; ello es la creación de Organizaciones Internacionales.

Las Organizaciones latinoamericanas de Integración son entidades instrumentales y funcionales diferenciadas de sus Estados creadores e integrantes, que disponen de estructura institucional, objetivos declarados y medios de acción propios³⁷ e insuficientes.

³⁵ TA. Art. 19°.

³⁶ Las Organizaciones Internacionales constituyen instrumentos funcionales de los Estados, medios idóneos para la cooperación institucional y permanente, superadora de los Tratados como mecanismos de cooperación coyuntural, que les facilita alcanzar sus objetivos. Implica asimismo una etapa avanzada en el proceso de organización de la Comunidad Internacional.

³⁷ Ver *supra*, Capítulo II.

1.2. Limitaciones orgánicas

Considerando tales las relativas a:

a) Estructura institucional de las Organizaciones de Integración ya que se advierte la inexistencia o insuficiencia de órganos, en particular de representación de poderes públicos y sectores no gubernamentales y de interpretación y aplicación de la normativa del proceso.

Tal situación es evidente en lo referido a la ALADI e insuficiente respecto del MERCOSUR pues el sistema original del Protocolo de Brasilia³⁸ no garantizaba la interpretación y aplicación uniforme de las normas jurídicas de dicho proceso subregional afectándose el principio de “seguridad jurídica”.

La modificación introducida por el Protocolo de Olivos constituye un avance en la materia al instalar un Tribunal Permanente de Arbitraje subsisten, no obstante, las deficiencias derivadas de la esencial transitoriedad del sistema y su restringida competencia al ser un órgano solo facultado a intervenir básicamente³⁹ en las controversias interestatales.

b) De representación. Composición y funcionamiento de los órganos. En ambos Tratados (ALADI y MERCOSUR) la totalidad de los órganos creados ejercen exclusivamente la representación de los Estados. Dichos representantes estatales, además de integrar órganos internacionales, revisten la calidad de funcionarios dependientes de los Poderes Ejecutivos de los Estados, sean que revistan la calidad de Ministros (CMC), representantes de los Ministerios RREE, de Economía y de los Bancos Centrales (GMC) o ejerzan una representación nacional indeterminada como sucede en el caso de la CCM, pues nada dispone al respecto el Art. 17° del POP.

No existe en ALADI ningún órgano que pueda expresar la opinión democrática de los ciudadanos de los Estados y en MERCOSUR, solo en desarrollo, la constitución de un Parlamento Latinoamericano, debiéndose destacar que las funciones acordadas al mismo son sumamente limitadas⁴⁰.

³⁸ El PB determinó la competencia de Tribunales ad-hoc para cada caso de controversia que se suscitara con motivo de la aplicación de las reglas del MERCOSUR.

³⁹ La previsión del PO. Cap. XI, arts. 39° a 44° sobre reclamos de particulares implica una dependencia de la voluntad estatal en cuanto a la admisión y presentación del reclamo y de un órgano de representación estatal (GMC) para su procedencia ante el órgano jurisdiccional.

⁴⁰ Ver *supra* Nota 27. Las atribuciones concedidas al Parlamento del MERCOSUR resultan de las previsiones de su Protocolo Constitutivo; en primer lugar corresponde señalar la función de Art. 2° inc. 1° Representar a los pueblos del MERCOSUR...”. El Art. 4° se determinan facultades de vigilancia, elaboración y pedidos de informes, emitir declaraciones y recomendaciones, elaborar dictámenes, confeccionar anteproyectos, proyectos y estudios, mantener relaciones institucionales con organismos de los Estados Miembros, en particular con los de competencias legislativas y con terceros Estados. No dispone de potestades decisorias vinculantes, razón por la que la representación de la voluntad popular es nominal.

c) Adopción de decisiones. En cuanto a los procedimientos sobre adopción de decisiones por los órganos, se destaca el establecido por el Tratado MERCOSUR ya que, en el Tratado ALADI, se fijó un sistema de mayoría calificada, los dos tercios, tanto en el Consejo de Ministros, la Conferencia de Evaluación y Convergencia y el Comité de Representantes.

La situación en el MERCOSUR es diferente, consagrando en definitiva la regla de la unanimidad, ya que las decisiones, en cualquiera de sus órganos facultados para tomar resoluciones obligatorias para los Estados (CMC, GMC y CCM), deben ser adoptadas por consenso, sin voto negativo u oposición, y con participación de los representantes de la totalidad de los Estados Partes; es decir que la sola ausencia de una representación estatal implica la paralización del funcionamiento del órgano de que se trate obviándose, además, la necesidad de manifestar los fundamentos de una eventual oposición.

d) Personalidad jurídica. Representación internacional.

Las disposiciones convencionales, sean las de ALADI o las del MERCOSUR, son inexistentes o insuficientes y confusas.

d.1. Pese a reconocerse, en ALADI, que la Asociación “...gozará de completa personería jurídica...” (Tratado ALADI, art. 52º), en el articulado relativo a las competencias de sus órganos no consta disposición alguna referida a su capacidad para la ejecución de actos internacionales, a excepción de la atribución conferida a la Conferencia de Evaluación y Convergencia (Tratado ALADI. Art. 33º) a la que faculta para “*propiciar*” la celebración de acuerdos entre los Estados Partes⁴¹. Es evidente, a estar a los textos pertinentes, que la Asociación Latinoamericana de Integración carece de instrumentos para actuar en el ámbito internacional.

d.2. En el caso MERCOSUR, corresponde destacar dos aspectos:

Por una parte las prescripciones de la normativa resultante de los Tratados fundacionales; particularmente del POP que establece la estructura institucional definitiva⁴² y, por la otra, la práctica seguida por la Organización y los Estados Partes que aparece como contradictoria con las disposiciones convencionales.

Atribuciones convencionales en materia de relaciones Internacionales. La Organización y sus órganos fundamentales disponen de capacidad para actuar en el ámbito internacional conforme resulta de lo prescripto en el POP. Que en su articulado específicamente señala que:

⁴¹ De hecho, según lo previsto sobre los mecanismos, la inclusión de los Acuerdos de Alcance Regional o Parcial, constituyen medios fundamentales para la acción integracionista de las Partes.

⁴² Las instituciones establecidas en el POP no revisten, en realidad, tal carácter por diversas razones entre las que se destaca la que se analiza en el texto y por la incorporación de nuevos órganos resultantes, hasta el momento: del Protocolo de Olivos (Sistema de solución de controversias), de la Comisión de Representantes Permanentes y, del Protocolo constitutivo del Parlamento del MERCOSUR.

“Art. 34°. El MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional”.

Respecto del CMC se establece que le corresponde: “Art. 8° III. “Ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del MERCOSUR (...)” y, Art. 8° IV “Negociar y firmar acuerdos en nombre del MERCOSUR...”.

En cuanto a las facultades del GMC en la materia, en el art. 14° VII y 8° IV se le autoriza, por delegación específica.

2) La práctica del MERCOSUR en materia de relaciones internacionales. De conformidad con el principio de *convergencia* los Estados miembros del MERCOSUR han celebrado acuerdos en vista a la incorporación al proceso subregional con diversos Estados Partes en el Tratado ALADI.

Particularizando el análisis a los casos de las Repúblicas de Chile, Bolivia y Bolivariana de Venezuela corresponde destacar que los Tratados de Adhesión siempre han sido suscritos por los Representantes de cada uno de los Estados Miembros del MERCOSUR, en forma conjunta pero individual, invocándose la calidad de Partes en el MERCOSUR u omitiendo tal declaración, como acontece en el Protocolo de adhesión de Venezuela del 4 de Julio del corriente año 2006 pero, siempre, ejerciendo la representación nacional. Consecuencia de lo dicho es que tales Tratados revisten la calidad de semi-colectivos a estar a la clasificación doctrinaria de los convenios en que, una Parte está constituida por una pluralidad de Estados y la otra, por uno solo; el procedimiento es peculiar ya que, a partir del Protocolo de Ouro Preto, el MERCOSUR posee personalidad jurídica internacional (POP. Arts. 34° y 35°).

2.1. El Acuerdo que inicia el proceso de incorporación de Chile es un Acuerdo de alcance parcial de Complementación económica (ACE n° 35), previsto por la normativa ALADI. Fue firmado en Potrero de los Funes, Provincia argentina de San Luis, el 25 de Junio de 1996, entrando en vigencia el 1° de Octubre del mismo año conociéndose, su situación relativa en la entidad, como de Miembro Asociado (4 + 1) ya que las previsiones convencionales se limitan al inicio de un proceso de incorporación plena que lo colocaría, progresivamente, en la misma posición que los Miembros originarios.

2.2. Acuerdo de alcance parcial con Bolivia (ACE n° 36) fue celebrado en Fortaleza el 17 de Diciembre de 1996, en vigor desde el 28 de Febrero de 1997. Al igual que el Tratado de Adhesión de Chile fue suscrito por los representantes de los Estados Partes en el MERCOSUR.

2.3. El 8 de Diciembre de 2005, se suscribió en Montevideo, por los representantes de los cuatro Estados Miembros del MERCOSUR, el Acuerdo para la adhesión de Venezuela iniciándose el proceso formal de su incorporación como Miembro pleno. Venezuela revestía la calidad de Asociado al bloque en virtud del ACE n° 59. El Protocolo de Adhesión, celebrado el 4 de Julio de 2006 en Caracas, fue firmado por los Presidentes de todos los Estados involucrados, Néstor Kirchner por Argentina, Luis Inacio Da Silva por Brasil, Nicanor Duarte Frutos por Paraguay, Tabaré Vázquez por Uruguay y Hugo Chávez Frías por Venezuela.

2.4. Corresponde también, al analizar la práctica jurídica internacional del MERCOSUR, efectuar una referencia a los Tratados celebrados con otros sujetos internacionales (Estados u Organizaciones), en razón de la generalización de los procedimientos solo se citará, con carácter ejemplificativo, el Tratado Marco celebrado con la República de la India (Asunción, Junio 17 de 2003) que textualmente expresa:

Preámbulo, párrafo primero: *“La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay, y la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR, y la República de la India:...; Acuerdan: ...”.*

Conforme el texto reproducido, los celebrantes son Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay por una parte y, la India, por la otra parte, en consecuencia y según las reglas de Derecho Internacional (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Viena 1969) los Estados aludidos resultan obligados por el Acuerdo que han celebrado. Sigue diciendo:

“Artículo 1. A los efectos del presente Acuerdo las Partes contratantes son el MERCOSUR y la República de la India. Las Partes signatarias son la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay, la República Oriental del Uruguay y la República de la India”.

Es evidente que, no obstante el reconocimiento, al MERCOSUR, de una personalidad jurídica internacional propia, la Asociación carece de un órgano de representación internacional; quienes firman el Tratado no son los integrantes del CMC sino, por medio de sus representantes, los Estados, en el caso sus Ministros de Relaciones Exteriores o equivalentes.

La misma situación se reitera en los restantes convenios internacionales en los que participa el MERCOSUR⁴³.

Se considera que, con la creación de la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR (CRPM), no queda superada la señalada deficiencia de inexistencia de un órgano que represente la entidad institucional y prácticamente ya que, no obstante sus eventuales funciones de representación no se encuentran explicitadas en dispositivo alguno de la resolución CMC.EXT/DEC n° 11/03 a excepción de proyectos y acuerdos de cooperación técnica (CMC/DEC n° 20/04)⁴⁴.

e) Responsabilidad. Otra falencia normativa de la que adolecen los Tra-

⁴³ La situación presenta una interesante faceta relacionada con la eventual responsabilidad de los Estados individualmente considerados, cuyo estudio excede la materia del trabajo.

⁴⁴ Las declaradas funciones de representación de la CRPM y su Presidente se limitarían a las de negociación CMC/DEC. N° 11/03, art. 5° y CMC/DEC n° 03/04. Ver *supra* Nota 29. MONSANTO, A.E. Aporte citado. Efectúa interesantes consideraciones sobre la representación internacional del MERCOSUR y ejercicio del Derecho de Legación.

tados ALADI y MERCOSUR se manifiesta en la omisión de disposición convencional alguna vinculada con la cuestión de la responsabilidad internacional *ad intra* de los órganos y funcionarios⁴⁵. Aún cuando los integrantes de los órganos de las entidades de Integración, en los casos comentados, revistan la doble calidad de representantes nacionales y funcionarios internacionales es indudable que, en este último carácter son pasibles de responsabilidad y la materia corresponde a la competencia de la entidad⁴⁶.

1.3. Limitaciones operativas

Las limitaciones operativas provienen de dos vertientes elementales que han sido obviadas en los textos de los Tratados latinoamericanos de Integración:

a) Por una parte se trata del elemento temporal, el mismo no ha recibido la consideración necesaria.

a.1. En el Tratado Marco que constituye la ALADI como resultado de la inexistencia de mecanismos que respondan a los principios de *gradualidad* y *progresividad*, establecidos en su art. 1° ap.2°.

A los plazos para la consecución del objetivo convencional se refiere el Tratado en dos disposiciones (Tratado ALADI. Arts. 1° párr. 2° y 62°) de los que se desprende que tales plazos no se encuentran definidos; los textos citados expresan textualmente: que es “...*objetivo a largo plazo*...” (art. 1°) y que el Tratado “...*tendrá duración indefinida*”.

Además de ello no existe programación de un proceso; como se ha manifestado no se han previsto etapas para su ejecución con objetivos parciales, ni en las cláusulas generales ni en las específicas sobre los mecanismos establecidos.

a.2. En segundo lugar, analizados los mecanismos de Integración fijados, se advierte su falta de adecuación al propósito, es decir una falta de relación directa de medios a objetivos. El desarrollo del proceso queda librado a la decisión, no prevista convencionalmente, de los Estados Partes; ni la preferencia económica, ni los acuerdos regionales o parciales deben, por imperio de la normativa ALADI, establecer mecanismos de ejecución de un proceso a excepción de la imperativa *convergencia* y *multilaterización* que aparece como insuficiente.

b) El Tratado MERCOSUR es más explícito en el tema del lapso para satisfacer su objetivo; si uno peca por defecto el otro lo hace, además, por exceso. Lo es también en lo relativo a la adecuación de medios a objetivos.

⁴⁵ La responsabilidad de los funcionarios nacionales-representantes de los Estados se reduce a la de competencia estatal interna.

⁴⁶ En el proceso europeo de Integración se legisla sobre la responsabilidad política de los órganos y de sus integrantes, v.gr.: la facultad del voto de censura acordado al Parlamento Europeo respecto del desempeño de la Comisión.

b.1. La aspiración de los Estados es constituir un Mercado Común en el exiguo plazo de tres años y nueve meses⁴⁷ (TA. Art. 1°).

El Tratado es esencialmente transitorio, solo vigente durante el período previsto para la ejecución del proceso; ello queda de manifiesto en virtud de las disposiciones contenidas en sus arts. 3°, 5°, 16° y, particularmente, el 18° que prescribe sobre la oportunidad definir la estructura institucional definitiva del Mercado Común ya constituido y de un sistema de adopción de decisiones.

En forma inmediata subsiguiente, el art. 19° dispone la vigencia indefinida del Tratado de Asunción. Los dispositivos aludidos aparecen como contradictorios razón por la cual se considera que la cuestión del plazo de ejecución del proceso no se encuentra determinado con precisión⁴⁸.

b.2. En relación a los fines, inmediatos y mediatos⁴⁹ y sus relaciones con los mecanismos instrumentados es evidente que, el Tratado MERCOSUR ha sido más coherente. El Anexo I del TA establece un Programa de Liberalización Comercial con plazos determinados, mecanismos dotados de *progresividad* automática (art. 3°) y metas prefijadas (cronogramas de períodos y porcentajes de los arts. 3°, 4°, 6° y 7°).

Pese a lo señalado la previsión aludida resulta insuficiente, al objetivo de constitución de un Mercado Común, limitándose a la conformación de una Zona de Libre Comercio. El avance hacia el objetivo fundamental queda librado a la ulterior voluntad de los Estados.

IV. CONCLUSIONES

El precedente análisis, pese a sus limitaciones e imperfecciones permite arribar a algunas conclusiones.

1. La decisión de ejecutar un programa de transformación de las realidades nacionales y regional de América Latina requiere la consideración previa, ineludible y objetiva, de las no satisfactorias circunstancias existentes en las entidades estatales y en la Región y las de la Comunidad Internacional.

Dicho análisis debe comprender las situaciones internas, las relaciones interestatales y los propósitos de los procesos en desarrollo en los ámbitos políticos, sociales y económicos y fundamentalmente la configuración, en tales campos, de la Comunidad Internacional.

2. La omisión de la estimación (o de un correcto examen) de los factores que determinan las características de la estructura internacional vigente es

⁴⁷ El Tratado de Asunción fue suscrito el 26 de Marzo de 1991 y el Mercado Común del Sur debía estar conformado el 31 de Diciembre de 1994.

⁴⁸ De hecho, las previsiones sustanciales y temporales del TA no fueron cumplidas en el término señalado en su art. 1°, no encontrándose constituido el Mercado Común a la fecha.

⁴⁹ A ellos se ha hecho referencia en el punto II.5. supra.

causa coadyuvante de las insuficiencias sustanciales de las programaciones para la integración latinoamericana y motivado su exclusivo contenido mercantil.

La restricción material apuntada ha tenido consecuencias negativas que se han manifestado en la falta de participación social, de continuidad política para la ejecución del proceso y de predominio de los intereses coyunturales y sectoriales situación que, por otra parte, es resultado de la inexistencia de una estructura orgánica y funcional representativa de la totalidad de los intereses sociales.

3. Elemento esencial que requiere especial atención para la formulación y ejecución de un proceso es el temporal, es decir el plazo para su desarrollo a efectos de que su objetivo sea logrado oportunamente. La elaboración de un proyecto ordenado no puede prescindir de dicho elemento debiéndose tener en cuenta, para su determinación, su naturaleza y finalidad, los medios adecuados y los permanentes cambios que se operan en la Comunidad Internacional⁵⁰. En este aspecto son irrefutables las deficiencias de los marcos normativos analizados; inexistencia de plazo en el Tratado ALADI e inconsecuencia en el MERCOSUR.

4. Las deficiencias señaladas incidieron en la falta de adecuación de los medios, orgánicos y operativos, en orden a los objetivos declarados. En el Tratado ALADI no se puede sostener que existan mecanismos de ejecución convenidos; la Organización y los órganos creados carecen de la representatividad y competencias necesarias. Además el único mecanismo operativo, dispuesto obligatoriamente, es la *preferencia arancelaria* que no puede, en forma alguna, ser considerada procedimiento idóneo para la Integración. En el MERCOSUR las previsiones se limitan a métodos destinados a la eventual constitución de una Zona de Libre Comercio y, con liberal interpretación, a la Unión Aduanera y no existe ningún órgano con autoridad independiente de la voluntad estatal para decidir y ejecutar; facultades fundamentales para el desarrollo de un proceso de Integración.

La consolidación de la Integración de América Latina requiere su perfeccionamiento institucional y operativo mediante la adopción de una serie de medidas entre las que es posible señalar⁵¹:

a) la creación de órganos que representen el interés común de los Estados y no dependan directa e inmediatamente de los Poderes Ejecutivos nacionales, como sucede en el actual esquema integracionista;

b) la asignación de potestades específicas a los órganos de Integración creados que les permitan la sanción de actos jurídicos vinculantes para los Estados, no la generalizada y cuasi abstracta determinación de funciones que resulta de los instrumentos internacionales vigentes;

⁵⁰ El elemento temporal constituye una dimensión de transcurso irreversible, universal y simultáneo.

⁵¹ PAGLIARI, ARTURO SANTIAGO. *Curso de Derecho Internacional Público*. Advocatus. Córdoba, 2007.

c) la adopción de un procedimiento que permita la formación de la voluntad propia de la entidad internacional, distinto al existente que requiere la voluntad coincidente, en cada uno de los asuntos propios, de todos los Estados Miembros;

d) la instalación de órganos judiciales independientes que realicen la interpretación de los Tratados constitutivos y del Derecho Derivado, permitiendo la aplicación uniforme del Derecho sancionado.

Es necesario destacar que los Estados Parte en el proceso MERCOSUR han demostrado diverso grado de compromiso con los objetivos declarados en común e incorporados a los Tratados; Brasil y el Uruguay tienen serias objeciones constitucionales a la viabilidad del proceso que impiden lograr estructuras más avanzadas de Integración. La permanencia de dichas situaciones constituye una traba a la voluntad de los restantes Miembros y a la consolidación del interés y los objetivos comunes.

El desarrollo de un real y eficiente proceso de Integración de los países latinoamericanos requiere la superación de las deficiencias señaladas y fundamentalmente que se establezca la participación social en los órganos de decisión y ejecución del proceso.

IMPLEMENTACIÓN DEL MÉTODO DE CASOS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL *

IMPLEMENTATION OF THE CASE METHOD IN THE TEACHING OF THE INTERNATIONAL LAW

*Graciela E. Chalita ***

RESUMEN

El trabajo estudia el método de casos como estrategia didáctica de participación activa de estudiante (agente activo), analizando las características y los tipos de casos entre otros aspectos.

PALABRAS-CLAVE

Método de casos – Derecho internacional – estrategias didácticas.

ABSTRACT

The work studies the case method as a didactic strategy for active participation of student (active agent), analyzing the characteristics and the types of the cases among others aspects.

KEY WORDS

Case method – International law – didactic strategies.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. MÉTODO DE CASOS. 3. ¿QUE ES UN CASO? 3.1. Características de la situación problemática. 3.2. Tipos de casos. 4. ¿CÓMO SE ELABORA UN CASO? 4.1. Factores que ejercen influencia en la elección del caso. 4.2. Pautas. 5. ETAPAS EN LA ELABORACIÓN DE UN CASO. 5.1. Búsqueda y selección del tema. 5.2. Redacción del relato. 5.3. Redacción de las consignas. 5.4. Prueba experimental del caso. 5.5. Instructivo o ficha técnica. 5.6. Claves de corrección. 6. ALGUNAS REGLAS PARA LA UTILIZACIÓN DE CASOS. 7. NUESTRA EXPERIENCIA.

* Relato de la *Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional* 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).

** Profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Directora de la Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional de la misma institución.

1. INTRODUCCIÓN

El punto de partida elegido para abordar el tema del relato es la previa consideración de ciertos aspectos relativos a la elección del método de enseñanza activo. Tal fue nuestra afirmación en el año 1985 al ser también relatora de esta Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza en oportunidad del VIII Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Muchos años después, este planteo previo sigue estando vigente. La elección de las estrategias didácticas debe necesariamente corresponderse con la concepción de enseñanza-aprendizaje y con los objetivos docentes. Cada docente deberá explicitar sus propios objetivos y concepción del proceso de enseñanza, y en función de ello, realizar la elección de las técnicas pedagógicas.

En nuestra opinión, la enseñanza y el aprendizaje deben constituir un proceso dinámico que requiere la participación activa del estudiante; es un acto de cooperación entre el profesor y sus alumnos. Si el alumno aprende (adquiere nuevas conductas, modifica conductas, incorpora conductas, demuestra capacidad para comportarse en forma diferente) significa que el profesor enseña (muestra adecuadamente un objeto).

Si sólo interesa la enseñanza como desarrollo de habilidades en el profesor, a los estudiantes les basta con repetir los contenidos de los libros y la evaluación consiste en la comprobación de la memorización de tales contenidos.

El proceso de enseñanza-aprendizaje entendido, en cambio, como un proceso paralelo que coloca el acento en el aprendizaje, tiende al desarrollo de conocimientos, actitudes y habilidades en el educando y en el profesor, mientras que la evaluación, concebida como un proceso constante, consiste en la demostración de capacidades efectivas adquiridas por los estudiantes.

La tarea de enseñar no puede limitarse a retener y evocar información para el desarrollo del saber en los educandos; se persiguen objetivos mucho más amplios, esto es, lograr que los mismos adquieran la capacidad de operar con la información para poder aplicarla a situaciones diferentes.

El saber solo posibilita el manejo de un repertorio cognoscitivo mientras que al "saber como" se lo identifica como la capacidad de actuar con un repertorio cognoscitivo en situaciones diversas. Tal es el concepto de transferencia. La calidad y eficiencia del aprendizaje se verifican si se obtienen aprendizajes de alta potencialidad de transferencia.

El alumno es, entonces, un agente activo, no se limita a recibir información, sino que, estimulado por su profesor, realiza actividades de aprendizaje, observa, compara, analiza, sistematiza, opina y hasta elabora. A su vez, el profesor, modifica sustancialmente su rol de depositario de la verdad que transmite el conocimiento a sus alumnos para convertirse en coordinador a cuyo cargo está la organización del aprendizaje y el control de las

tareas que ejecutan los alumnos. Promueve el saber, enseña y hace desarrollar la toma de decisiones.

La formación universitaria debe tener como finalidad preparar al estudiante para enfrentarse con situaciones problemáticas, diagnosticarlas y hallar la posible solución a las mismas. Este proceso exige que el estudiante desarrolle y adquiera la facultad de poner en práctica todas las habilidades adquiridas.

2.-METODO DE CASOS

Las diferentes técnicas pedagógicas generan aprendizajes diferentes. La implementación del método de casos en la enseñanza del Derecho Internacional ha sido en nuestro caso una elección derivada, en mayor medida, de los objetivos docentes que intentamos cumplir.

El método de casos como técnica de simulación posibilita un aprendizaje con alto grado de transferencia. Es apto para que profesor y alumnos desempeñen estos roles activos y es absolutamente adecuado para que los alumnos desarrollen las habilidades requeridas que demuestren su capacidad para diagnosticar, evaluar las situaciones complejas y tomar decisiones adecuadas.

El método de casos es un modo de enseñanza en el que los alumnos aprenden sobre la base de experiencias y situaciones de la vida real. La simulación de una situación que puede ser real permite que el estudiante se enfrente al caso “como si” lo experimentara en la realidad profesional.

De esta manera, se les permite construir su propio aprendizaje en un contexto que los relaciona con la realidad. Dice Eduardo Rosker “Todos los individuos aprendemos y entendemos en forma más efectiva y eficiente cuando nos involucramos en la investigación y resolución de un problema. Learning by doing, es el concepto principal de esta didáctica”.

En nuestra opinión, el método de casos remite al aprendizaje que el niño realiza en los inicios de su aprendizaje fuera del ámbito familiar. En el ciclo inicial (jardín de infantes) la tarea primordial del niño consiste en el “hacer”, el niño elige y “hace” en los diferentes rincones de arte, bloques, lectura, etc. y de esta manera desarrolla habilidades que colaboran para su crecimiento. Sin embargo, en ocasiones hemos visto cómo a lo largo de la escolaridad primaria y secundaria, se abandona este sistema y los alumnos tan solo se relacionan con el sistema de retener información.

La utilización del método de casos en el aprendizaje universitario cumple la misión de desarrollar habilidades indispensables para la formación profesional. Y es por ello que hemos elegido este método que mantiene los objetivos perseguidos en la parte inicial del aprendizaje escolarizado.

Poder entender un problema y tratar de tomar la mejor decisión posible para resolverlo es utilizar todo el potencial que tiene un individuo en su

capacidad de comprensión, análisis crítico y relación de conceptos que impliquen el esfuerzo personal que está involucrado en una toma de decisión.

Los inicios del método pueden relacionarse con la formación de abogados y médicos, para quienes siempre fue útil recurrir a apuntes sobre sus propios casos. Como método didáctico, comienza a utilizarse en los inicios del siglo XX en la Universidad de Harvard, como caso de estudios en Derecho, (Harvard Case Method). Se extiende luego a otras disciplinas y adquiere gran desarrollo en el campo de las ciencias económicas y la administración y gestión de empresas y es de utilidad para la enseñanza práctica de la comercialización y la negociación.

El método exige la participación activa y promueve procesos de discusión de la situación reflejada en el caso. Los estudiantes adoptan el rol de un personaje real (partes afectadas al caso, letrados, representantes) o del tomador de decisiones (jueces, árbitros). Se colocan en la situación enunciada como real y con cierto grado de complejidad y obtienen la información pertinente. El docente tiene a su cargo la organización de las tareas, en el tiempo asignado y el espacio, en la asignación del trabajo (elección del caso), suministro de materiales (en mayor o menor medida), ayuda en la obtención de mayor información relativa al caso. Participa en las discusiones o actúa como moderador de las mismas.

Pensar y debatir es responsabilidad de los alumnos. Lo que se aprende está estrechamente ligado a los esfuerzos del grupo. Si el docente actúa como «experto» y da respuestas sentenciosas, el proceso pierde efectividad y hasta puede llegar a fracasar. El alumno no debe experimentar que el docente es el único que «sabe» algo y que es preferible que sea el único que piensa. Por el contrario, el docente debe fomentar el esfuerzo de auto aprendizaje; mostrar una disposición a escuchar otros puntos de vista, a admitir que no haya respuestas perfectas, a aprender de sus estudiantes.

El método de casos posibilita en los alumnos la adquisición de habilidades, el cambio de actitudes o el desarrollo de capacidades tales como, identificar y jerarquizar problemas, generar alternativas, formular juicios de valor fundados, argumentar con precisión y por sobre todo, adoptar decisiones evaluando riesgos.

3. ¿QUE ES UN CASO?

Para la utilización del método de casos, es indispensable conocer qué es un caso. Un caso representa situaciones complejas de la vida real planteadas de forma narrativa, a partir de datos que resultan ser esenciales para el proceso de análisis. Se trata de la descripción de una situación de interacción humana, que está al mismo tiempo centrada en un momento o en un personaje y se presenta dentro de un contexto suficiente para su comprensión.

El caso plantea un problema a comprender (¿qué pasa?) o a evaluar

(¿cuáles son los elementos determinantes?) o a resolver (¿qué hay que hacer?).

Se diferencia de la anécdota en que ésta tiene menos profundidad y otro objetivo. La anécdota sólo ofrece el resultado de la intervención de una o varias personas en una situación determinada. Es expresión de lo real y pone en juego una situación de manera breve, hasta contiene un detonante emocional, pero excluye la implicancia personal del que escucha, lo pone en posición de espectador a la espera del final de la anécdota.

Es también diferente del ejemplo típico, que también es real pero cumple la función de ilustrar o demostrar un principio general, una ley científica, una teoría. El profesor lo utiliza con ese objetivo y tampoco coloca al estudiante en situación de protagonista sino que solo se le brinda como un modelo a seguir y por tanto no puede ser un caso irregular.

3.1. Características de la situación problemática

La situación problemática objeto del caso debe responder a las siguientes características:

- 1) Describir hechos altamente creíbles o reales; se deben utilizar datos ciertos aunque con ciertos retoques para resguardar el anonimato;
- 2) Presentar los hechos en forma objetiva; las opiniones y acontecimientos de los personajes deben describirse con la misma información que poseían los protagonistas;
- 3) Basarse en una temática interesante y actual;
- 4) Debe generar polémica; abordar temáticas que puedan generar diferentes opiniones o posturas;
- 5) Debe ser pertinente al grupo; debe vincularse lo más directamente posible en cuanto al contenido con el grupo al cual va dirigido.

Dice R. M. Hower que un buen caso no tiene un solo tema y menos aún una sola solución, no «ejemplifica», no forma por sí mismo una base para generalizar. No es ilustración de acción correcta o incorrecta. El caso es la base para discutir, una oportunidad para pensar en forma objetiva y constructiva sobre situaciones concretas. Ese quizás sea el motivo por el cual muchos autores aconsejan redactar casos sobre la base de fallos judiciales que aseguran el carácter polémico del mismo. El buen caso es un caso vivo, pertinente, actual y reflejan la realidad profesional.

Pero los casos se “agotan” y deben ser reemplazados. En el ámbito del derecho es comprensible que esto suceda. Mientras las posturas doctrinarias opuestas permiten la discusión y el dictado de fallos diferentes constituyen un excelente material para el armado de casos pero cuando la polémica generada por posturas doctrinarias opuestas o diferentes es superada por un fallo de carácter plenario o por el dictado de una ley, la temática ha perdido la indispensable característica de polémica.

3.2. Tipos de casos

Un caso de estudio consiste generalmente en la escenificación de una determinada situación, que se interrumpe súbita y deliberadamente en el momento preciso en que se debe arbitrar una solución o adoptar una decisión, permitiendo a los alumnos asumir el rol de alguno de los protagonistas de la situación. Pueden describirse algunos tipos de casos que se diferencian por su extensión, objetivos, grado de complejidad, etc.

1) El *minicaso o caso tipo problema* (Meissner, 1965) es una presentación breve de hechos o datos de una situación o un problema para los que existe una única solución o respuesta correcta. Son casos cercanos a ejercicios que pueden elaborarse en un tiempo relativamente breve, de fácil manejo para los docentes y fácil comprensión para los alumnos porque les permite identificar con rapidez los problemas y resolverlos con los conocimientos adquiridos.

2) El *incidente crítico* de Pigors (1961) consiste en la descripción de una situación problemática redactada de modo tal que desemboca en una situación crítica que termina en una pregunta: ¿Ud. qué hubiese hecho en el lugar de...? Esta situación crítica es un detonante cuya finalidad es promover la búsqueda de información omitida y el entrenamiento en la toma de decisiones. El modo de utilización se inicia en un análisis individual del incidente en forma escrita; seguido de un análisis grupal, debate general en plenario para la puesta en común de las alternativas de decisiones a tomar.

La tarea finaliza con una etapa de conceptualización para reflexionar sobre el problema, las dificultades que presenta, los mecanismos para prevenirlas y los principios generales de una acción adaptada a la realidad.

3) Los *casos tipo Mit* presentan situaciones relativamente complejas, en la que los alumnos pueden desarrollar más de una solución aceptable. Pueden presentarse con consignas más o menos extensas y más o menos complejas; pueden también presentarse como consignas únicas o secuenciadas. Los alumnos pueden interrogar y cuestionar a quienes aportan soluciones distintas;

3) Los *Casos tipos Harvard* presentan una descripción generalmente muy extensa de una determinada situación problemática donde el alumno debe primero efectuar un diagnóstico para luego ocuparse de la generación, análisis y selección de soluciones posibles. Es usual que se acompañe abundante información no siempre relevante, clara y suficiente. Se pretende que el alumno seleccione los datos, investigue o busque nueva información, vincule hechos, establezca relaciones causa-efecto, etc. Se denomina «dossier» al cúmulo de documentos anexos.

4. ¿CÓMO SE ELABORA UN CASO?

Para elaborar un caso es necesario tener en cuenta los factores que ejercen influencia en la elección y ciertas pautas necesarias para considerar:

4.1. Factores que ejercen influencia en la elección

El método de casos no provee recetas mágicas a los docentes. Los tipos de casos son muy variados y la forma de usarlos también difiere. En la elección tienen influencia factores tales como:

a) el *tiempo o duración* del curso. Los objetivos y criterios de elección son distintos si el curso es breve, de pocas reuniones con los alumnos o si se extiende en el tiempo, de modo tal que permita el desarrollo del aprendizaje desde un nivel inicial hasta un nivel de mayor complejidad. Cuanta mayor duración tenga el curso, menor es ser la participación activa del docente porque se planean las actividades de resolución de casos permitiendo que los grupos construyan el conocimiento de manera gradual.

b) el *número* de alumnos está muy relacionado con la duración. Los grupos chicos probablemente permiten organizar una tarea más profunda y personalizada y los grupos grandes quizás requieren el trabajo con casos donde la problemática polémica se plantea con singular claridad para evitar dispersiones en el debate en grupo chico o en plenario.

c) la *secuencia de análisis o forma de trabajo* que se elija también tiene influencia sobre la elección del caso. El docente puede iniciar con una explicación conceptual previa o indicar la tarea de resolución del caso sin ningún tipo de exposición teórica. La tarea se puede enfocar con un trabajo individual inicial para continuar con un trabajo grupal y concluir con un trabajo a plenario general donde debaten los integrantes de todos los grupos o suprimir alguna etapa, quizás la primera de tipo individual. Para el mejor logro de los objetivos de la utilización del método de casos entendemos preferible el trabajo grupal pero nada obsta que el método pueda ser utilizado sólo en forma individual.

d) el *momento* en que el docente utiliza el caso distingue los casos-aprendizaje de los casos-evaluación. Esta distinción tiene directa relación con el grado de complejidad, con los materiales a aportar, con la omisión de información, etc. La utilización de casos para el aprendizaje seguramente está acompañada de una serie de preguntas organizadoras de la tarea de los alumnos mientras que el caso evaluación puede limitarse a una sola y única pregunta sobre la resolución del caso del tenor de ¿Cómo se resuelve este caso? o ¿Cuál es la decisión judicial en este caso?

4.2. Pautas

Relacionados con los factores que ejercen influencia en la elección del caso, aparece la necesidad de considerar ciertas pautas, en forma previa al armado y elaboración del caso, a saber:

a) *Extensión*, el número de páginas totales y la tarea a realizar con los alumnos tendrá estrecha relación con el tiempo disponible; Si el caso tiene mayor o menor extensión se relaciona con el número de páginas totales, pero a su vez estrecha relación con el tiempo disponible (el caso requiere

tiempo de análisis, un curso breve exige el caso más concreto y el largo permite la utilización de aquellos que exijan del alumno mucha más tarea, o la resolución del mismo en forma domiciliaria),

b) *Grado de complejidad*, se relaciona con el carácter interdisciplinario, la presencia o no de distractores, la cantidad y diversidad de piezas, con la temática desconocida o poco accesible, documentos en otros idiomas, entretreído de problemas. El distractor amerita un comentario especial sobre todo en el ámbito del derecho. El alumno debe capacitarse para identificar los hechos relevantes del caso y desechar los distractores que, aunque enunciados en el caso, no necesariamente deberán ser tenidos en cuenta en el momento de la discusión y solución posterior. El alumno se capacita para esta selección.

c) *Características de la temática*, polémica, pertinente al grupo, interesante, real o altamente creíble, actual, accesible;

d) *Objetivos*, deberán ser tenidos en cuenta desde el inicio y durante la elaboración del caso. La idea primordial consiste en utilizar la realidad, pero sin perder los objetivos que el docente quiere lograr (aprendizaje de determinados temas con determinado caso).

e) *Modo de presentación*, en forma escrita, con videos o películas, con dramatización, con testigos presenciales;

f) *Estilo*, se relaciona con la etapa de redacción en la elaboración del caso;

g) *Tipo de caso*, se refiere a los diferentes tipos o clasificaciones de los casos ya mencionados;

h) *Materiales*, la cantidad, calidad y variedad de documentos anexos al caso. Pueden presentarse casos sin o con documentos anexos y variar la menor o mayor cantidad de los mismos. Los documentos pueden ser recortes periodísticos, capítulos de libros, cartas, fotografías, mapas, hasta quizás algún video. Todo depende de la complejidad del caso a presentar.

5. ETAPAS EN LA ELABORACION DE UN CASO

Las etapas son cuatro:

- a) Búsqueda del tema;
- b) Redacción del relato y las consignas;
- c) Prueba experimental del caso;
- d) Redacción del instructivo y las claves de corrección.

5.1. Búsqueda y selección del tema

Debe realizarse una tarea de búsqueda de información intensa y continua. ¿Dónde hallar información? ¿A quién preguntar? ¿Qué requisitos respetar? ¿Qué objetivos tener en cuenta?

Se encuentran ideas con la lectura de diarios, de revistas, guiones, etc. pero una de las herramientas de búsqueda más práctica, en nuestra opinión sigue siendo la lectura de fallos judiciales. En el ámbito del derecho pueden resultar apropiadas las entrevistas a profesionales reconocidos para que narren sobre experiencias concretas que permitan seleccionar la temática y la situación problemática.

Hay dos requisitos primordiales a respetar: a) la regla de *autenticidad*: el caso se elabora extractado de la realidad; el caso no se inventa, no se construye a los fines pedagógicos. Se obtiene de la realidad la situación problemática concreta, original, que se convierta en la base de reflexión y b) la regla de *interés*: la temática centrada en un tema pertinente, al grupo que lo utiliza, situarse dentro del campo profesional de las actividades futuras de los participantes, relacionarse con situaciones cotidianas que encontrarán en su vida profesional y constituir una situación abierta.

Los objetivos a tener en cuenta se relacionan con los contenidos conceptuales que deseamos abordar (aprendizaje de determinados temas). El docente organiza la temática que se desea investigar y cuáles son las aptitudes que se aspira desarrollar en los alumnos. Los casos pueden tener distintos objetivos: buscar información, diagnosticar, tomar decisiones.

5.2. Redacción del relato

Hay ciertas *reglas* que la redacción del relato debe respetar y la estructura básica que debe contener.

En general es preferible que la redacción la realice un equipo de dos o tres personas y no es conveniente que el caso sea redactado en forma individual por quien lo ha protagonizado, esto es, el proveedor de la situación problemática. El trabajo en equipo colabora para evitar la deformación tendenciosa de los hechos, la omisión involuntaria de detalles importantes, la tendencia a incluir la decisión tomada, el silencio de los errores o torpezas, etc.

Los redactores deberán respetar como *reglas*:

- 1) La precisión del vocabulario; se intenta evitar ambigüedades en el texto, ser preciso no significa evitar situaciones complejas, por el contrario, cuanto más compleja es la situación se requiere mayor sencillez y precisión en el vocabulario. Habrá que pulir los términos que se utilicen para la mejor comprensión;
- 2) El estilo simple y directo; la lectura del caso deberá ser preferentemente fácil, con una redacción clara y concisa;
- 3) La objetividad del relato de los hechos, los hechos deben presentarse con absoluta objetividad para evitar incluir tendencias u opiniones que influyan en la decisión de los alumnos. Si se utilizan pasajes o documentos que presentan un carácter subjetivo (carta, reportaje, etc.) conviene destacarse con comillas, tipografía especial o presentación en anexo.

4) La no alteración de los datos reales; si los hechos deben reflejar la realidad, deben ser descriptos sin omitir ni alterar los datos de la misma. La excepción está dada por el anonimato de las personas. Se deben respetar datos que son importantes tales como sexo, edad, condiciones socio-geográficas, función, cifras, etc. pero respetar el anonimato para el nombre de los protagonistas.

5) Los nombres comunes de los protagonistas del caso, los datos personales requieren una consideración especial, no es conveniente utilizar personajes con nombres y apellidos demasiado comunes y menos aún los verdaderos nombres de los protagonistas, sobre todo si se trata de personas conocidas.

Hay una costumbre desafortunada que lleva a denominar los personajes con nombres ridículos, grotescos o risueños. El método de simulación exige la mayor cercanía con la realidad y esto sólo se logra si los alumnos experimentan identificación, esto es, si sienten «como si» fueran los protagonistas. El humor utilizado en estas circunstancias se convierte en una herramienta que obstaculiza el trabajo con casos en vez de beneficiarlo. La mejor identificación se logra cuando los hechos están protagonizados por personas comunes y para ello se requiere que sus nombres no muevan a risa ni sean indicadores de conductas (a veces se eligen nombres que demuestran las posturas acertadas o equivocadas de quienes lo utilizan; o la razón o sinrazón de los protagonistas). Cuanto más comunes los nombres elegidos, menos riesgo se corre de influir en la decisión final del caso.

6) La objetividad en la presentación de la información; el relato de los hechos puede ser objetivo pero la presentación de la información «inducir» la solución. Esto depende del modo que se presenta la información; de lo más o menos atractivo que aparecen los anexos o la documentación. La «inducción» hacia la «correcta» solución que el docente ha preconcebido también provoca el fracaso del uso del método.

7) La utilización de un título atractivo; la regla del interés se cumple desde el mismo título del caso. De todos modos, ser atractivo no significa que no deba ser neutro y general. Al redactar un caso hay que estar muy atento para no incluir en el mismo título la solución del mismo o la postura que el docente desea defender. El humor puede ser un recurso plenamente válido siempre y cuando se respete la regla de la neutralidad. Vale lo antes dicho con respecto a los nombres de los protagonistas.

La *estructura* del relato debe incluir ciertos elementos indispensables:

- 1) La ubicación en la época, lugar, circunstancias y todo el contexto susceptible de permitir la delimitación de la situación problemática;
- 2) La enumeración de los personajes intervinientes con la descripción de los lazos y relaciones que los unen;
- 3) La descripción de los acontecimientos que han provocado la crisis;
- 4) Los antecedentes de la crisis propiamente dicha.

5.3. Redacción de las consignas

Son las pautas de trabajo a realizar por el alumno. No son necesariamente preguntas; en general, aparecen como tareas a realizar por el o los alumnos. Se preparan para trabajo individual, para trabajo grupal, para diferentes cortes del caso cuando se presenta secuenciado, para su cumplimiento en clase o para la resolución fuera de clase con entrega posterior.

Las consignas sirven a los diferentes objetivos: para buscar información, para diagnosticar, para tomar decisiones, para desarrollar habilidades, etc.

Deben ser redactadas en forma clara y concisa; el alumno debe comprender cuál es la tarea que el docente requiere. Al igual que en la evaluación los verbos resultan útiles al docente para indicar el alumno qué es lo que debe hacer.

5.4. Prueba experimental del caso

Es aconsejable realizar la prueba experimental del caso, si es posible, con integrantes del equipo docente.

La prueba experimental permitirá conocer si hay información omitida, redundancia de información, errores de estilo, trampas generadoras de discusiones poco provechosas, etc.

5.5. Instructivo o ficha técnica

La misión del instructivo es dar información sobre el caso; está dirigido a docentes de la misma asignatura u otras relacionadas. Su objetivo principal es facilitar el uso del caso por otros docentes. En el ámbito del derecho es sencillo pensar que un mismo caso puede ser analizado desde la óptica de diferentes asignaturas.

El instructivo debe contener:

- 1) Título del caso.
- 2) Autores.
- 3) Temática central, esto es, una breve síntesis de la temática y eventualmente la referencia a otras temáticas. Detallar las asignaturas que puede abarcar.
- 4) Objetivos docentes.
- 5) Conocimientos previos requeridos.
- 6) Modos de utilización y tiempo requerido. Se puede explicitar si es para curso de grado, posgrado o especialización; si la resolución será individual o grupal; si se resuelve en clase o como entrega posterior, si permite su utilización en etapas secuenciadas. En todos los casos es necesario especificar el tiempo a utilizar.
- 7) Consignas principales y alternativas.
- 8) Destinatarios principales y alternativos.

- 9) Tiempo requerido según los modos de utilización.
- 10) Cualquier otra aclaración que el docente considere útil para la mejor utilización del caso por sus colegas.

5.6. Claves de corrección

Las claves de corrección consisten en la apreciación más o menos global o específica de la calidad del trabajo de los alumnos:

Supone diferenciar la mejor respuesta (sin errores ni omisiones, clara, precisa, completa), la respuesta aceptable (errores leves, omisiones no severas), la respuesta mediocre (omisiones importantes, falta de precisión) y la respuesta inaceptable.

En síntesis, todo caso deberá contener:

El relato de la situación problemática con buenos distractores;

- Las consignas;
- Los anexos;
- Las piezas en el caso de «dossiers»;
- El instructivo;
- Las claves de corrección.

6. ALGUNAS REGLAS PARA LA UTILIZACION DE CASOS

- 1) Emplee un caso con un objetivo determinado.
- 2) Elija el estudio de un caso en función de los objetivos de enseñanza que aspire lograr.
- 3) Dedique todo el tiempo necesario de la clase para la discusión del caso.
- 4) Permita que los alumnos participen activamente en la discusión.
- 5) Comience con casos fáciles y continúe con otros más difíciles.
- 6) Utilice casos de diversas fuentes.
- 7) Modifique las formas de los casos y los fines para los que se emplean.
- 8) Emplee un caso nuevo con diferentes formas.

7. NUESTRA EXPERIENCIA

En los cursos de Derecho Internacional Privado a nuestro cargo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires hacemos uso del método de casos. El fundamento de nuestra elección radica en la concepción del proceso de enseñanza-aprendizaje planteado en la introducción de este trabajo y por entender que la utilización del método nos permite lograr los objetivos docentes de formación profesional de nuestros alumnos.

Los alumnos trabajan durante los cuatrimestres organizados en grupos de trabajo y estudio, no mayores a seis integrantes. Los casos utilizados en clase han sido redactados por la docente, en algunas ocasiones con

la colaboración de auxiliares docentes y respetando las reglas relativas a la elaboración de casos.

Los casos son utilizados de tres formas distintas: 1) para el aprendizaje durante la clase; 2) para la evaluación grupal domiciliaria y 3) para la evaluación oral.

Durante el aprendizaje, los grupos reciben el caso que contiene el relato, la cita de la legislación necesaria para analizar, nacional y extranjera, y la consigna de responder a las preguntas relacionadas con el caso. Se pretende que el alumno comprenda el problema, lo diagnostique, lo encuadre jurídicamente y, en la mayoría de los casos, lo resuelva. En un inicio, aunque los casos puedan presentar una cierta complejidad, las preguntas son claras y precisas. Cumplen el objetivo de guiar al alumno, a través de sus respuestas, hacia la comprensión del tema a desarrollar. Cada grupo trabaja en el caso durante un tiempo no mayor a 15 minutos para luego exponer en plenario (grupo grande) los resultados de cada grupo. El debate y la discusión se inicia en cada grupo chico y luego continúa en el grupo grande con la coordinación de la docente.

En nuestra experiencia, preferimos utilizarlo al inicio de cada clase y abordar la explicación teórica (utilización de la clase magistral), una vez que los alumnos han “resuelto” el caso.

La finalidad es construir el conocimiento a partir del propio hacer. Enseñar es generar dudas, plantear interrogantes, motivar el interés, objetivos que entendemos indispensables para propender a una buena formación profesional.

El caso utilizado como evaluación grupal domiciliaria es entregado con una semana de anticipación y exige que el grupo lo entregue solucionado por escrito. Se intenta que los alumnos logren la búsqueda de la mayor información y fundamento para la resolución del caso. Como en la mayoría de los casos el rol de los alumnos consiste en colocarse en posición de jueces del caso, la resolución generalmente debe estar avalada por doctrina y jurisprudencia relativa al tema. En algunos casos, a la respuesta por escrito se agrega la explicación oral de la solución dada.

Por último, el caso puede ser entregado al grupo en el momento de la evaluación y el docente limitarse a la tarea de observación. Los alumnos realizan la tarea de lectura, análisis, discusión y toma de decisiones, en forma oral y durante la evaluación.

Los tres modos de utilización obtienen excelentes resultados. En todas las ocasiones se promueve la discusión y el debate, se genera polémica, se otorga la posibilidad a los alumnos de desarrollar habilidades que serán necesarias en su vida profesional.

BLANCA

**LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LA PERSONA HUMANA***

*THE JUDICIALIZATION OF THE INTERNATIONAL
LAW OF THE HUMAN PERSON*

*Fabián Salvioli***

RESUMEN

El trabajo examina el fenómeno de la judicialización del derecho internacional de los derechos humanos. Estudia la jurisdicción nacional e internacional como también la cuasi jurisdiccional del ámbito de las Naciones Unidas y de las distintas organizaciones regionales.

PALABRAS-CLAVE

Judicialización - Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

ABSTRACT

The work examines the phenomenon of the judicialization of the international law of the human rights. It studies the national and international jurisdictional scope like the cuasi jurisdictional in the field of the United Nations and the different regional organizations.

KEY WORDS

Judicialization - International law of the human rights.

* Relato de la Sección Derechos Humanos 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).

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Director del Instituto y la Maestría en Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Miembro de la Asamblea General del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, Francia, Consultor Externo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica. Miembro titular de la AADI.

SUMARIO:

I. Introducción: alcance del estudio; 1) Derecho internacional general y derechos humanos; 2) La institucionalización de las organizaciones internacionales y su impacto en la soberanía de los Estados; A) La llegada al ius gentium de las instituciones internacionales permanentes; B) La judicialización como necesidad de las organizaciones internacionales y las organizaciones internacionales como pilares de la judicialización; II. El derecho internacional de los derechos humanos, la subjetividad jurídico internacional de la persona humana y el fenómeno de la judicialización; III. El contenido de la judicialización; 1) Judicialización internacional directa; A) En la Organización de las Naciones Unidas; a) La interpretación y aplicación de los derechos humanos por la Corte Internacional de Justicia; b) La interpretación y aplicación de normas concernientes a derechos de la persona humana por los tribunales penales ad hoc; c) La interpretación y aplicación de normas concernientes a derechos de la persona humana en la Corte Penal Internacional; B) En las organizaciones regionales; a) En el Consejo de Europa; b) En la Unión Europea; c) En la Organización de los Estados Americanos; d) En la Unión Africana; 2) Judicialización internacional indirecta; los mecanismos cuasi - jurisdiccionales a) En Naciones Unidas; b) En el Consejo de Europa; c) En la Organización de los Estados Americanos; d) En la Unión Africana; e) En el mundo árabe y en el continente asiático; 3) Otras vías de judicialización del derecho internacional de la persona humana; IV. Consideraciones finales: ¿para qué judicializar?

I. INTRODUCCIÓN: ALCANCE DEL ESTUDIO

El presente trabajo tiene la intención de examinar el fenómeno de la judicialización en el derecho internacional de los derechos humanos enmarcado 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.

Tanto el fenómeno de la llamada aquí “judicialización”, como los “derechos humanos en el plano internacional” son dos conceptos entendidos de forma amplia y abarcativa en este estudio, para lo cual es preciso identificar correctamente cuál es el alcance que les otorgamos a ambos.

En el primero de los casos, por judicialización se comprende en primer lugar la institucionalización, constitución y puesta en funcionamiento de tribunales permanentes internacionales con competencia de mayor o menor amplitud en derechos humanos. La existencia de Cortes con estas características muestra una voluntad por parte 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.

Asimismo, 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*.

El última cuestión que comprende a la judicialización en el presente trabajo contempla hacia la esfera nacional, y se refiere finalmente específicamente al abordaje y recepción de los *standards* y decisiones jurisprudenciales internacionales emanados en materia de derechos humanos, que llevan adelante de los órganos judiciales en el plano doméstico.

Por “los derechos humanos en el plano internacional” definimos no solamente aquello que comúnmente se conoce como el derecho internacional de los derechos humanos, sino que incluimos materias afines de raíz común con aquel como el derecho internacional humanitario, en atención a la tendencia actual a comprender el fenómeno jurídico de las diferentes normas del derecho internacional que hacen a la protección de mujeres y hombres, desde la convergencia para su hermenéutica y aplicación, en vez de colocarles en compartimientos estancos y sin vinculación alguna entre ellos.

1) Derecho internacional general y derechos humanos

La evolución del derecho de gentes general (*ius gentium*) resulta consecuencia directa de un conjunto de factores del desenvolvimiento de la sociedad internacional que fomentan de manera constante la actualización, y por ello adecuación, jurídica a las exigencias y desafíos que surgen en el seno de la misma. En sus etapas más recientes, entre otros fenómenos que reclamaron la atención del derecho internacional público, puede identificarse con destaque la necesidad de dar respuesta desde el derecho internacional público, a los deberes que poseen los Estados, de respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona humana.

Fueron las necesidades imperiosas de protección del ser humano en el plano internacional, surgidas con evidencia indisimulable para la comunidad internacional a partir de 1945, las que condujeron al entendimiento de que el derecho internacional necesitaba una readaptación y apertura a las nuevas tendencias y por ende, ya no podía ser comprendido como un orden jurídico comprensivo de las relaciones entre Estados soberanos sin consideración alguna hacia las personas sometidas a la jurisdicción de los mismos.

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos no ha sido el único que ha generado transformaciones dentro del derecho internacional público, probablemente no escape a la realidad indicar que fue la rama del derecho internacional que mayor número de adecuaciones y transformaciones ha generado en el tronco común, tanto en la dinámica y proceso de la formación de las normas jurídicas, en las características de los órganos

establecidos y muy especialmente en las funciones que se han otorgado a estos últimos para la evaluación y supervisión de los deberes estatales, y en las facultades hermenéuticas desde criterios propios de interpretación.

La aparición de la protección de los derechos de la persona humana en el plano internacional constituyó un fenómeno que puso en marcha el inicio de un proceso no finalizado aún, de reacomodamiento conceptual y funcional de los institutos clásicos vertebrales que regulaban el funcionamiento del tradicional derecho internacional público.

La etapa histórica que comienza con la postguerra cuestiona el concepto del derecho internacional como las normas que de manera exclusiva (y excluyente) regulan las relaciones entre Estados-naciones, entendidos como los únicos sujetos del *ius gentium* clásico. Es a partir de dicho momento cuando este criterio relacional, restrictivo e impropio no puede sino reconocerse incapaz de reflejar el estado jurídico emergente en el seno de la comunidad internacional, donde la ausencia de respuesta de aquel derecho internacional clásico frente a hechos tan trágicos como los sucedidos durante la segunda guerra mundial, provocan dentro del campo jurídico la necesidad de construir un *corpus iuris* internacional propio de derechos de las personas humanas, así como de reconocer a las mismas y a organizaciones internacionales intergubernamentales como sujetos emergentes ubicados junto a los Estados en el marco del derecho internacional contemporáneo.

En efecto, dicho momento constituye el inicio del quiebre del paradigma que regía hasta allí las relaciones internacionales y su consecuente derecho internacional clásico, donde la protección de la persona humana solamente podía visualizarse en la institución de la protección diplomática¹ que una persona puede recibir cuando su Estado de nacionalidad reclama frente al presunto Estado responsable por ciertos hechos que afecten los derechos o intereses de aquella en otro país.

Sin duda que el estado actual de protección internacional de derechos humanos ha tomado una distancia sideral de aquella regulación jurídica del derecho internacional clásico, afectando incluso la propia naturaleza del derecho de gentes; en este sentido, Thomas Buergenthal indica de manera crítica que las teorías sobre las que se sustentaba aquel ordenamiento jurídico poseían defectos estructurales:

¹ Institución que solamente protegía personas en tanto nacionales del Estado, el cual se reservaba la legitimación activa para la reclamación. Sin duda alguna, dicha institución se encuentra lejos de lo que hoy puede interpretarse como la protección internacional de los derechos humanos, que centra su disciplina en el reconocimiento de derechos a las personas independientemente de la voluntad estatal, y quienes directamente pueden acceder a vindicar sus derechos en el plano internacional. Para un estudio de la protección diplomática véase PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A.: *Curso de Derecho Internacional Público y de las Organizaciones Internacionales*; 4ta edición; Ed. Tecnos, Madrid, España 1992, pp. 263 y ss.

“... These theories about the nature of international law compelled the conclusion that the manner in which a state treated its own nationals was not regulated by international law, and consequently, did not affect the right of other states. Because international law did not apply to human rights violations committed by a state against individuals having its nationality, that entire subject matter was deemed to fall within the exclusive domestic jurisdiction of each state...”².

El derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado de una forma tan vertiginosa que constituye actualmente una ciencia dotada de rasgos independientes dentro del derecho internacional, y por ende se encuentra dotado de ciertas instituciones, órganos, instrumentos, procedimientos, criterios hermenéuticos y mecanismos de aplicación que le son propios; ello ha llevado en algunos casos a considerar la plena y absoluta autonomía del emergente orden jurídico, aunque sin embargo de ninguna forma podría afirmarse que se ha generado una ruptura radical y definitiva del derecho internacional de los derechos humanos para con el derecho internacional general, el cual continúa constituyendo el tronco común que aquel comparte junto a otras ramas del derecho (como el derecho internacional del mar, el derecho internacional del comercio, el derecho internacional ambiental, el derecho internacional de la integración, el derecho internacional consular, etc.).

Identificando la problemática jurídica planteada, y poniendo al debate sobre la “autonomía o dependencia” del derecho internacional de los derechos humanos respecto al derecho internacional general, Cohen – Jonathan, en un informe introductorio a un coloquio académico específico sobre el tema, organizado por el Instituto Internacional de Derechos Humanos, y llevado a cabo en el año 2003 en la ciudad de Estrasburgo, afirma claramente que:

“Le point de départ est clair. Quelle que soit la spécificité qu’il revêt sur certains points, le droit international des droits de l’homme fait partie intégrante du droit international. Il serait erroné et même dangereux de prétendre le contraire... Il fallait admettre au sein de l’ordre juridique international l’autonomie de certains régimes autant de domaines où l’on ne se borne pas a prendre en considération les seuls droits ou intérêts des Etats et sur une base de réciprocité le plus souvent. Quels que soient leurs présupposés idéologiques, toutes les juristes doivent reconnaître cette évidence: l’existence d’une pluralité de régimes juridiques au sein d’un même ordre juridique. Plutôt que de parler de fragmentation du droit international ne faut-il pas admettre

² BUERGENTAL, THOMAS: *International Human Rights: in a nut shell*; (2th Edition), West Publishing Co, Minnessotta, p. 3.

³ COHEN-JONATHAN, GÉRARD: *“Rapport Introductif Général”*, Droit international, droits de l’homme et juridictions internationales (dirigido por COHEN JONHATAN, GÉRARD, y FLAUS, JEAN FRANÇOIS, Collection Droit et Justice N 55, Ed. Bruylant, Belgique, 2004, p. 14.

*que le droit international est un droit pluriel?*³.

En efecto, la práctica demuestra que los instrumentos de derechos humanos -aún con características propias- responden a la lógica general del derecho internacional público; asimismo, son numerosos y contundentes los ejemplos que se encuentran respecto a la aplicación del derecho internacional general por parte de los órganos administrativos o jurisdiccionales internacionales de derechos humanos tanto en el plano universal como regional, por lo cual, la consideración de un orden jurídico plenamente autónomo para el derecho internacional de los derechos humanos carece de viabilidad.

Ello no significa la existencia de numerosas cuestiones de derechos humanos que no pueden resolverse desde la lógica del derecho internacional general; es allí donde surge la especialidad y “pluralidad” a que hace referencia Cohen-Jonathan, de esta rama; y naturalmente, en aquellas cuestiones que generan contradicción o discrepancia entre los criterios clásicos del *derecho de gentes* y las necesidades concretas del régimen de protección de los derechos humanos, los órganos específicos creados para supervisar el cumplimiento de los Estados en materia de derechos humanos deberán aplicar los criterios hermenéuticos propios que se derivan de las particularidades de la disciplina.

De hecho, así como las referencias al derecho internacional general son numerosas en la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales de derechos humanos, también es factible encontrar sin dificultad dentro de la misma múltiples ejemplos de principios autonómicos de interpretación y de aplicación; la naturaleza propia de los tratados de derechos humanos, el valor de las reservas, las características de la responsabilidad estatal y las modalidades de reparaciones constituyen algunos de dichos ejemplos. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal máximo en la materia dentro de la Organización de los Estados Americanos, al tener que establecer criterios en torno a los alcances de la aceptación de la competencia contenciosa de la misma, frente a un pretendido retiro del gobierno del Perú de dicha jurisdicción, por el cuestionamiento del sistema interamericano a la remoción de tres magistrados que declararon inaplicable la ley que permitía la presentación a elecciones del ex mandatario Fujimori para un tercer período sucesivo de gobierno, afirmó en el caso del “Tribunal Constitucional” que:

*“... Hay que descartar cualquier analogía entre, por un lado, la práctica estatal permisiva desarrollada bajo el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y, por otro lado, la aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de esta Corte, teniendo presentes el carácter especial, así como el objeto y propósito de la Convención Americana...”*⁴.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Tribunal Constitucional (Perú); (competencia), Sentencia de 24 de setiembre de 1999, párr. 46. Ed. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1999.

La referencia por parte de la Corte al “carácter especial” de la Convención Americana de Derechos Humanos, no se refiere sino a las particularidades propias que hacen al sistema de protección interamericana un orden jurídico que reposa en la idea de la centralidad de la persona humana como sujeto de derechos con capacidad de acudir a determinadas instancias internacionales bajo un sistema creado de garantía interestatal colectiva, el cual reposa en órganos internacionales independientes cuasijurisdiccionales o judiciales que tienen entre sus competencias la resolución de las controversias entre particulares y Estados.

La búsqueda de caminos propios de interpretación y aplicación por parte del derecho internacional de los derechos humanos, sin olvidar el punto de partida del derecho internacional general, también fue tenida en cuenta por otras jurisdicciones internacionales como la propia Corte Internacional de Justicia: el máximo tribunal de la Organización de la Naciones Unidas en un dictamen adoptado en el ejercicio de su función consultiva señaló que en tratados tales como la Convención contra el Genocidio de 1948 y otros instrumentos de derechos humanos, debido a la naturaleza de los mismos los Estados no tienen intereses propios, sino solamente un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención⁵. En igual sentido puede señalarse la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (órgano jurisdiccional en la materia del Consejo de Europa) en torno a la cláusula de aceptación facultativa del recurso individual establecido en el Convenio de Roma de 1950, en su sentencia de excepciones preliminares el caso *Loizidou* contra Turquía⁶.

Así, la relación entre el derecho internacional general y el derecho internacional de los derechos humanos ha sido (y continúa siendo) de una muy alta riqueza conceptual y práctica, ya que provoca esfuerzos permanentes dentro de la doctrina *iusinternacionalista*, en buscar respuestas frente a los desafíos que plantea un mundo, particularmente en el siglo pasado y en el actual, plagado de violaciones a la dignidad de hombres, mujeres, niños y niñas que no pueden ni deben restar ajenas al tratamiento jurídico desde el derecho internacional.

La dinámica y evolución jurídica del derecho internacional de los derechos humanos no se detiene, y de la mano de las necesidades que hacen a la imperiosa protección de mujeres y hombres -urgencias que todavía no encuentran plena satisfacción en el plano legal regional o universal de la comunidad internacional- la división entre derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de las personas refugiadas, es puesta en tela de juicio por la doctrina especializada contemporánea, que

⁵ Corte Internacional de Justicia: Opinión Consultiva relativa a las Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1951).

⁶ European Court of Human Rights: Case of *Loizidou* vs. Turkey (Preliminary Objections), judgment of 23 March 1995, Series A N° 310 p. 25, párrs. 82 y 68.

indica que dichas disciplinas se dirigen hacia un punto de confluencia y congruencia⁷, derivada incluso de disposiciones generales comunes como la obligación de respeto y garantía⁸.

Eventualmente, así como las diferentes ramas del derecho internacional público convergen en la raíz de éste último, aquellos otros ordenamientos jurídicos resaltarán los aspectos comunes que permitirán visualizar un verdadero Derecho Internacional de la Persona Humana, como ya se viene demostrando incluso en la jurisprudencia de los órganos internacionales que deben echar mano a principios y normas de uno u otro para la interpretación y resolución de los casos que llegan a conocimiento de los mismos.

2) La institucionalización de las organizaciones internacionales y su impacto en la soberanía de los Estados

Entre las diferentes y múltiples críticas históricas que ha recibido el Derecho Internacional Público general como ciencia jurídica desde las llamadas posturas voluntaristas⁹, se destaca aquella que cuestiona la falta de institucionalidad que caracterizó al mismo, amén del criterio eminentemente relacional e interestatal que impregnaba incluso a la abrumadora mayoría de las organizaciones internacionales intergubernamentales que se han creado hasta entrada el fin de la primera mitad del siglo veinte. Estas debilidades otorgaban base para la construcción de argumentos que llegaban al extremo de negar la propia existencia del derecho internacional en tanto orden jurídico, el cual apenas era identificado como un conjunto de “reglas de convivencia de tipo moral”; así, Díaz Cisneros recordaba que:

⁷ Ver un desarrollo sobre las convergencias entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de las personas refugiadas en CAÑADO TRINDADE, ANTÔNIO: “Reflexiones sobre el desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la conciencia jurídica universal”; en: CAÑADO TRINDADE, ANTÔNIO y RUIZ DE SANTIAGO, JAIME: *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del Siglo XXI*, ed. ACNUR, San José de Costa Rica, 2001, pp. 25 y ss.

⁸ Un interesante criterio en dicho sentido, en la decisión de excepciones preliminares del caso Las Palmeras, fue sostenido por el Juez CAÑADO TRINDADE, quien desarrolla el sentido de las obligaciones *erga omnes* en el universo de la protección internacional de derechos humanos, y centra su fundamento en la aplicación de la obligación general de garantía, que es común a las Convenciones de Ginebra de 1949 y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ver Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Las Palmeras contra Colombia: (excepciones preliminares), sentencia de 4 de febrero de 2000, voto razonado del Juez CAÑADO TRINDADE; párr. 7.

⁹ Entre dichos autores se destacan JOHN AUSTIN y, más adelante, HANS MORGENTHAU; éste último basa su crítica en el voluntarismo que pone en los Estados la última decisión respecto a la aceptación o no de las normas internacionales, postura descrita en los “seis principios del realismo político”. Ver: MORGENTHAU, HANS: *Política entre las Naciones: lucha por el poder y la paz*, 3ª edición, Ed. Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, Argentina, 1986.

“... Se ha puesto en duda, y aún más, se había negando por algunos autores la existencia misma del derecho de gentes. Se había objetado que no existe un código internacional. A la ausencia de ley se añadía la falta de un tribunal encargado de interpretarla y de resolver los conflictos entre los Estados...”¹⁰.

Esta discusión claramente carece de sentido en la actualidad; el error de las teorías negatorias de la existencia del derecho internacional público consistió en general, en la búsqueda de una plena identificación del ordenamiento internacional con el plano interno de los Estados, y por ello pretender encontrar en aquel la existencia de órganos ejecutivos – administrativos, legislativos y judiciales, con idénticas funciones, atribuciones y mecanismos de acción y coerción que aquellos que se encuentran dentro de un Estado Nación. Así, solo era concebible un derecho internacional si era la expresión jurídica traducida como un conjunto de reglas que rigen un sistema político de una suerte de “súper Estado” o de “federación mundial de naciones”.

Los métodos de análisis utilizados, entonces, no pueden considerarse como los más adecuados; el *ius gentium* tiene una estructura, composición, dinámica y funcionamiento que le son propios, derivan de sus particulares características y por ello no se puede ni se debe de forma alguna intentar equipararles a las bases, normas y dinámica de los regímenes domésticos.

Entre los componentes que marcan los rasgos característicos de los Estados – naciones desde la creación de los mismos, figura la soberanía, concebida ésta bajo alcances, términos y criterios absolutistas. El “soberano” (figura aplicada al Rey pero en este caso al propio Estado) no rinde cuentas ante ningún poder terrenal porque no hay poder más alto que aquel que él mismo posee, derivado directamente de la divinidad.

El concepto de soberanía para los Estados-naciones fue introducido en la filosofía política por Jean Bodin en 1577, quien efectuó la descripción del mismo bajo los términos siguientes:

“... la autoridad suprema que en el orden político o en cualquier otro regía sin admitir otra superior...” “... poder absoluto sobre los ciudadanos y los súbditos, el cual se halla por encima de la ley...”¹¹.

De la simple lectura de dicho concepto se derivan claras y manifiestas repercusiones en el campo propio de los derechos humanos, ya que el trato que un Estado dispensaba a las personas sujetas a su jurisdicción quedaba fuera del alcance de análisis de la comunidad internacional, y formaban parte del *imperium* con que cada Estado ejercía su soberanía en el plano interno. Naturalmente dicho arquetipo -negador de toda subjetividad jurí-

¹⁰ DÍAZ CISNEROS, CÉSAR: *Derecho Internacional Público*, T. I, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1966, p. 59.

¹¹ Citado por PODESTÀ COSTA, LUIS, y RUDA, JOSÉ MARÍA: *Derecho Internacional Público*, T. I, Ed. TEA, Buenos Aires, Argentina, (3ª edición actualizada) 1985, p. 67.

dico internacional de la persona humana- llevó a la definición de las relaciones internacionales como el espacio donde se dirimía el poder de un Estado sobre otro u otros con base exclusivamente en criterios de fuerza, ya sea política, ya sea militar.

No fue esa la única consecuencia de estas posturas; es obvio que además se invisibiliza no solamente a la persona humana con entidad propia en el *ius gentium*, sino que asimismo se percibe un modelo de relaciones internacionales incapaz de concebir la existencia de una sociedad internacional formada por pueblos con intereses y temáticas comunes.

Así, las relaciones entre Estados, impregnadas de la soberanía inherente a cada uno de ellos marcó un alcance reducido de la llamada “agenda internacional”, y entre otras negaciones derivó en la absoluta incapacidad de concebir inicialmente la posible existencia de órganos internacionales, mucho más si estos están dotados de la capacidad de tomen medidas que impacten dentro de los Estados más allá de la voluntad de los mismos.

Estos criterios impregnaron la discusión del inicio de la postguerra, aunque no podían disimular la ineficacia del sistema basado exclusivamente en la existencia de Estados soberanos para prevenir conflictos con alcances devastadores como el que acababa de finalizar. Así, la propia Carta de la Organización de las Naciones Unidas refleja la tensión emergente de dichas posiciones filosóficas.

Por un lado, las Naciones Unidas como entidad creada con el propósito principal de mantener la paz y la seguridad internacionales bajo la comprensión de que los horrores en los que el mundo se vio envuelto a fines de los años treinta y hasta el fin de la segunda guerra no debían volver a producirse, encuentra uno de sus fundamentos en el principio de la “igualdad soberana de los Estados” principio ubicado con destaque en el texto jurídico aprobado en la Conferencia de San Francisco en la cual se dio nacimiento a la ONU.

“... *La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros...*”¹².

Otros aspectos de la Carta dejan clara la preexistencia de los Estados en relación a la propia Organización, donde aquellos retienen todo el poder no delegado expresamente a la misma¹³; incluso un análisis en torno a la jurisdicción contenciosa del órgano judicial de la entidad, la Corte Internacional de Justicia, concluye que el carácter voluntario de su jurisdicción contenciosa, a la cual no solamente los Estados pueden adherir o no hacerlo, sino igualmente tienen la facultad para retirar su aceptación en el momento que lo deseen¹⁴, coloca a la decisión estatal en un lugar preeminente,

¹² Carta de las Naciones Unidas: art. 2.1.

¹³ Pueden citarse como ejemplo las funciones que ejerce el Consejo de Seguridad en materia de Paz y Seguridad Internacionales de conformidad con el Capítulo VII de la Carta.

¹⁴ Ver al respecto Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: art. 36, y la jurisprudencia emanada del caso Nicaragua vs. Estados Unidos.

incluso por sobre la necesidad de solucionar las controversias internacionales a través de medios pacíficos.

Pero así como los criterios voluntaristas están presentes en la Carta de San Francisco, también es cierto que el orden emergente del fin de la segunda guerra mundial comienza a erosionar lentamente pero de forma constante, las bases sobre las cuales regía el derecho internacional clásico¹⁵; y aún bajo la preeminencia del principio de la igualdad soberana de los Estados, lo cierto es que la Carta de las Naciones Unidas fue pensada como un punto de partida para la consolidación de estructuras internacionales que interpreten y elaboren los propósitos comunes que interesen a la generalidad de los Estados.

A) La llegada “ius gentium” de las instituciones internacionales permanentes

Las críticas a la existencia del derecho internacional público han perdido fuerza frente a la incontrastable presencia de un mundo globalizado con intereses comunes a toda la humanidad, y especialmente por la proliferación de instrumentos jurídicos bajo la forma de tratados u otras fuentes del derecho internacional, y las decisiones o “derecho internacional derivado” producto de órganos internacionales, algunos dotados ya de competencia de tipo supranacional, cuyas normas aprobadas penetran y son de aplicación plena dentro de las esferas de competencia de los Estados que las componen.

Una de las características más sobresalientes del derecho internacional contemporáneo está dada por la llamada “institucionalización”; un análisis evolutivo muestra que el fenómeno jurídico institucional de las organizaciones internacionales generales es bastante reciente en la historia del *ius gentium*¹⁶. Como entidad de inicial vocación y actual alcance universal, la Organización de las Naciones Unidas (1945) tiene como antecedente directo a la Sociedad de las Naciones (1919)¹⁷; y aquellas instituciones internacionales intergubernamentales a las que hoy conocemos como “organismos especializados”¹⁸ reconocen entre sus primeros precedentes a las llamadas “comisiones fluviales” (la primera de ellas se conforma recién en 1830 para regular la navegación por el río Rin), y ciertas uniones administrativas cuya ubicación temporal pueden encontrarse a mediados de siglo diecinueve.

¹⁵ No es casual que uno de los puntos de debates actuales en la posible reforma a la Carta de las Naciones Unidas tenga que ver con la necesidad de que el tribunal posea jurisdicción obligatoria para los Estados Miembros de la entidad.

¹⁶ Un estudio profundo de esta característica del derecho internacional contemporáneo puede observarse en DIEZ DE VELASCO, MANUEL: *Las Organizaciones Internacionales*, 10ª Edición, Edit. Técnos, Madrid, España, 1997.

¹⁷ También conocida como Liga de las Naciones, emergente del Tratado de Versailles que puso fin a la primera guerra mundial.

¹⁸ Según la definición que les da actualmente a dichas instituciones la Carta de las Naciones Unidas en su art. 57.

Actualmente, las organizaciones internacionales ocupan un lugar en la escena del derecho internacional, y gravitan decisivamente en la vida de las sociedades, pueblos y Estados; en perspectiva evolutiva se visualiza que las mismas van adquiriendo mayores competencias de acción y su entidad les permite la identificación y desarrollo de objetivos e intereses propios, que se encuentran más allá de los propios intereses de los Estados que acudieron en su origen a darles nacimiento y constitución.

La definitiva consolidación y madurez de las organizaciones internacionales en la esfera internacional comenzó a construirse a partir del reconocimiento de las mismas como sujetos del derecho internacional por razones atribuidas al cumplimiento de sus competencias funcionales, tal como fuera reconocido por la Corte Internacional de Justicia en el marco de su función consultiva, en ocasión de ser solicitada para emitir un dictamen por pedido de la Asamblea General de las Naciones Unidas a propósito del asesinato del conde Folke Bernadotte en medio oriente, cuando este cumplía funciones de mediador de la organización en el conflicto suscitado con posterioridad a la creación del Estado de Israel. En su opinión consultiva, la Corte señaló que:

“... Los derechos y obligaciones de una entidad como la Organización (de las Naciones Unidas) deben depender de los fines y funciones de ella, enunciados por su acto constitutivo y desarrollados en la práctica...” *“... La opinión del Tribunal es que cincuenta Estados que representan la amplia mayoría de la Comunidad Internacional tenían el poder, de conformidad con el derecho internacional, de crear una entidad que poseyera la personalidad internacional objetiva y no meramente una personalidad reconocida sólo por ellos...”*¹⁹.

En efecto, la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva ha establecido claramente que “las Naciones Unidas están destinadas por constitución a ejercer funciones y gozar de derechos que no podrían explicarse si no poseyeran personalidad internacional, en consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión que las Naciones Unidas es una persona internacional...”²⁰. De allí se deriva definitivamente la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales intergubernamentales.

Ello obviamente impactó en la noción de soberanía, ya que los Estados debían a partir de allí compartir esferas de competencia con las organizaciones internacionales no solamente en pie de igualdad, sino incluso de reconocerles determinadas porciones de poder que son imprescindibles para cumplir los objetivos que fueron trazados cuando se les ha dado nacimiento a las mismas.

De esta forma, la noción de soberanía estatal fue evolucionando y adquiriendo contornos nuevos con las necesidades surgentes manifestadas

¹⁹ Corte Internacional de Justicia: *Reparación de perjuicios sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, párrs. 178 y 185; La Haya, Países Bajos, 1949.

²⁰ Conf. GARCÍA GIRELLI: *Repertorio de jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1973, pág. 157.

por la comunidad internacional organizada, En efecto, Mariño Menéndez sostiene en dicho sentido que:

“... La soberanía es una noción jurídica cuyo contenido no es inmutable y que ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo...”²¹.

¿Cuáles son los temas o cuestiones que forman parte de la actual competencia de la comunidad internacional? Sin duda todos aquellos que componen el llamado derecho internacional contemporáneo; entre estos, que continuamente se van actualizando y enriqueciendo, la protección internacional de los derechos de la persona humana ocupa un espacio privilegiado.

Por cierto que el Estado sigue siendo el primer llamado a entender en una violación a los derechos humanos, y quien tiene el poder de remediar en primera instancia cuando aquella es producida, pero ello es de tanta validez como el hecho de que si el Estado no remedia correctamente la violación producida, la vía internacional se abre, y la competencia de la comunidad internacional no solamente es indelegable sino que es éticamente irrenunciable²².

El derecho internacional de los derechos humanos, al haber nacido y experimentar su desarrollo como una rama del derecho internacional público, utilizó principalmente la lógica de éste último en los modos de formación de las normas, las instituciones y órganos que fueron creados, y los procedimientos y mecanismos adoptados²³; ello trajo aparejada una primera dificultad: al ser el *ius gentium* un ordenamiento jurídico de remarcable primacía general de la voluntad estatal, no pudo evitarse ni disimularse el surgimiento de la tensión por un lado entre el principio de soberanía (derivado de aquel otro postulado del “dominio reservado” de los Estados) y por el otro del principio de *efecto útil* propio de la protección jurídica de la persona, tensión que profundizó la ya tensión existente entre soberanía de los Estados y la funcionalidad de las organizaciones internacionales.

El derecho internacional contemporáneo, no puede desconocer que la influencia de los derechos humanos como disciplina jurídica incorporada al *ius gentium* ha sido decisiva en su proceso de transformación histórica, impactando en varias instituciones principales de aquel. Y como era esperable, fue el principio de soberanía de los Estados, tal como era concebido en el derecho internacional clásico, el primero que entró en crisis con la propia institucionalización experimentada por el llamado derecho internacional contemporáneo emergente de las relaciones internacionales de la segunda postguerra mundial, a mediados del siglo pasado.

²¹ MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO: *Derecho Internacional Público, parte general*, ed. Trotta, Madrid, España, 1993, p. 84.

²² SALVIOLI, FABIÁN: El derecho internacional público y sus modificaciones a la luz de la protección internacional de los derechos humanos, en *Anuario de Derecho Público*, N° 3, Universidad Austral, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 177-203.

²³ Una descripción detallada de la evolución del derecho internacional a lo largo del tiempo puede observarse en CARRILLO SALCEDO, JUAN: *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Ed. Técnos, Madrid, 1991.

Por ello, como parte de una realidad que no pudo desconocerse, los contornos de la soberanía de los Estados y las instituciones clásicas del derecho internacional fueron revisadas desde el prisma de la aparición del fenómeno de la protección internacional de la persona humana.

*“... Es evidente que una de las modificaciones sustanciales producidas de esta influencia se ha provocado en el principio de soberanía estatal, el cual sigue vigente y siendo uno de los más importantes del derecho internacional; ordenamiento jurídico que continúa revistiendo las características de derecho de coordinación y de apego al postulado de libre manifestación de voluntad de los Estados. Pero las esferas que se consideraban asuntos internos, o dominio reservado de los Estados, han cambiado en los puntos referentes a la protección internacional de los derechos humanos. Puede hablarse hoy de que en esta materia existe una soberanía compartida por los Estados nacionales y la comunidad internacional...”*²⁴.

Sin desconocer la influencia y el impacto generado, deviene igualmente importante otorgar a la presencia de los derechos humanos dentro del derecho internacional público, el justo lugar en que aquellos se ha ubicado, así, Carrillo Salcedo sostiene que:

*“... la soberanía de los Estados, principio constitucional del orden internacional, no ha sido desplazada ni por el fenómeno de la organización internacional ni por los derechos humanos, aunque sí erosionada y relativizada. Soberanía de los Estados y derechos humanos son por ello dos principios constitucionales del derecho internacional contemporáneo, que coexisten y se interaccionan recíprocamente en una tensión dialéctica cuya consideración es indispensable para comprender la complejidad y las contradicciones intrínsecas del Derecho internacional de los derechos humanos en la fase actual de su evolución histórica...”*²⁵.

B) La judicialización como necesidad de las organizaciones internacionales y las organizaciones internacionales como pilares de la judicialización

Las organizaciones internacionales y el fenómeno de la creación de tribunales internacionales con competencia sobre los Estados se relacionan y enriquecen mutuamente; en primer lugar, aquellas entidades necesitan de órganos que puedan interpretar el derecho producido dentro de las mismas, aplicarlo y llegado el caso, al menos tener potestad para señalar los incumplimientos al mismo que se produzcan por parte de los Estados.

²⁴ Conf. SALVIOLI, FABIÁN: El derecho internacional público y sus modificaciones a la luz de la protección internacional de los derechos humanos, en: *Anuario de Derecho Público*, N 3, Universidad Austral, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 177-203. El texto analiza el impacto producidos por el derecho internacional de los derechos humanos en el derecho internacional general.

²⁵ Conf. CARRILLO SALCEDO, JUAN: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Ed. Técno, Madrid, 1995, pág. 131.

Esta necesidad trajo aparejada la discusión respecto a la instalación de instituciones jurisdiccionales dentro de las organizaciones internacionales, debate del cual tampoco quedó ajena la cuestión relativa al principio de soberanía de los Estados. El planteo profundiza más aún la crisis de la noción de soberanía absoluta, ya que ahora no se postula simplemente la asunción de la subjetividad jurídico internacional a otros actores como las organizaciones internacionales y las personas humanas, sino que directamente se trata (y solo en principio) de reconocer jurisdicción a tribunales internacionales para decidir el cumplimiento o incumplimiento del derecho internacional por parte de los Estados.

¿Qué razones dieron lugar a estos nuevos debates y planteos en el derecho internacional? En primer lugar, cabe indicar que otros de los principios fundamentales reconocidos dentro de la Organización de las Naciones Unidas²⁶ e integrantes del derecho internacional contemporáneo son la prohibición del uso o de la amenaza del uso de la fuerza²⁷ (no consagrado bajo el anterior orden establecido en la Sociedad de las Naciones) y su necesario complemento para abordar los diferendos internacionales, es decir la solución de las controversias a través de medios pacíficos²⁸.

La solución pacífica de las controversias reconoce dos vertientes generales posibles²⁹, una de ellas está dada por los medios políticos, tradicionales en el derecho internacional antiguo pero de plena vigencia y utilización aún³⁰, y por otro lado los llamados medios jurisdiccionales.

De estos últimos, imprescindibles para la consolidación de la judicialización en el derecho internacional, se distinguen la “solución arbitral” o el arbitraje (institución que reconoce ciertos antecedentes en la edad media, aunque es a partir del Siglo XVIII cuando comienza a recurrirse al mismo entre Estados soberanos³¹), y particularmente el arreglo judicial, consistente en el establecimiento de instituciones judiciales permanentes como órganos principales dentro de las organizaciones internacionales de carácter universal o regional.

El primer intento de fijación de un órgano jurisdiccional de características permanentes derivó de una propuesta efectuada por la representación oficial de los Estados Unidos de América a la II Conferencia Internacional de Paz celebrada en La Haya en 1907, postura que no encontró apoyo de otros Estados básicamente por las diferencias en torno a las prerrogati-

²⁶ Mencionados en la propia Carta de la Organización y desarrollados y ampliados en la Resolución 2625/1970 de la Asamblea General.

²⁷ Carta de las Naciones Unidas: art. 2.4.

²⁸ Carta de las Naciones Unidas: art. 2.3.

²⁹ Véase al respecto REMIRO BROTONS, ANTONIO: *Derecho Internacional*, Ed. Mc Graw Hill; Madrid, España, 1997, pp. 825-881.

³⁰ Como la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, etc.

³¹ TAUBE MICHAEL DE: Les origines de l'arbitrage international, ed. *Academie de Droit International*, Recueil des cours V. 42, 1932, La Haya, Holanda, pp. 1-115.

vas de las grandes potencias en la composición de dicha corte; no obstante ello, en la misma Conferencia de Paz de La Haya de 1907 se aprobó Convención XIII, que dio lugar a la creación del Tribunal Internacional de Presas Marítimas, pero este instrumento jurídico jamás recibió el número de ratificaciones para entrar en vigor, lo que derivó en la práctica en la imposibilidad de constituir dicho tribunal.

Finalmente, el primer tribunal de carácter permanente creado en el derecho internacional ha sido la Corte Centroamericana de Justicia, la cual fuera establecida por un tratado celebrado en Washington entre las cinco repúblicas de América Central en el año 1907, la cual incluso reconocía a los individuos la posibilidad de acceder y litigar directamente ante la misma³². Si bien este tribunal funcionó solamente once años, hasta 1918, en 1991 se reflató aquella idea basada en la tradición común de aquellos Estados, y por ello se creó la actual "Corte Centroamericana de Justicia", por el Protocolo de Tegucigalpa (Honduras) de 1991, y finalmente fue establecida formalmente en 1994 en la ciudad de Managua³³.

Fue la Sociedad de las Naciones, entidad creada al finalizar la primera guerra mundial, la institución internacional general pionera que puso entre sus órganos principales un tribunal llamado la Corte Permanente de Justicia Internacional aunque su estatuto no era parte constitutiva del Pacto de la Liga de las Naciones³⁴. La jurisdicción contenciosa de dicho tribunal era de aceptación voluntaria para los Estados. La segunda guerra mundial hirió de muerte a la Sociedad de las Naciones, y cuando se produjo la disolución de la misma, la Corte Permanente de Justicia Internacional se constituyó en el antecedente directo de la actual Corte Internacional de Justicia, tribunal constituido como uno de los seis órganos principales establecidos en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas³⁵. Entre las muy pocas diferencias entre el estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y el estatuto de la Corte Internacional de Justicia se encuentra el carácter jurídico de este último, que es parte integrante de la propia Carta de las Naciones Unidas.

La judicialización se ha constituido, como proceso, en una característica del derecho internacional general contemporáneo; aún tímido y dependiendo generalmente de la voluntad estatal (no hay que evitar la consideración de que finalmente son los propios Estados los que acuden a la formación y creación del derecho internacional convencional), órganos jurisdiccionales internacionales se crean actualmente ya sea bajo la modalidad de tribunales arbitrales, o cortes de tipo permanente.

³² Conf. COLLIARD, CLAUDE-ALBERT: *Instituciones de Relaciones Internacionales*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF, 1977, pp. 343.

³³ La historia y actualidad de la Corte Interamericana de Justicia puede consultarse en <http://www.ccj.org.ni>

³⁴ Pacto de la Liga de las Naciones: art. 14.

³⁵ Carta de las Naciones Unidas: Cap XIV, arts. 92 a 96.

Pero asimismo y como reflejo de la relación descrita *supra*, la judicialización del derecho internacional (en su vertiente del establecimiento de órganos judiciales) no hubiera encontrado base sobre la que asentarse sin la formación, establecimiento y consolidación de las organizaciones internacionales.

Estos órganos jurisdiccionales de carácter permanente dirimen las diferencias jurídicas que se susciten en la interpretación y o aplicación de instrumentos internacionales, aunque su competencia deriva de una gran diversidad de fuentes jurídicas y no solamente del marco jurídico general establecido en las Cartas constitutivas de organizaciones internacionales.

En efecto, es constatable fácilmente la existencia de una multiplicidad de tratados o convenciones que habilitan la jurisdicción contenciosa específica de la Corte Internacional de Justicia en materias clásicas del derecho internacional como cuestiones atinentes a las relaciones diplomáticas y consulares³⁶, o la solución de diferendos de límites³⁷.

Asimismo, otras ramas del derecho internacional público, como el derecho del mar, en sus nuevos desarrollos han dado paso al establecimiento de tribunales. Por ello, la Convención sobre Derecho del Mar (producto de la III Conferencia sobre Derecho Del Mar, adoptada en Montego Bay, Jamaica, 1982) crea el Tribunal Internacional del Mar con sede en Hamburgo³⁸.

En el plano regional se han establecido cortes o tribunales de diferentes características, con competencias generales como la Corte de Justicia del Caribe³⁹, o con conocimiento de materias específicas.

En este último aspecto han sido las cuestiones de integración económica (además de los temas atinentes a la protección de los derechos humanos) donde se ha intentado “judicializar” el derecho internacional existe el tribunal regional de la Unión Europea⁴⁰, o la Corte de Justicia de la Unión

³⁶ Ver las disposiciones pertinentes del Protocolo Adicional a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de (1961), Protocolo Facultativo Sobre La Jurisdicción Obligatoria para la solución de controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

³⁷ El artículo 60 del Estatuto del Río Uruguay, adoptado en 1975 por la República Argentina y la República Oriental del Uruguay señala que “Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del tratado y del estatuto que no pudiere solucionarse por negociaciones directas, podrá ser sometida, por cualquiera de las partes, a la Corte Internacional de Justicia”.

³⁸ El Tribunal de Derecho del Mar se crea por la Parte XV de la Convención sobre Derecho del Mar; fue finalmente establecido en 1994 en la ciudad de Hamburgo (Alemania); su sitio oficial sobre la internet es el siguiente www.itlos.org/

³⁹ Creada el 14 de febrero de 2001 y establecida en la ciudad de Puerto España, Trinidad y Tobago, en abril de 2005; ver <http://www.caribbeancourtjustice.org> (en idioma inglés).

⁴⁰ El tribunal de Justicia de la Unión Europea posee su sede en Luxemburgo; un sitio web en lengua española con una explicación básica del funcionamiento de dicho tribunal es el siguiente: http://europa.eu/institutions/inst/justice/index_es.htm

Económica y Monetaria del África Occidental⁴¹. En el continente americano pueden señalarse asimismo el Tribunal de Justicia Andino⁴², y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur⁴³.

Esta proliferación de instituciones jurisdiccionales, su puesta en funcionamiento y la difusión del trabajo de las mismas en diferentes materias, hace más habitual para las sociedades nacionales la comprensión de que los Estados a los que pertenecen deben rendir cuentas en el plano internacional por sus acciones u omisiones, cuando del producto de las mismas se viola una norma de derecho internacional general que pueda ser interpretada o aplicada por aquellos órganos.

Naturalmente, una consecuencia inmediata de dicha expresión coloca al concepto de “soberanía” en conexión con la existencia de un mundo más interrelacionado y más impregnado del fenómeno internacional, de allí que la solución jurisdiccional de asuntos bajo competencia del derecho internacional se traduce en un marco en el cual las acciones de gobierno ya no puedan acudir al argumento de la “razón de Estado” para justificar la evasión del control de hechos que pueden generarle responsabilidad en el plano internacional.

Finalmente, el proceso de judicialización viene a echar por tierra el argumento de la inexistencia del derecho internacional derivado de la ausencia de instituciones judiciales que interpreten o apliquen el *ius gentium*, aunque de todas formas subsista como problema no menor la factibilidad de tomar medidas coercitivas frente al incumplimiento manifiesto por parte de algún Estado en relación a un fallo que éste considere adverso a sus propios intereses.

Esta situación también se refleja particularmente en lo atinente al derecho internacional de la persona humana, bajo la comprensión de que además esta rama del derecho internacional tiene como una de sus características a la progresividad⁴⁴.

Sin la institucionalización definitiva de las organizaciones internacionales como un sujeto del derecho que, al menos junto a la persona humana, acompañan al Estado entre quienes poseen derechos, competencias y legitimación para accionar en el plano internacional⁴⁵, hubiese sido imposible

⁴¹ Ver MBACKE, MOUHAMADOU MOCTAR: *La Cour de Justice de l'union économique et monétaire ouest-africaine* (UEMOA), Droit Communautaire africain, Edja. 1999.

⁴² Órgano permanente del sistema andino de integración económica; tiene su sede en la ciudad de Quito; ver www.tribunalandino.org.ec

⁴³ Creado por el Protocolo de Olivos (2002), compuesto de cinco árbitros y establecido en la ciudad de Asunción del Paraguay.

⁴⁴ Para un estudio de la característica de la progresividad en la materia véase NIKKEN, PEDRO: *“La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo”*, Ed. Civitas IIDH, Madrid, España, 1987.

⁴⁵ El tema de la subjetividad jurídico internacional escapa al propósito del presente trabajo, para un abordaje del mismo ver BARBERIS, JULIO: *“Los sujetos del derecho internacional”*, Ed. Têcnos, Madrid, España, 1984.

avanzar en la judicialización de varias ramas del derecho internacional, entre ellas la atinente a la protección internacional de los derechos humanos.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, LA SUBJETIVIDAD JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA Y EL FENÓMENO DE LA JUDICIALIZACIÓN

No solamente la creación y consolidación de las organizaciones internacionales es una característica del derecho internacional contemporáneo, sino que también adquiere dicha condición la creciente y progresiva subjetividad jurídica internacional de la persona humana⁴⁶.

La doctrina identifica como requisitos para reconocer la subjetividad jurídica en el derecho internacional no solamente el reconocimiento de derechos en los instrumentos internacionales, sino igualmente la existencia de órganos de supervisión y mecanismos procesales para poder vindicar los mismos en el plano internacional. Referido exclusivamente a la persona humana, Frédéric Sudre considera que para que la persona humana pueda entenderse como un sujeto activo del orden jurídico internacional, es necesario no solamente que sea titular de derechos y obligaciones creadas por el derecho internacional, sino también que le sea reconocida la aptitud de acudir al plano del derecho internacional⁴⁷.

De igual manera, el iusinternacionalista uruguayo Jiménez de Aréchaga postula en su obra sobre el derecho internacional contemporáneo que

*“... La verdadera piedra de toque de la personería jurídica internacional del individuo es atribuirle no sólo ciertos derechos que lo beneficien, sino también los medios de asegurar su ejecución y observancia, y sin la mediación de un Estado...”*⁴⁸.

No caben dudas de que tanto en el plano universal como en diversas esferas regionales el derecho internacional de los derechos humanos fue progresivamente otorgando a la persona humana la capacidad de accionar y actuar, primeramente ante órganos administrativos o cuasi jurisdiccionales, y más recientemente ante tribunales.

En el plano universal, al interior de la Organización de las Naciones Unidas, el Primer Protocolo Facultativo Anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrante de la llamada Carta Internacional de Derechos Humanos, consagra lo siguiente:

⁴⁶ Ver al respecto de la progresividad de la subjetividad jurídico internacional de la persona humana SALVIOLI FABIÁN: Algunas tendencias sobre derechos humanos en las relaciones internacionales y el derecho internacional de la posguerra fría, en: *Anuario en Relaciones Internacionales 1995/96*, ed. Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1997, pp. 21-80.

⁴⁷ Conf. SUDRE, FRÉDÉRIC: *Droit International et Européen des droits de l'homme*, Presse Universitaire de France, París, Francia, 1989, pp. 56.

⁴⁸ Conf. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO: *El derecho internacional contemporáneo*, Op. Cít. 208.

*“... Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto...”*⁴⁹.

Por medio de este instrumento se da capacidad jurídica cualquier persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a su vez parte en el Primer Protocolo Facultativo anexo al mismo, a elevar como víctima y una vez agotados los recursos internos, una comunicación al Comité de Derechos Humanos por violación a algún derecho de los reconocidos en el Pacto.

El procedimiento de comunicaciones individuales no es el más frecuente, pero en el plano universal está abierta la discusión para habilitarlo a través de instrumentos adicionales para los casos no previstos, ya que se considera el más efectivo; actualmente dentro de la Organización de Naciones Unidas hay otras normas (además del Protocolo Facultativo Anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) que lo admiten; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial para quejas frente el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁵⁰, la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes frente al Comité contra la Tortura⁵¹, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todas las personas trabajadoras migrantes y sus familias frente al Comité del mismo nombre⁵², y por último el Protocolo Facultativo Anexo a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵³ para las comunicaciones frente al Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma en 1950 inauguró la saga de instrumentos regionales de derechos humanos que fijaron el recurso individual ante la ex Comisión Europea de Derechos Humanos, al prever la posibilidad de que cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares puede demandar a un Estado parte⁵⁴;

⁴⁹ Conf. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 1 (en vigor desde el 23 de marzo de 1976); en Naciones Unidas: “Derechos Humanos, recopilación de instrumentos internacionales”. Ed. Naciones Unidas, New York, 1988, pág. 38.

⁵⁰ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; (1965) art. 14.

⁵¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes; (1984) art. 22.

⁵² Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todas las personas trabajadoras migrantes y sus familias (1990) art. 77.

⁵³ Protocolo Facultativo a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; (1999) art. 2.

⁵⁴ Convenio Europeo de Derechos Humanos: Roma, 1950, art. 25 (numeración original).

hay que considerar que la época en que dicho recurso individual fue establecido constituyó la mayor innovación del Convenio Europeo, por las consecuencias que dicho reconocimiento del recurso individual trajo aparejado para el derecho internacional⁵⁵; -a partir de ese momento- y si bien el recurso individual estaba sujeto a la manifestación de voluntad del Estado quien expresamente debía aceptar el mismo para que aquel quede habilitado, la subjetividad jurídica internacional de la persona humana comenzaba a ganar terreno en el derecho de gentes.

Al no requerir la condición de víctima para acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sido en la Organización de los Estados Americanos el plano internacional que hizo lugar a la legitimación activa más amplia en materia de derechos humanos, toda vez que cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la OEA puede peticionar a la Comisión Interamericana con denuncias o quejas de violación a los derechos protegidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Mujer, en la Convención Americana o en otros instrumentos del sistema regional de protección⁵⁶.

Otros planos en los que les está reconocido a las personas humanas acudir a órganos de naturaleza cuasi jurisdiccional en aras de la salvaguarda de sus derechos y libertades fundamentales son la Unión Africana y la Comunidad de los Estados Independientes; en el primero de los casos, por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se les brinda a los individuos la posibilidad de realizar comunicaciones individuales, aunque sin mencionarlo expresamente, ya que la Carta se refiere a comunicaciones entre Estados y a “otras comunicaciones”⁵⁷, pero la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha interpretado la Carta en el sentido más favorable a la recepción de quejas individuales. En cuanto a la Comunidad de los Estados Independientes, que reúne a los Estados que formaban parte de la ex Unión Soviética, se ha adoptado una Convención de Derechos Humanos en la ciudad de Minsk⁵⁸, por ella se crea una Comisión de Derechos Humanos cuyo estatuto le otorga a las personas físicas y a las organizaciones no gubernamentales la posibilidad de realizar comunicaciones ante la misma⁵⁹.

Los desarrollos jurisdiccionales en los sistemas internacionales de pro-

⁵⁵ Ver sobre la Convención Europea, CASTRO-RIAL GARRONE, FANNY: “El sistema europeo de derechos humanos”, en: *La protección universal y regional de los derechos humanos*, Ed. Instituto de Relaciones Internacionales UNLP, La Plata, noviembre de 1995, págs. 39 a 63.

⁵⁶ Reglamento de la CIDH: Art. 26, Presentación de peticiones.

⁵⁷ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; (1981) art. 55 y ss.

⁵⁸ Puede verse el texto de la Convención en Documents d’ actualité internationale, N 15, 1er août 1995, París, Francia, 1995, págs. 506 a 510.

⁵⁹ Ver Regulations of the CIS Commission, secciones II y III; en Council of Europe SG/INF (95); Strasbourg, december 1995.

tección de los derechos humanos se abordan más adelante en el presente trabajo, pero baste señalar aquí que la tendencia hacia la participación de la persona humana se ha ido acrecentando con el paso del tiempo, lo cual ha sido reconocido por la doctrina *iusinternacionalista* como una afirmación de la subjetividad jurídico internacional de aquella. En este sentido, Pastor Ridruejo postula por indicar que dicha subjetividad no equipara a la persona humana al Estado en atribuciones en el derecho internacional contemporáneo, pero que no obstante ello:

*“... el individuo posee, pues, una subjetividad cierta, aunque limitada, que tiene lugar dentro de marcos convencionales...”*⁶⁰.

En el plano de la subjetividad internacional pasiva de la persona humana, es decir, la posibilidad de que un órgano internacional pueda entender en la responsabilidad internacional que eventualmente le corresponda a un hombre o una mujer, los órganos específicamente establecidos son de carácter eminentemente jurisdiccional, tal como se desarrolla *infra* en el presente trabajo.

Por ello, la persona humana constituye para el derecho de gentes contemporáneo, algo más que una mera actriz internacional. Naturalmente, ello no significa en modo alguno equipararle al Estado ni a las organizaciones internacionales, pero es notorio que, con una capacidad y legitimación limitada (tanto de tipo activo como pasivo), reviste las condiciones para ser considerado un sujeto del derecho internacional público con derechos reconocidos, dotado de mecanismos procesales internacionales para hacerlos valer, y finalmente pasible de ser ventilada su responsabilidad individual en el plano jurisdiccional.

La reconfiguración de la noción de soberanía, la constitución y consolidación de las organizaciones internacionales, y la subjetividad jurídico internacional de las mismas y de la persona humana -tanto en su faz activa como en su vertiente pasiva- son factores que conjuntamente aportaron a la actual tendencia hacia la judicialización en materia de derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres en el campo del derecho internacional.

III. EL CONTENIDO DE LA JUDICIALIZACIÓN

El derecho internacional de la persona humana es, dentro del conjunto de categorías en que se divide el derecho de gentes, la rama jurídica en la cual la judicialización ha marcado su presencia más integralmente; el presente capítulo tomará en tres acápites como ejes de análisis las vertientes internacionales directas e indirectas del mencionado fenómeno, y la jurisprudencia nacional que identifica como marco de actuación interna la apli-

⁶⁰ Conf. PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ: *“Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”*, 4ª Edición, Ed. Técnos, Madrid, 1992, pág. 210.

cación de los *standards* y decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos.

De la ausencia de capacidad internacional y una marcada invisibilización de la subjetividad jurídico internacional de la persona humana se ha avanzado progresivamente hasta el acceso de la misma a instancias cuasijurisdiccionales, posteriormente la persona humana obtuvo ante las mismas legitimación procesal autónoma de acción (*locus standi in indicio*), y más recientemente capacidad de acudir directamente (*ius standi*) frente a tribunales internacionales. Una mirada sobre la evolución que experimenta el derecho internacional contemporáneo hace suponer que dicha tendencia se profundizará y acrecentará en el futuro:

*“... La tendencia a la judicialización en materia de derechos y libertades de las personas parece evidente con la consolidación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana, con la adopción del protocolo de Ouagadougou que crea la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y con la entrada en vigencia el 1 de julio de 2002 del Estatuto que crea la Corte Penal Internacional...”*⁶¹.

1) Judicialización internacional directa

El presente acápite se subdivide en la judicialización directa, es decir el establecimiento de instancias jurisdiccionales permanentes con competencia en materia de derechos humanos, en primer lugar dentro de la organización internacional universal, la Organización de las Naciones Unidas, en la cual se encuentran ciertas competencias no explotadas íntegramente.

Más adelante se detallan la judicialización en perspectiva de las instituciones internacionales regionales, haciendo *focus* en los tres tribunales regionales “propriadamente” de derechos humanos que actualmente están creados; el Tribunal Europeo dentro del Consejo de Europa, la Corte Interamericana en la Organización de los Estados Americanos, y finalmente la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al interior de la Unión Africana. Asimismo, por las características que asumió en su ejercicio funcional el Tribunal de Luxemburgo de la Unión Europea, resulta de interés su análisis en torno al fenómeno de la judicialización en materia de derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres.

A) En la Organización de las Naciones Unidas

La Organización de las Naciones Unidas no tiene lo que clásicamente se conoce como una corte permanente de derechos humanos, al estilo de

⁶¹ SALVIOLI, FABIÁN: “Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos”, en: BAZÁN, VÍCTOR (compilador): *En defensa de la Constitución*, Libro en reconocimiento al Doctor GERMÁN BIDART CAMPOS, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 146.

las que existen en los sistemas específicos europeo, interamericano y africano de protección de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. No obstante ello, en primer lugar pueden identificarse marcos jurídicos de acción en la materia dentro de las dos competencias principales de la Corte Internacional de Justicia.

Asimismo, es destacable el establecimiento por parte de la Organización, a través de su Consejo de Seguridad, de tribunales *ad hoc* con competencia penal para el juzgamiento de violaciones graves masivas o sistemáticas de derechos humanos y crímenes de guerra forman como un nuevo paradigma en las relaciones internacionales surgido con el fin de la guerra fría.

Aquellos tribunales *ad hoc* son por naturaleza temporales, pero su establecimiento derivó en el resurgimiento de las discusiones en torno a la creación de una corte penal internacional con carácter permanente, lo cual fue alcanzado a través de la adopción del Estatuto de Roma en 1998, aunque la Corte no es parte formal de la estructura de la Organización de las Naciones Unidas a pesar de haber sido creada a instancias de dicha entidad⁶², igualmente se la ubica en el seno de la entidad.

a) La interpretación y aplicación de los derechos humanos por la Corte Internacional de Justicia

El hecho de que ante la Corte Internacional de Justicia la persona humana no pueda acudir ni como demandante ni en calidad de demandado no significa que dicho tribunal no posea importantes competencias en materia de protección de los derechos humanos.

En tal sentido, Carlos Villán Durán es en la doctrina *iusinternacionalista* quien más claramente visualiza las posibilidades que la Corte Internacional de Justicia ofrece para la protección internacional de los derechos humanos tanto en su competencia contenciosa como consultiva⁶³; en su notable Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos dicho autor comienza por la identificación de las cláusulas de los tratados que remiten al Tribunal de La Haya, aunque advirtiendo que este recurso judicial está reservado solamente para Estados y en general es previsto cuando hayan fracasado otros medios no judiciales de arreglo, tales como la negociación y el arbitraje.

En efecto, una gran cantidad de instrumentos jurídicos concernientes a los derechos humanos que fueron adoptados en el plano internacional reconocen competencia a este órgano jurisdiccional principal de la Organi-

⁶² Lo que ocasiona dificultades de financiamiento, entre otras, ya que la Corte Penal Internacional no ingresa al presupuesto ordinario de la Organización de las Naciones Unidas, sino que obtiene sus recursos a través de las cuotas de los Estados partes y de contribuciones voluntarias.

⁶³ VILLÁN DURÁN, CARLOS: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Trotta, Madrid, España, 2002, pp. 503-510.

zación de las Naciones Unidas, para examinar controversias o interpretar el alcance de las disposiciones establecidas en aquellos⁶⁴; baste citar como ejemplos a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que fuera Adoptada por la Asamblea General en 1948⁶⁵; la Convención sobre el Estatuto de las Personas Refugiadas, que fuera adoptada por una Conferencia Plenipotenciaria en 1951⁶⁶; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que fuera adoptada por la Asamblea General en 1965⁶⁷; la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, adoptada por la Asamblea General en 1973⁶⁸; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General en 1979⁶⁹, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en 1984⁷⁰, y a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores y las Trabajadoras Migrantes y sus Familias, adoptada por la Asamblea General en 1990⁷¹.

El trabajo de la Corte Internacional de Justicia en materia de derechos humanos ha sido importante, aunque claramente sin haber explotado toda la potencialidad que el actual marco jurídico internacional le permitiría al Tribunal de La Haya; hay que buscar más bien en la formación y línea doctrinaria de quienes integran la Corte la razón para ello.

El caso de la Barcelona Traction dio la oportunidad a la Corte Internacional de Justicia de sostener en su *obiter dictum* con claridad manifiesta que la obligación general de proteger los derechos y libertades fundamentales de la persona adquiere la característica de *erga omnes*⁷². Sin embargo, este criterio de amplitud en la consideración de aspectos de derechos humanos no fue seguido necesariamente en asuntos posteriores por parte del Tribunal.

La Corte Internacional de Justicia, en la práctica, parece haber encon-

⁶⁴ El contenido de estos instrumentos puede observarse en SALVIOLI, FABIÁN: *Curso básico sobre el sistema universal de protección de los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas*, publicación *on line* del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, portal de herramientas educativas; www.iidh.ed.cr, San José de Costa Rica, 2003.

⁶⁵ Asamblea General: Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948; Art. IX.

⁶⁶ La Asamblea General convocó a la conferencia de referencia por resolución N° 429 (V) del 14 de diciembre de 1950; la Conferencia adoptó la Convención el 28 de julio de 1951; la norma que otorga competencia a la Corte Internacional de Justicia es el artículo 38 de la Convención.

⁶⁷ Asamblea General: Resolución 2106 (XX), de 21 de diciembre de 1965; Art. 22.

⁶⁸ Asamblea General: Resolución N° 3068 (XXVIII) de 30 de noviembre de 1973; art. XII.

⁶⁹ Asamblea General: Resolución N° 180 (XXXIV) de 18 de diciembre de 1979; art. XII.

⁷⁰ Asamblea General: Resolución N° 46 (XXXIX) de 10 de diciembre de 1984; art. 30.

⁷¹ Asamblea General: Resolución N° 158 (XLV) de 18 de diciembre de 1990; art. 92.

⁷² Corte Internacional de Justicia: Caso Barcelona Traction Light and Power Company, párr. 32 (1970); La Haya.

trado más facilidad para abordajes de temáticas concernientes específicamente al derecho internacional humanitario o al genocidio⁷³; naturalmente, ello también responde a factores exógenos al Tribunal, entre ellos que solicitudes le arriban en materia consultiva por parte de los órganos y organizaciones con capacidad para ello dentro de las Naciones Unidas, o el impulso de los Estados en su competencia contenciosa.

De hecho, en un estudio especializado sobre el tema, destacando principalmente que con excepción de la sentencia pronunciada en el caso de la Barcelona Traction, Raymond Goy señala que hasta el año 2002 los mayores aportes sobre derechos humanos se encontraban no tanto en el cuerpo de las decisiones del Tribunal, sino más bien en votos separados de algunas de las personas que integraban el mismo:

*“... L'apport de la jurisprudence de la Cour de La Haye en matière de droits de l'homme ne saurait être sous-estimé, mais reste trop modeste ...”*⁷⁴.

Carlos Villán Durán identifica asimismo una quincena de sentencias contenciosas, algunas medidas provisionales y siete dictámenes pronunciados dentro de la competencia consultiva del tribunal que pueden ser consideradas atinentes a aspectos de derechos humanos⁷⁵.

b) La interpretación y aplicación de normas concernientes a derechos de la persona humana por los tribunales penales ad hoc

Algunos conflictos armados desarrollados en la última década del siglo XX conllevaron un nuevo paradigma de las relaciones internacionales, en el cual los conceptos de paz y derechos humanos -divorciados artificialmente durante la guerra fría- se vincularon definitivamente. Así, puede afirmarse que:

*“... el nuevo escenario internacional y el destrabe de la lucha ideológica bipolar en las relaciones entre los Estados ha producido un vuelco hacia la conjunción de la problemática de la paz internacional y el respeto de los derechos humanos...”*⁷⁶.

Siendo el Consejo de Seguridad el encargado por la Carta de las Naciones Unidas de cumplir con el objetivo supremo de mantener la paz y la seguridad internacionales⁷⁷, y dotado de la potestad de tomar medidas en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agre-

⁷³ RAIMONDO, FABIÁN: “Corte Internacional de Justicia, Derecho Internacional Humanitario y Crimen Internacional de Genocidio”, (en *CD rom*) *Revista del Instituto de Relaciones Internacionales*, Universidad Nacional de La Plata, N° 23, 2002.

⁷⁴ GOY, RAYMOND: “*La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme*”, Collection Droit et Justice (dir. PIERRE LAMBERT) N 33, Ed. Bruylant, Belgique, 2002.

⁷⁵ VILLÁN DURÁN, CARLOS: Op. Cit. pp. 506-511.

⁷⁶ SALVIOLI, FABIÁN: “Relaciones Internacionales, derechos humanos y educación para la paz”, en: *Direitos Humanos, a promessa do século XXI*, ed. Universidade Portucalense, Oporto, Portugal, 1996, pp. 285-295.

⁷⁷ Carta de las Naciones Unidas: Capítulo V, arts. 23 a 32.

sión⁷⁸, no resultó extraño bajo el nuevo modelo de las relaciones internacionales post guerra fría, que por primera vez en su historia dicho órgano creara, haciendo uso del Capítulo VII de la Carta, un tribunal penal internacional para juzgar personas responsables de ciertos hechos en el conflicto de la ex Yugoslavia⁷⁹. El funcionamiento de este Tribunal ha suscitado numerosas polémicas⁸⁰, particularmente en la cooperación de los Estados para con el mismo, que fue muy comprometida al inicio de sus tareas, pero terminó decayendo en intensidad con el paso del tiempo.

Poco tiempo después, el mismo Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y bajo igual fórmula jurídica de aplicación del Capítulo VII de la Carta adoptada en San Francisco, volvería a dar nacimiento y competencias a otro Tribunal Penal Internacional, esta vez en ocasión del conflicto interno entre Hutus y Tutsies en Rwanda⁸¹.

Ambos Tribunales (conocidos como los Tribunales *Ad Hoc*) se encuentran en pleno funcionamiento y ya han juzgado y sentenciado varios asuntos⁸²; la jurisprudencia que emanó de los mismos ha efectuado aportes notables al derecho internacional en materias tales como contenido de ciertos crímenes contra la humanidad, marco de comisión de los mismos, inmunidad, carácter convencional y consuetudinario de diferentes disposiciones internacionales, etc.⁸³.

Por último, otro espacio jurisdiccional que juzga crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tiene origen internacional (el Tribunal Especial para Sierra Leona) pero no es de idéntica naturaleza a los tribunales *ad hoc*, sino que forma parte del sistema judicial del propio país y tiene

⁷⁸ *Ibidem*, capítulo VII, arts. 39 a 51.

⁷⁹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Resolución 808/93; El Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia entiende, según la Resolución 827/93 del Consejo de Seguridad, en violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949, la Cuarta Convención de La Haya sobre Guerra Terrestre, y la Convención contra el Genocidio de 1948.

⁸⁰ Sobre el funcionamiento del Tribunal para la Ex Yugoslavia, véase LESCURE, KARNINE: *“Le Tribunal Pénal International pour l’Ex - Yougoslavie”*, Ed. Montchrestien, Cedin, París I, Francia, 1994.

⁸¹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Resolución 955/94. Dicha resolución determina que el Tribunal Internacional para Rwanda tiene como competencia el juzgamiento por la comisión de crimen de genocidio y de lesa humanidad, y las violaciones al art. 3 común de los Convenios de Ginebra (1949) y del Protocolo Adicional II anexo a los mismos (conflictos internos).

⁸² Los sitios *web* oficiales de dichos tribunales son; Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia www.un.org/icty; Tribunal Internacional para Rwanda: www.un.org/icty

⁸³ Ver al respecto GUTIERREZ POSSE, HORTENSIA: *“La contribución de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario: los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio-la responsabilidad penal individual”*, en Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, Argentina, publicación sobre internet de fecha 1/2/2001; sitio *web*: www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDPFN

su sede al interior del mismo⁸⁴. El Tribunal especial para Sierra Leona, no obstante, posee una jurisdicción híbrida debido a que quienes lo componen son jueces y juezas internacionales.

En todo caso, estos tribunales constituyen espacios jurisdiccionales de competencia especial y limitada en lo temporal, por lo cual han sido creados al sólo efecto del tratamiento jurídico en el plano penal de ciertos hechos producidos en un lugar y tiempo determinados.

Por ello, finalizadas sus tareas los *tribunales ad hoc* dejarán de funcionar; no obstante, su contribución a la judicialización en materia de dignidad humana no solamente ha sido directa en cuanto juzgan y condenan a personas que resulten responsables en distinto grado de graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, sino que asimismo dieron impulso a las discusiones respecto a la creación de una corte penal ya no *ad hoc*, sino de características generales y permanentes a través de un instrumento convencional que permita a los Estados ratificar el mismo.

c) La interpretación y aplicación de normas concernientes a derechos de la persona humana en la Corte Penal Internacional

Los trabajos por el establecimiento de una Corte Penal Internacional permanente encuentran antecedentes en el Tratado de Versailles⁸⁵ y en la creación de los Tribunales de Nuremberg y Tokio⁸⁶. No obstante ello, la guerra fría (prolífica en violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos) conspiró seriamente contra el nacimiento de un tribunal con capacidad para juzgar a cualquier gobernante que se encuentre incluso en funciones, por la comisión de hechos que constituyan posibles crímenes contra la humanidad.

La II Conferencia Mundial sobre derechos humanos no pudo lograr un acuerdo firme entre los Estados participantes en el tema concerniente a la adopción de un tribunal penal internacional, a pesar de las propuestas formuladas en dicha dirección por algunos gobiernos participantes en el foro, entre ellos el anfitrión del encuentro⁸⁷.

⁸⁴ El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por su Resolución N° 1315 de 14 de agosto del año 2000, dio mandato al Secretario general de la Organización para crear un tribunal de jurisdicción mixta, el cual fue finalmente creado por un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona en el mes de enero de 2002, pocos meses después, en julio de 2002, el tribunal fue establecido.

⁸⁵ Nos referimos a las disposiciones pertinentes del Tratado de Versalles para juzgar a los criminales de guerra, lo cual no fue llevado a cabo finalmente, y a la pretensión de juzgamiento de los responsables del exterminio de más de medio millón de ciudadanos armenios en Turquía.

⁸⁶ Los juicios de Nuremberg y Tokio fueron seguidos de tribunales de guerra formados por los Aliados en sus respectivas zonas de ocupación en Alemania, y los países de Europa juzgaron a los nazis y nacionales que habían colaborado con ellos.

⁸⁷ SALVIOLI, FABIÁN: "La Conferencia de Viena de las Naciones Unidas: esperanzas y

La reticencia de la mayoría de los gobiernos asistentes al foro pudo más que la buena voluntad de los otros, y por ello el Plan de Acción de Viena emanado de la Conferencia solamente se limitó a alentar de forma tímida a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas a continuar sus trabajos relativos a la creación de un tribunal penal internacional⁸⁸.

Sin embargo, diversos acontecimientos ocurridos en la escena internacional pusieron en jaque la voluntad política de resistencia de la hasta entonces mayoría de los miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y el tema cobró un impulso inusitado que desencadenó con la convocatoria a una Conferencia Internacional que fuera celebrada en la ciudad de Roma en 1998⁸⁹, donde se adoptó un Estatuto que dio creación jurídica a la Corte Penal Internacional⁹⁰, tribunal que actualmente tiene su sede en la ciudad de La Haya.

El tribunal no solamente tuvo un nacimiento difícil, sino que posteriormente se sumaron presiones y esfuerzos realizados por algunos gobiernos interesados en que el Estatuto de la Corte Penal no sea ratificado por considerarlo peligroso para intereses nacionales; a pesar de este nuevo obstáculo, dicho instrumento alcanzó el número necesario de ratificaciones o adhesiones para su entrada en vigor, hecho que finalmente ocurrió el 1 de julio de 2002; actualmente el Tratado de Roma cuenta con ciento cinco Estados Partes.

La Corte Penal Internacional es el primer tribunal permanente en la materia, y el Estatuto de Roma le otorga competencia en razón del objeto para juzgar (bajo ciertas circunstancias) el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, y el crimen de agresión⁹¹.

B) En las organizaciones regionales

En las organizaciones internacionales regionales se ha dado de manera más natural y sin tantos obstáculos la creación de instancias jurisdiccionales permanentes con competencia de derechos humanos, si efectuamos una comparación con el proceso dentro de la Organización de las Naciones Unidas descrito en el acápite anterior.

frustraciones en materia de derechos humanos”, en: *Direitos Humanos, a promessa do século XXI*, ed. Universidade Portucalense, Oporto, Portugal, 1996, pp. 19-37.

⁸⁸ Conferencia Mundial de Derechos Humanos: Plan de Acción de Viena, (1993); Parte II, E.92.

⁸⁹ Un análisis de dicha conferencia puede observarse en SALVIOLI, FABIÁN: “¿La justicia que viene? Un análisis de la Conferencia de las Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional”, en: *Agora, Revista de Ciencias Sociales* N° 2, enero-marzo de 1999, Ed. Centre d’Etudis Polítics i Socials, CEPS, Edit. Universitat de València, España, 1999, pp. 173-192.

⁹⁰ El sitio web oficial de la Corte Penal Internacional es el siguiente: www.icc-cpi.int

⁹¹ Estatuto de Roma: (1998); art. 5.

No obstante, el crecimiento de instrumentos, órganos y procedimientos internacionales de derechos humanos no se dio de forma homogénea en todas las regiones del planeta; factores políticos, sociales e históricos otorgan elementos que explican dicha diferencia.

Así, los ámbitos regionales muestran diferentes niveles en cuanto a la existencia de tribunales internacionales de derechos humanos; mientras el continente asiático carece aún no solamente de una corte con dicha competencia, sino que tampoco tiene instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, el sistema europeo pudo lograr en los albores de mediados del siglo XX la creación y puesta en funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Casi dos décadas más tarde de la adopción de la Convención Europea de Derechos Humanos el sistema interamericano ubicó otro órgano jurisdiccional regional en el Pacto de San José de Costa Rica, dando nacimiento a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Más recientemente, sobre el fin del siglo pasado, los Estados integrantes de la Unión Africana crearon a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos a través de un Protocolo adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Estos tres tribunales, cuyas competencias tampoco son exactamente idénticas, y con problemas de funcionamiento propios de cada uno de los ámbitos políticos en los que se encuentran contenidos, constituyen las máximas instancias con que cuenta el derecho internacional contemporáneo para determinar la responsabilidad de un Estado por violación a los derechos fundamentales en perjuicio de cualquier persona sometida a la jurisdicción del mismo.

a) En el Consejo de Europa

La Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada en Roma en 1950, fue el primer tratado regional en establecer una corte permanente con competencia exclusiva en materia de derechos humanos para determinar la responsabilidad internacional de un Estado Parte, siempre que éste hubiera aceptado someterse a la jurisdicción contenciosa del Tribunal que se constituyó en la ciudad de Estrasburgo⁹².

La evolución experimentada hacia la judicialización en el sistema europeo ha sido extraordinaria en sus casi sesenta años de existencia, pudiendo señalarse que en la actualidad el sistema que se encuentra en funcionamiento poco tiene que ver con el sesgo voluntarista y de fuerte afirmación del principio de soberanía con el que fuera instaurado⁹³.

⁹² Posibilidad prevista en el art. 46 (original) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

⁹³ En el Convenio Europeo de Derechos Humanos original, siendo un instrumento

En el proyecto original de tratado elaborado en julio de 1949 por el “Movimiento Europeo” ya se contemplaba el reconocimiento de un derecho de recurso individual ante el órgano jurisdiccional previsto. Sin embargo, dicha propuesta quedó descartada en los debates, ya que algunos gobiernos aducían que:

*“los intereses de las personas siempre serán defendidos, ya sea por la Comisión, en el supuesto que esta decida someter el asunto al tribunal, ya sea por un Estado en los casos previstos en los párrafos b) y c) del artículo 48”*⁹⁴.

En estos debates no estaba ausente la clásica concepción de soberanía de los Estados a la que nos hemos referido *supra*, ni tampoco la desconfianza de los Estados en torno a verse en pie de igualdad con una persona humana frente a un Tribunal Internacional. La legitimación otorgada a la persona para acudir por ante la ex Comisión Europea de Derechos Humanos (vía de entrada original al sistema que igualmente dependía de la aceptación expresa por parte de los Estados)⁹⁵ fue ampliada para brindarle posteriormente a aquella de forma gradual la posibilidad de presentar su petición directamente al Tribunal, consagrando lo que Jean François Flauss definía como un verdadero derecho a la justicia en el plano internacional⁹⁶.

En efecto, el Protocolo IX Anexo al Convenio Europeo adoptado en 1994 representó un paso adelante, toda vez que otorgó legitimación a la persona humana frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“... respecto al artículo 25 del Convenio Europeo, el Protocolo número 9 supone un avance en el papel del individuo en la defensa de los Derechos Humanos en el sentido de concederle dos prerrogativas procedimentales de primera magnitud. De un lado, el derecho de deferir una demanda individual al Tribunal, lo cual no conllevará en cambio derecho a obtener un examen sobre el fondo de la misma... Por otro lado, nos estamos refiriendo a la mejora de las garantías concedidas al individuo durante el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal Europeo, lo cual tampoco supondrá un «locus standi» asimilable al reconocido para los estados. Así, por ejemplo, aunque el Protocolo no lo menciona expresamente, el derecho de los individuos de llevar un

cuyo objeto se destinaba a la protección de los derechos de las personas, se daba la paradoja de que de los dos mecanismos instaurados, las demandas interestatales constituían un procedimiento vinculante ipso facto para los Estados Partes, a diferencia de las comunicaciones individuales, las cuáles requerían de una declaración expresa de aceptación.

⁹⁴ Ver: Conseil de l'Europe: *Recueil des travaux préparatoires de la Convention Européenne de Droits de l'Homme*, Vol. IV, Strasbourg, France, 1950, pág. 45.

⁹⁵ Prevista en el art. 25 (original) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

⁹⁶ FLAUSS, JEAN FRANÇOIS: “Le droit de recours individuel devan la Cour Européenne des Droits de L'Homme”, en *Annuaire Francais de Droit International XXXVI*, 1990, Paris, Francia, pág. 507.

*asunto ante el Tribunal sólo podrá realizarse en el caso de las demandas declaradas admisibles por la Comisión...*⁹⁷.

Una nueva reforma estructural al Convenio Europeo de Derechos Humanos, establecida por el Protocolo XI, otorgó definitivamente a la persona humana la capacidad de acudir por sí directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y eliminó a la ex Comisión Europea de Derechos Humanos, procediendo a la división del Tribunal en diferentes instancias jurisdiccionales⁹⁸.

El ámbito del Consejo de Europa se ha transformado en el plano donde la judicialización internacional en materia de derechos humanos ha llegado en lo formal a su punto máximo; la relación es directa entre la persona y el Tribunal, sin intermediación de ningún órgano administrativo o cuasi jurisdiccional. Ello no evita considerar las severas críticas en torno al funcionamiento actual del sistema europeo de derechos humanos.

Aun antes de la vigencia del Protocolo IX y muy temprano en su jurisprudencia, el Tribunal Europeo aceptó la presentación de argumentos propios quienes representaban a las víctimas:

*“... desde el caso Lawless versus Irlanda (1960), la Corte Europea pasó a recibir, por medio de los delegados de la Comisión, alegaciones escritas de los propios demandantes, que frecuentemente se mostraban bastante críticas en cuanto a la propia Comisión. Se encaró esto con cierta naturalidad, pues los argumentos de las supuestas víctimas no tenían que coincidir enteramente con los de los delegados de la Comisión...”*⁹⁹.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos posee una competencia consultiva que no le estaba otorgada por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en su versión original, sino que le fue asignada por un Protocolo Adicional al mismo¹⁰⁰. No obstante, la función consultiva de la Corte Europea de Derechos Humanos no ha tenido ningún desarrollo en la práctica debido a los severos límites que se le ha impuesto en la propia redacción del Protocolo, lo cual ha llevado a la doctrina especializada a considerarla una jurisdicción sin existencia efectiva en el plano real¹⁰¹.

⁹⁷ Conf. SALVIOLI, FABIÁN y JIMENA QUESADA, LUIS: “El individuo y los derechos humanos. Especial referencia al marco regional del Convenio Europeo”, en *Relaciones Internacionales*, año 4, N° 6, ed. Instituto de Relaciones Internacionales (UNLP), La Plata, Argentina, 1994, pág. 64.

⁹⁸ Véase al respecto el libro de SÁNCHEZ LEGIDO, ANGEL: *La reforma del mecanismo de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Colex, 1995, Madrid, España.

⁹⁹ CAÑADO TRINDADE, ANTÓNIO: “*El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*”, editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.

¹⁰⁰ El protocolo II Anexo al Convenio Europeo “Confiriendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la competencia de emitir opiniones consultivas” adoptado en Estrasburgo en 1963, entró en vigor en 1970, pp. 353-354.

¹⁰¹ Un análisis crítico sobre el particular puede observarse en DRZEMCZEWSKI, ANDREW: “Advisory Jurisdiction of the European Human rights Court: A Procedure Worth

El Consejo de Europa decidió focalizar como un propósito principal del mismo el cumplimiento efectivo por parte de los Estados miembros del *standard* europeo de derechos humanos; para ello ha tomado la decisión política por la cual solamente se puede pertenecer al Consejo de Europa si se ratifica el Convenio Europeo de Derechos Humanos; siendo en este instrumento la jurisdicción contenciosa obligatoria para los Estados Partes, puede concluirse que el Consejo de Europa ha optado políticamente por la judicialización en materia de derechos humanos.

b) En la Unión Europea

La Unión Europea es el resultado de la política de integración regional llevada a cabo por los gobiernos de Europa Occidental desde fines de la Segunda Guerra Mundial: se ha ido plasmando a través los tratados fundacionales de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM). Estas tres instituciones han decidido fusionar sus órganos y se las conoció desde entonces como las Comunidades Europeas. La preocupación por los derechos humanos figura expresamente en el Tratado que transformó las comunidades en la actual Unión Europea, adoptado en febrero de 1992 en Maastricht, el cual dispone expresamente que la Unión Europea respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950¹⁰².

La Unión Europea posee varios órganos permanentes en su estructura, entre los que se cuenta una corte de justicia. Si bien las competencias materiales de dicha Corte (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) consisten básicamente en cuestiones de interpretación y aplicación de la normativa comunitaria, de todas formas ha asumido un creciente papel en la defensa de los derechos fundamentales de ciudadanos y ciudadanas de los Estados miembros de la organización¹⁰³.

También se ha planteado en su oportunidad la propia posibilidad de adhesión por parte de la Unión Europea como institución en sí, al Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, lo cual fue resuelto en una opinión consultiva emitida por el Tribunal de Luxemburgo¹⁰⁴.

Retaining?"; en *El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en honor de THOMAS BUERGENTHAL*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996.

¹⁰² Tratado de Maastricht, art. F.2.

¹⁰³ Como lo ilustra la sentencia emitida el 19 de noviembre de 1991 en el caso Francovich y Bonifaci contra Italia, en torno a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea (en ese momento las Comunidades Europeas) relativas a la protección de las personas trabajadoras en casos de insolvencia de sus empleadores, tal como lo señalaba la directiva 90/987.

¹⁰⁴ ver POLAKIEWICZ, JORGE: *Implicacoes jurídicas de adhesao da Comunidade Europeia a Convensao Europeia dos Direitos do Homem*, Porto, Portugal.

c) En la Organización de los Estados Americanos

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos¹⁰⁵ tiene como punto de partida la normativa establecida en la propia Carta de la Organización y la Declaración Americana¹⁰⁶. Más adelante la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica)¹⁰⁷ se convierte en el texto interamericano fundamental en la materia.

Es precisamente la Convención Americana de Derechos Humanos la que da nacimiento a la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁸; luego de la entrada en vigencia de la Convención, la Corte fue establecida en la ciudad de San José de Costa Rica en 1980.

En el contexto general de la Organización se observa una menor judicialización que en el de derechos humanos fijado en el Consejo de Europa; en primer lugar, no todos los Estados miembros de la OEA están obligados a ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos; por ende, es remarcable dentro de la OEA un triple *standard* en la materia: un sistema para los estados que no han ratificado el Pacto de San José, otro para los Estados que solamente lo han ratificado; y finalmente un tercero para los Estados que además de ratificar o adherir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han aceptado expresamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No obstante aquella dificultad inicial, la judicialización desde el plano del establecimiento de instituciones jurisdiccionales internacionales *vis a vis* la legitimación procesal de la persona humana, ha experimentado un avance notable en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tanto en aspectos institucionales que tocan el proceso de reconocimiento de la competencia contenciosa del Tribunal por parte de los Estados, como en el desarrollo propiamente dicho del procedimiento por ante la Corte.

En efecto, partiendo desde la ausencia plena de la persona ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente a la cual originalmente las partes en el litigio interamericano no eran otras que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado demandado en la ocasión, actualmente se le ha otorgado a la representación de la presunta víctima participación plena en todas las etapas, es decir pleno *locus standi in iudicio*.

¹⁰⁵ Ver SALVIOLI, FABIÁN: "El sistema interamericano de derechos humanos", En: *Dossier Documentaire*, Vol II, recueil des cours, XXXVIII ème session d'enseignement, Ed. Institut international des droits de l'Homme, Strasbourg, France, 2007, págs. 125-199.

¹⁰⁶ IX Conferencia Interamericana: (Bogotá, 1948). En este encuentro se dio nacimiento a la OEA y se aprobó a través de la Resolución XXX, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Mujer.

¹⁰⁷ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica, y entró en vigor en 1977.

¹⁰⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos: arts. 33 y 52 a 69.

En el primero de los aspectos mencionados, la Convención Americana reconoce expresamente la libre voluntad de los Estados partes a los efectos de habilitar ser juzgados por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para lo cual cada uno de ellos tiene necesariamente que efectuar una declaración expresa aceptando la competencia contenciosa del Tribunal para que esta pueda ser efectivamente ejercida en asuntos contra los mismos¹⁰⁹.

Por medio de una hermenéutica impecable desde el punto de vista del principio de efecto útil, y apartándose de criterios fijados anteriormente por la Corte Internacional de Justicia en relación a las cláusulas de aceptación de la competencia contenciosa ante la misma, la Corte Interamericana resolvió en un asunto que una vez efectuado el reconocimiento por parte del Estado de la jurisdicción contenciosa del tribunal interamericano de derechos humanos, aquel no puede ser retirado por una declaración posterior del mismo en sentido contrario; La Corte destacó asimismo que una acción de ese tipo no provoca ningún efecto para los casos en trámite ante ella, ni para los que se presenten con posterioridad mientras el Estado en cuestión siga siendo parte de la Convención Americana¹¹⁰.

La lógica de esta jurisprudencia se asienta en que nada en la Convención Americana autoriza a tener un criterio que vaya más allá de lo que expresamente han dicho los Estados al aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, por lo cual una vez efectuado el mismo, su efecto es convertir a la manifestación de aceptación de la competencia contenciosa realizado por el Estado en una suerte de "cláusula pétrea". La decisión del Tribunal genera un avance decisivo en torno a la consolidación de la judicialización en el marco del litigio interamericano de derechos humanos.

En el segundo de los campos examinados en el presente acápite, el Pacto de San José de Costa Rica expresa desde el punto de vista de la legitimación activa, que sólo están habilitados para llevar un caso ante la Corte Interamericana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados partes de la Convención¹¹¹; es decir, que la víctima o los particulares que poseen una legitimación tan amplia frente a la Comisión Interamericana no disfrutan del *ius standi* ante la Corte, a diferencia de lo que sucede en el seno del Consejo de Europa desde la entrada en vigencia del Protocolo XI anexo al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹².

El Reglamento de la Comisión Interamericana ha experimentado una reforma en dirección a la judicialización en su vertiente del arreglo de la controversia a través de un medio judicial, debido a que aumenta las posibilidades de que un asunto llegue a conocimiento de la Corte Interamericana

¹⁰⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos: arts. 62.

¹¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso "Tribunal Constitucional"; Sentencia del 24 de setiembre de 1999 (Competencia).

¹¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 61.

¹¹² Vid *supra* en el presente capítulo, el subacápite a) "En el consejo de Europa".

de Derechos Humanos, aunque siempre de la mano de la decisión de la Comisión o del Estado, únicos legitimados para activar la competencia consultiva de aquella.

En efecto, por un lado el nuevo reglamento de la Comisión establece la presunción de que el caso será remitido por ésta ante la Corte; de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, esto naturalmente debe suceder cuando el Estado no haya cumplido con las recomendaciones que en su oportunidad le hubiese formulado la Comisión Interamericana, quien de acuerdo a la normativa actual, para no remitir el asunto ante el Tribunal, debe adoptar una decisión fundamentada y aprobada por la mayoría absoluta de sus miembros¹¹³.

Asimismo, por primera vez se han fijado algunos criterios a tener en cuenta para la toma de decisión por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto del envío del asunto ante la Corte Interamericana; estos criterios pasan por demandar el punto de vista del peticionario o peticionaria, examinar la naturaleza y gravedad de la violación producida, visualizar si el caso es adecuado para desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema, estudiar el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y finalmente merituar la calidad de la prueba disponible¹¹⁴.

Ello está en consonancia con la interpretación que ha efectuado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a las funciones de la Comisión en el tratamiento de peticiones individuales por ante la misma; de hecho, en la primera decisión que adoptó frente a un asunto que le fuera sometido directamente a su conocimiento contencioso por el Estado de Costa Rica, el Tribunal sugirió este camino hacia la judicialización cuando ha dicho que:

*“la Comisión Interamericana es un órgano preparatorio o previo de la función jurisdiccional de esta Corte...”*¹¹⁵.

La evolución que se llevó adelante en el sistema interamericano por la vía de la modificación reglamentaria descrita, restringe la capacidad de la Comisión Interamericana para tomar la decisión respecto a enviar o no un asunto por ante el Tribunal, que anteriormente podía ser tácita en el sentido negativo, simplemente dejando pasar el tiempo; ahora el sistema fortalece el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aras del cumplimiento del objeto y fin de la Convención.

En cuanto a la defensa de sus casos directamente por parte de los peticionarios o los representantes de las víctimas una vez que la Comisión

¹¹³ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: artículo 44 (Sometimiento del caso a la Corte).

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Asunto Viviana Gallardo”; decisión del 13 de noviembre de 1981, párr. 21; Edit. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1981.

Interamericana de Derechos Humanos ha tomado la decisión de llevar el asunto ante la Corte Interamericana, la doctrina especializada criticaba con énfasis la ausencia de dicha posibilidad, indicando las dificultades a que dicha situación podría dar lugar, postulando en cambio el pleno *locus standi* para aquellas:

“... Una vez que el caso ha llegado a la Corte, los peticionarios y las víctimas (si fueran distintos) deben gozar de plena capacidad para estar en juicio por sí o por medio de sus letrados. Ello liberaría las capacidades creativas tanto de la Comisión como de los representantes de las víctimas, y permitiría a unos y a otros contribuir más eficazmente a la labor de la Corte...”¹¹⁶.

La práctica de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana derivó necesariamente en la comprensión de los graves problemas para el cumplimiento efectivo del objeto y fin del sistema, que traía aparejada la ausencia de la persona en el procedimiento ante aquella; por dicho motivo, aquellas dificultades fueron progresivamente abordadas por el propio tribunal a través de la adopción de reformas a su reglamento; la primera modificación de valía en el punto bajo análisis, consistió en darle a la representación de la víctima plena participación en la etapa de reparaciones, es decir, la representación de la víctima “recuperaba su caso” a partir de que la Corte Interamericana había determinado la responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos, y cuando comenzaba la fase de determinar los medios por los cuales aquella iba a ser reparada.

En efecto, el reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reformado en 1996, aceptó por primera vez en el sistema interamericano el *locus standi* para la víctima o su representante, en la etapa de reparaciones ante dicho Tribunal:

“... En la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma...”¹¹⁷.

Ello inicia un proceso progresivo que va más allá en materia de otorgar mayor participación a la representación de la víctima; así, por otra de las reformas dadas al Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha avanzado en esa dirección, y hoy la representación de las víctimas goza en todas las etapas del proceso, pleno *locus standi in iudicio*.

Tal como reza el actual artículo 23 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

¹¹⁶ Conf. MÉNDEZ, JUAN: “La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *La Corte y el Sistema Interamericanos de derechos humanos...*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, pp. 329-330.

¹¹⁷ Conf. art. 23 del nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado durante el XXXIV Período Ordinario de Sesiones, el 16 de septiembre de 1996. El nuevo Reglamento, entrará en vigor el 1 de enero de 1997.

“... después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso...”¹¹⁸.

Además de la competencia contenciosa, la Corte Interamericana posee una competencia consultiva de largo alcance, ya que a diferencia del Tribunal Europeo la Convención Americana faculta a la Corte a interpretar cualquier norma concerniente a los derechos humanos en los Estados Americanos.

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica establece que:

“...Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos...”¹¹⁹.

Al otorgar el Pacto de San José el marco jurídico para que el Tribunal interprete “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”, otorgó la base para que la propia Corte Interamericana subraye que basta que el instrumento a interpretar posea una norma concerniente a la protección de los derechos humanos para que el Tribunal tenga competencia, independientemente de que el objeto general de aquel esté o no dirigido a la protección de los derechos humanos; por ello, además de los instrumentos interamericanos, no solamente normas de derechos humanos adoptadas en la Organización de las Naciones Unidas pueden ser objeto de interpretación de la Corte Interamericana, sino también normas de derechos humanos que se hallen en tratados cualquiera sea el objeto de los mismos, siempre que estos se apliquen a un Estado americano¹²⁰.

La propia jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana se encargó de identificar los contornos de la competencia consultiva del Tribunal, ampliándola incluso a instrumentos internacionales que no son técnicamente tratados, como las declaraciones universal o americana, y otras normas internacionales de “soft law”¹²¹.

¹¹⁸ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: art. 23.

¹¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 64.1.

¹²⁰ Un estudio respecto a la función consultiva de la Corte puede verse en Ver SALVIOLI, FABIÁN: “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en *Homenaje y Reconocimiento a ANTONIO CANÇADO TRINDADE*, Ed. Sergio Fabris, Brasilia, Brasil, 2004.

¹²¹ Ver Opiniones consultivas N^{os} 1, 10, 16, 17 y 18 emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; todas publicadas en la Serie A de las ediciones sobre jurisprudencia de la Corte Interamericana, e igualmente disponibles en el sitio web del tribunal www.corteidh.or.cr

El sistema interamericano de derechos humanos, sin llegar a su tope, ha alcanzado una etapa de maduración y consolidación en la “judicialización directa”, donde la Corte Interamericana juega un papel principal tanto en el marco contencioso como en las opiniones consultivas.

d) En la Unión Africana

La regionalización de las organizaciones internacionales se ha extendido en mayor o menor medida en todo el mundo, aunque a ciertos espacios llegó más tarde específicamente por circunstancias políticas; tal es el caso africano; el establecimiento de una entidad regional política que agrupe a los estados de África vino necesariamente de la mano del inicio del proceso de descolonización: es durante la llamada “Década de la descolonización” cuando se da nacimiento a la Organización de la Unidad Africana¹²², entidad que ha atravesado por diferentes crisis debido a la inestabilidad política y la situación económica por la que atraviesan varios de sus integrantes.

Luego de una cumbre de jefes de los Estados miembros de la OUA celebrada en el año 2000, la entidad fue sustituida por la Unión Africana¹²³, organización que en la actualidad agrupa a todos los Estados del continente¹²⁴.

La Protección de los derechos humanos en el sistema africano encuentra su texto base en una convención titulada la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos¹²⁵, que tiene como características el reconocimiento de derechos individuales y colectivos, la presencia de deberes, y el establecimiento de un mecanismo de protección que contempla solamente un órgano: la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ante la cual existe un mecanismo de protección que si bien admite el recurso individual, el desarrollo del mismo es de gran debilidad debido principalmente a factores políticos¹²⁶.

¹²² Organización de la Unidad Africana (1963); establecida por la Conferencia Cumbre de Jefes de Estado celebrada del 22 al 25 de mayo de 1963 en Addis Abeba, Etiopía.

¹²³ Acte constitutif de L'union Africaine adopté par la Trente-Sixième Session Ordinaire de la Conférence des Chefs D'état et de Gouvernement ; Lomé, Togo, 2000.

¹²⁴ El sitio oficial de la Unión Africana es el siguiente: <http://www.africa-union.org>

¹²⁵ Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos: adoptada el 27 de julio de 1981 por la Conferencia de Reyes y Jefes de Estado de la Organización de la Unidad Africana (OUA) reunida en Nairobi (Kenia).

¹²⁶ Cfr. DEGNI-SEGUI, R.: “*Les droits de l'homme en Afrique Noire Francophone*”, Institut International des Droits de L'Homme, Strasburg, 23 Session (2 al 31 de julio), 1992. Otros análisis del sistema africano pueden verse en: Amnistía Internacional: “*Guía de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*”, edai, Madrid, 1991. BUERGENTAL, THOMAS: “*Human Rights, In a nut shell*”, 1988, Ed. West, Minessotta, United States. Cáp. 5, Págs. 171/186. CASTRO RIAL GARRONE, FANNY: “La Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol XXXVI, N 2, 1984; y DEGNI-SEGUI, R: *La Charte africaine des droits de L'Homme et des Peuples*. Collection of Lectures, Texts and

La Conferencia de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana comenzó en 1993 un proceso de discusión respecto de la adopción de un Protocolo Facultativo a la Carta Africana, para crear un tribunal africano de derechos humanos. Los debates se sostuvieron durante varios años hasta que finalmente en 1998 se dio nacimiento al Protocolo que crea la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹²⁷.

No obstante, la Corte Africana de Derechos Humanos tiene todavía muchas dificultades que comienzan por la identificación de su propia naturaleza, ya que eventos políticos en la Unión Africana han llevado a fusionarla con el tribunal de justicia general de la organización¹²⁸. De todas maneras, una vez elegidas las personas que fungen actualmente en calidad de magistrados y magistradas¹²⁹, el tribunal se constituyó formalmente en su sesión inaugural.

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se reunió por primera vez en su sede, establecida en la ciudad de Arusha, capital de Tanzania, en el mes de junio de 2006.

La Corte Africana posee competencias con ribetes que responden a los criterios contemporáneos en aspectos de judicialización, ya que el Protocolo que le da nacimiento establece una serie de previsiones de avanzada -siempre entendido este concepto dentro del marco político de la Unión Africana- tanto en materia contenciosa como consultiva; de hecho, en el primero de los casos, el Protocolo determina que:

*“... The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol, and any other relevant human rights instrument ratified by the States concerned...”*¹³⁰.

Es decir, de la letra del Protocolo pareciera entenderse que la jurisdicción contenciosa de la Corte Africana va mucho más allá de los instrumentos africanos de derechos humanos, sino que puede llegar a otro tipo de normas internacionales siempre que los Estados africanos concernidos los hayan ratificado.

De hecho, más adelante el Protocolo contiene una disposición relativa a las fuentes de derecho aplicables que apoya una interpretación como la que viene de describirse:

Summaries; Institut International de Droits De L' Homme, Strasbourg, France, juillet de 1993.

¹²⁷ Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: adoptado el 10 de junio de 1998 en Oagadougou, Burkina Faso. El protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004.

¹²⁸ La Asamblea de la Unión Africana decidió la fusión de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con la Corte de Justicia de la Unión Africana.

¹²⁹ En su primera constitución el Tribunal posee 9 varones y 2 mujeres.

¹³⁰ Protocolo de Oagadougou: art. 3.1. (1998).

“... The Court shall apply the provisions of the Charter, and any other relevant human rights instrument ratified by the States concerned...”¹³¹.

Esto colocaría a la jurisdicción contenciosa de la Corte Africana de Derechos Humanos como la más amplia en relación con la capacidad de aplicación que poseen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³² y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³³.

El acceso a la competencia contenciosa de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos está habilitado a las personas humanas, contra Estados partes en el Protocolo de Ouagadougou que realicen una declaración expresa aceptando esta posibilidad¹³⁴, lo cual asimila al sistema africano (sin equipararlo efectivamente) con el sistema instaurado en el Consejo de Europa.

Asimismo, la Corte Africana de Derechos Humanos tiene una competencia consultiva de gran amplitud, ya que en el protocolo de Ouagadougou se otorga una muy amplia legitimación activa para acudir al Tribunal a fin de solicitar una opinión consultiva. Cualquier Estado miembro de la Organización de la Unidad Africana (hoy Unión Africana), cualquier órgano principal de dicha entidad, o finalmente cualquier organización africana reconocida por la misma, posee capacidad a los efectos de elevar un pedido de opinión consultiva a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹³⁵.

Como ya ha sido descrito *supra*, el marco jurídico es propicio para que la judicialización en materia de derechos humanos se asiente dentro de la Unión Africana; la Corte Africana se encuentra en la actualidad debatiendo las normas de procedimiento y otras cuestiones que regirán su funcionamiento¹³⁶; sin embargo, las dificultades políticas y de tipo financiero hacen poco probable que los mecanismos establecidos en la letra de los instrumentos, particularmente el Protocolo de Oagadougou, sean efectivamente puestos en marcha¹³⁷.

¹³¹ Protocolo de Oagadougou: art. 7. (1998).

¹³² Que solamente aplican en jurisdicción contenciosa al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a los protocolos al mismo que reconocen derechos substanciales.

¹³³ En su sentencia de excepciones preliminares en el caso las Palmeras contra Colombia, la Corte Interamericana sostuvo que ni ella ni la Comisión Interamericana tienen competencia para aplicar instrumentos adoptados fuera del sistema interamericano, como las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario. Ver. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Las Palmeras”, Sentencia de excepciones preliminares de 4 de febrero de 2000, Ed. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 2000.

¹³⁴ Protocolo de Oagadougou: arts. 5.3 y 34.6. (1998).

¹³⁵ Protocolo I a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que crea un Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos; art. 4.1.

¹³⁶ La VI Sesión de la Corte donde se discute el proyecto de Reglamento se efectuará entre el 17 y el 28 de setiembre del corriente año 2007.

¹³⁷ A menos que el funcionamiento del Tribunal reciba un fuerte apoyo económico por parte de la cooperación internacional, como sucede actualmente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2) Judicialización internacional indirecta: los mecanismos cuasi - jurisdiccionales

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos tanto en el plano universal como regional presentan como característica la existencia de órganos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas en los mismos por los Estados Partes; estos órganos son en su mayoría administrativos y reciben el nombre de “comité” o “comisión”, y en ciertos casos, complementan la labor que llevan adelante los órganos internacionales de tipo jurisdiccional.

La creación de estos órganos suele darse en general por los propios convenios de derechos humanos¹³⁸, y sus procedimientos también encuentran regulación en dichos instrumentos¹³⁹ o en protocolos adicionales a los mismos.

De todos los procedimientos existentes, resultan de interés para el presente trabajo los mecanismos de denuncia individual y de quejas interestatales; ya que generan procedimientos cuasi-jurisdiccionales y motivan la adopción de decisiones en casos concretos por parte de los órganos de aplicación.

La judicialización que se produce es, en estos casos, indirecta. Si bien estos órganos no dudan en llamar a su producción como “jurisprudencia”¹⁴⁰, también es cierto que su naturaleza no es puramente jurisdiccional y poseen no solamente funciones cuasi judiciales sino igualmente de tipo político.

Una de las discusiones más arduas de la doctrina está dada por el grado de vinculatoriedad que tienen las resoluciones tomadas por estos órganos, ya que a juicio de cierta corriente de pensamiento, aquellas no son obligatorias para los Estados; nuestra posición fue sentada al respecto analizando el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde una hermenéutica que conjuga el objeto y fin del sistema, y los principios de efecto útil y de buena fe. Así concluimos que cuando la decisión de la Comisión representa la última palabra del sistema no cabe sino considerarla como vinculante:

“...Siendo el último eslabón del caso (aunque no sólo por ello) el informe final la Comisión es vinculante, así como también son definitivas sus conclusiones; y como consecuencia de la acción (o más bien inacción del gobierno en cuestión) son vinculantes las recomendaciones pertinentes para que el

¹³⁸ En la Organización de las Naciones Unidas solamente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no debe su nacimiento al pacto que interpreta y aplica sino a una resolución del Consejo Económico y Social. Asimismo, en el sistema interamericano la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es creada autónomamente en 1959, y después es incorporada al texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹³⁹ Generalmente la obligación para los Estados de presentar informes periódicos ante cada uno de los Comités de Naciones Unidas.

¹⁴⁰ Conforme la práctica del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Estado cumpla su deber de tomar las medidas para remediar la situación, de acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos..."¹⁴¹.

Tampoco debe evitarse aquí el entendimiento de que en ciertos sistemas donde la protección es compartida por órganos del estilo "Corte – Comisión" como los que rigen en la Organización de los Estados Americanos y en la Unión Africana, los órganos jurisdiccionales son la voz más alta autorizada a interpretar el alcance de las obligaciones de los Estados y los derechos de las personas, por lo cual dicha jurisprudencia es vinculante para los propios órganos administrativos¹⁴².

a) En Naciones Unidas

Dentro del sistema de la Organización de las Naciones Unidas los mecanismos cuasicontenciosos, de acuerdo a la definición que les da Carlos Villán Durán¹⁴³, se dividen en las quejas entre Estados o quejas interestatales por un lado, y el sistema de comunicaciones individuales por el otro.

Las quejas entre Estados están previstas frente a órganos no jurisdiccionales en algunos instrumentos de derechos humanos adoptados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, a saber: el Comité de Derechos Humanos¹⁴⁴, el Comité contra la Tortura¹⁴⁵, el Comité para la Protección de Todas las Personas Trabajadoras Migrantes y sus Familias¹⁴⁶, el Comité contra la Desaparición Forzada¹⁴⁷ y finalmente el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial¹⁴⁸. El procedimiento es de carácter estrictamente voluntario, es decir, requiere de la aceptación expresa a través de una declaración de los Estados Partes, salvo en el caso de las quejas

¹⁴¹ SALVIOLI, FABIÁN: "Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos...", op. cit. en: BAZÁN, VÍCTOR (compilador): *"En defensa de la Constitución..."*, op. cit. p. 151.

¹⁴² Ello se nota con claridad en el sistema interamericano de derechos humanos, en el cual la Comisión Interamericana permanentemente recurre a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en materia consultiva como contenciosa para su trabajo en conjunto: informes generales, informes especiales, relatorías y, naturalmente, peticiones individuales.

¹⁴³ VILLÁN DURÁN, CARLOS: *"Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*, op. cit., Lección 9, pp. 437 y ss.

¹⁴⁴ De acuerdo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 41.

¹⁴⁵ De acuerdo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: art. 21.

¹⁴⁶ De acuerdo a la Convención para la Protección de los Derechos de Todas las Personas Trabajadoras Migrantes y sus Familias: art. 76.

¹⁴⁷ De acuerdo a la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, aprobada mediante resolución del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas A/HRC/1/L.2, el 29 de junio de 2006: art. 32.

¹⁴⁸ De acuerdo a la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial: arts. 11-13.

interestatales por ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, donde este mecanismo es obligatorio para todo Estado Parte.

No obstante las previsiones señaladas, en la práctica no se ha puesto hasta el momento nunca en funcionamiento el mecanismo de quejas interestatales por ante estos órganos internacionales no jurisdiccionales de supervisión de cumplimiento por parte de los Estados respecto a las obligaciones convencionales para éstos en materia de derechos humanos.

En cuanto a las peticiones individuales, de los órganos convencionales no jurisdiccionales, hasta el momento solamente cinco de ellos pueden recibir denuncias o peticiones individuales: el Comité de Derechos Humanos¹⁴⁹, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial¹⁵⁰, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer¹⁵¹, el Comité para la Protección de los Derechos de todas las Personas Trabajadoras Migrantes y sus Familias¹⁵² y el Comité contra la Desaparición Forzada¹⁵³; y siempre se requiere la voluntad expresa del Estado a través de declaraciones expresas de aceptación de competencia, o de ratificación de protocolos anexos (esto último para las comunicaciones individuales frente al Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

La “judicialización indirecta” en estos comités está dada porque los mismos llevan adelante procedimientos similares a los jurisdiccionales, aunque con algunas características propias que les diferencian (prevalece el régimen escrito por sobre las audiencias orales, y existe una mayor flexibilidad en cuanto a formas y cumplimientos que las que se dan ante tribunales internacionales); estos mecanismos se hallan a medio camino entre los clásicos de supervisión de informes¹⁵⁴ y los jurisdiccionales propiamente dichos.

En todo caso, la mayor calidad de judicialización en los mismos está dada porque los Estados deben rendir cuentas frente a un órgano internacional ante el cual se les acusa de violaciones concretas en perjuicio de supuestas víctimas, a los derechos establecidos en los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos.

¹⁴⁹ De acuerdo al I Protocolo Facultativo Anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 1.

¹⁵⁰ De acuerdo a la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial: art. 14.

¹⁵¹ De acuerdo al Protocolo Facultativo Anexo a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: arts. 1 y 2.

¹⁵² De acuerdo a la Convención para la Protección de los Derechos de Todas las Personas Trabajadoras Migrantes y sus Familias: art. 77.

¹⁵³ De acuerdo a la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas: art. 31.

¹⁵⁴ Mecanismos de competencia automática con características de cooperación entre los órganos internacionales y los Estados, que rigen ante todos los Comités de Naciones Unidas.

b) En el Consejo de Europa

Ya se ha abordado en el presente trabajo que el sistema europeo eliminó dentro del marco del Convenio de Roma, la existencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos. No obstante ello, pueden encontrarse aspectos de judicialidad en el mecanismo establecido por la Carta Social Europea de 1961 y sus protocolos adicionales¹⁵⁵.

Sin embargo, la revisión completa de la Carta Social se llevó a cabo en 1996, transformando radicalmente el sistema establecido y poniéndolo más a tono con los avances en materia de protección de los derechos humanos.

El órgano de aplicación de la Carta Social, encargado de supervisar las obligaciones de los Estados Partes, es el Comité Europeo de Derechos Sociales, el cual sin ser un órgano jurisdiccional, desde el inicio de sus labores utilizó para sus decisiones el término “jurisprudencia”.

Tanto en el clásico mecanismo de informes, como en el examen del sistema de reclamaciones colectivas el trabajo efectuado por el Comité resulta valioso. Tal como señala Luis Jimena Quesada específicamente como balance ambos mecanismos descritos se refuerzan mutuamente, en un movimiento sinérgico, con un propósito determinado:

*“... de lo que se trata, a fin de cuentas, es de fijar un standard internacional mínimo susceptible de ser aprovechado en el plano interno...”*¹⁵⁶.

c) En la Organización de los Estados Americanos

El sistema interamericano de derechos humanos tiene igualmente como algunos procedimientos ante ciertos órganos de Naciones Unidas, la posibilidad de demandas interestatales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: para que las comunicaciones de Estado contra Estado puedan tramitarse, se requiere la ratificación de la Convención Americana y la aceptación expresa de esta competencia a través de una declaración que deben efectuar ambos Estados¹⁵⁷. El único antecedente de aplicación del mecanismo en cuestión se ha dado a partir de la denuncia instaurada por la República de Nicaragua contra Costa Rica el 6 de febrero de 2006, donde la Comisión no llegó a pronunciarse sobre el fondo de este asunto, ya que en su análisis lo declaró inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna¹⁵⁸.

¹⁵⁵ La Carta Social Europea fue adoptada el 18 de octubre de 1961 en Turín, Italia, y sus dos protocolos se aprobaron el 5 de mayo de 1988 y el 21 de octubre de 1991.

¹⁵⁶ JIMENA QUESADA, LUIS: *Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2007, p. 57.

¹⁵⁷ Convención Americana de Derechos Humanos: art. 45; y Reglamento de la Comisión Interamericana: art. 48.

¹⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N° 11/07; Caso Interestatal 01/06; Nicaragua c. Costa Rica; 8 de marzo de 2007.

Pero el procedimiento de comunicaciones individuales es de mayor aplicación, ya que la Comisión Interamericana constituye la puerta de entrada al sistema, que habilita una amplia legitimación activa debido a que no se requiere la condición de víctima o de representación de la misma para presentar una denuncia¹⁵⁹.

Las características de heterodoxia que tuvo la creación de la Comisión Interamericana¹⁶⁰ le dio a ésta una naturaleza flexible con competencias jurídico-políticas; aunque los últimos años muestran un mayor avance por parte de la misma en estructurar sus decisiones al estilo de sentencias judiciales, aunque lleven el título de “resoluciones y finalicen con “recomendaciones” a los Estados. Asimismo, como ya ha sido señalado en el presente trabajo, la Comisión Interamericana habitualmente cita y se basa especialmente en la jurisprudencia consultiva y contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

d) En la Unión Africana

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos prevé la creación de una Comisión¹⁶¹, por ante la cual pueden tramitar comunicaciones interestatales¹⁶² y “otras comunicaciones”, entre las cuales cabe entender a las presentaciones individuales¹⁶³. Sin embargo, el procedimiento indica que la Comisión solamente llamará la atención del Estado cuando la cuestión revele una situación de violaciones graves, masivas o sistemáticas, con el evidente propósito de evitar que se examinen violaciones individuales¹⁶⁴, lo cual en realidad asemeja este mecanismo al llamado “procedimiento extraconvencional” 1503 de la Organización de las Naciones Unidas¹⁶⁵.

El procedimiento de comunicaciones individuales ante la Comisión Africana continúa siendo entorpecido en términos generales por cuestiones políticas, y la experiencia es escasa en esta materia¹⁶⁶; no obstante, si la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos logra tener un funcionamiento armónico y adecuado, ello repercutirá seguramente en la práctica de la Comisión.

¹⁵⁹ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: arts. 23, Presentación de peticiones.

¹⁶⁰ Conf. PINTO, MÓNICA: *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, setiembre de 1993, pág. 181.

¹⁶¹ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: (1981) art. 30.

¹⁶² *Ibidem*, arts. 47 y ss.

¹⁶³ *Ibidem*, arts. 55 y ss.

¹⁶⁴ FISCHER DE ANDRADE, JOSÉ: “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Vol. VI, ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, pp. 487.

¹⁶⁵ BUERGENTAL, THOMAS: *International Human Rights*, West Publishing Co. (Nutshell Series) St. Paul Minnesota, Estados Unidos, 1990, p. 186.

¹⁶⁶ Ver ANKUMAH EVELYN A.: *The African Commission on Human Rights. Practices and procedures*, ed. Martinus Nijhoff Publishers, London, United Kingdom, 1996.

e) En el mundo árabe y en el continente asiático

Ya se ha mencionado en el presente trabajo que el continente asiático no posee instrumento convencional de derechos humanos. En lo que hace a la Liga de Estados Árabes, una Carta Árabe de Derechos Humanos fue aprobada en 1994, pero diez años después, al no haber obtenido ninguna ratificación, una cumbre de los Estados miembros la ha revisado y adoptado una nueva Carta Árabe de Derechos Humanos¹⁶⁷.

De todas formas, el Comité instituido por la Carta¹⁶⁸, no tiene ninguna función que le permita recibir denuncias individuales ni quejas interestatales por violaciones a los derechos establecidos en aquella, de allí que la judicialización no solamente está completamente ausente en el mecanismo instaurado, sino que el control reviste de una deficiencia evidente.

3) Otras vías de judicialización del derecho internacional de la persona humana

Pueden al menos identificarse dos vías adicionales de la judicialización del derecho internacional de la persona humana:

La primera de ellas tiene fuente internacional convencional, y se encuentra en la obligación general de tomar medidas para que los Estados cumplan con las previsiones de los instrumentos internacionales; los tratados internacionales de derechos humanos son, en los términos de sus disposiciones, ejecutables directamente dentro de los Estados partes en los mismos, y sin duda alguna las medidas a que se refieren estos instrumentos no son solamente legislativas, sino que con igual valor cabe hablar de medidas administrativas y, obviamente judiciales¹⁶⁹.

Asimismo, hay convenciones que específicamente establecen obligaciones puntuales para los Estados Partes, que repercuten finalmente en su aplicación por los órganos judiciales internos¹⁷⁰.

Por último, no cabe sino concluir con la necesidad de que los tribuna-

¹⁶⁷ Ver MAHIOU, AHMED: "La Charte Arabe des Droits de l'Homme": en www.geographie.ens.fr/sanmarco/cours7/la_charte_arabe_des_droits_de_l_homme_-_a._mahiou_-_sept._2004.pdf

¹⁶⁸ Carta Árabe de Derechos Humanos: (2004) arts. 45 a 48.

¹⁶⁹ Citamos como ejemplos en el plano universal las disposiciones contenidas en los artículos 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A nivel interamericano, baste citar el artículo 2 del Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁷⁰ En este sentido, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas define a la tortura y establece la obligación de tipificarla en el plano interno a nivel legislativo para su aplicación posterior por parte de la justicia penal doméstica. En el plano interamericano, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece disposiciones concretas dirigidas hacia el ejercicio de la jurisdicción interna (competencia) y a la imprescriptibilidad del hecho (arts. IV y VII).

les locales apliquen directamente el derecho internacional de la persona humana, sus estándares, realicen hermenéutica con base en el principio *pro persona*, y acudan para ello a la producción propia de los órganos internacionales, particularmente su jurisprudencia.

En este sentido, la República Argentina tiene una situación jurídica privilegiada, por lo que no hay excusa alguna para que los tribunales domésticos nieguen o retrasen la aplicación directa del derecho internacional de la persona humana. A la apertura internacionalista producida por la reforma constitucional de 1994¹⁷¹, le ha seguido una tendencia profunda de la Corte Suprema de Justicia de la nación en consideración del derecho internacional y del trabajo de los órganos internacionales, particularmente los atinentes al sistema interamericano¹⁷².

IV. CONSIDERACIONES FINALES: ¿PARA QUÉ JUDICIALIZAR?

La aplicación efectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos deviene esencial; los esfuerzos de la doctrina *iusinternacionalista* tiene que estar a la altura de las necesidades de protección; la norma no fue ni jamás será un fin en sí misma, sino una herramienta válida para el disfrute de los derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres.

En el ámbito del derecho internacional la vigencia de los derechos fundamentales de la persona, tiene como uno de sus requisitos centrales que los sistemas internacionales estén dotados de órganos y mecanismos adecuados para la promoción, el control del estado de los derechos humanos, y la sanción de las violaciones cometidas, junto al establecimiento de reparaciones para las víctimas. El último aspecto referido se da a través de la posibilidad de tramitar por la vía judicial casos individuales contra los Estados. Obviamente, esta función primordial se da solamente en aquellos sistemas que poseen una Corte o Tribunal que juzgue a Estados por violaciones a normas de derechos humanos, determinen la responsabilidad de los mismos, y tengan la capacidad de fijar una indemnización y otras medidas de reparación para las víctimas o sus sucesores.

La descrita configura la primera vertiente de lo que definimos en este trabajo como judicialización, producto indudable de los progresos del derecho internacional de la persona humana.

¹⁷¹ Ver al respecto SALVIOLI, FABIÁN: *La Constitución de la República Argentina y los Derechos Humanos: un análisis a la luz de la reforma constitucional de 1994*, edit. por el MEDH, Buenos Aires, Argentina, 1994.

¹⁷² A los célebres casos de Ekmekdjian CSJN 315:1492, Girolodi CSJN 316:1669, Fibraca CSJN 318:514; y Cafés La Virginia CSJN 317:1282, más recientemente otros asuntos decididos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación insisten en la necesidad de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos para evitar la responsabilidad internacional del Estado (casos Wilner CSJN 318: 1269, y Riopar CSJN 319: 2411;); otros casos de interés en el punto bajo análisis son Monges CSJN 319: 2148; Acosta: CSJN 321: 3155; Esposito CSJN 327: 5668 y Simón: CSJN 328:2056.

“... *Un análisis del avance y la consolidación jurídica del derecho internacional de los derechos humanos nos lleva a identificar como una de sus características contemporáneas a la judicialización, es decir, la existencia de órganos judiciales provistos de competencia para aplicar e interpretar normas internacionales que hacen a la protección de los derechos y las libertades fundamentales que son inherentes a la persona humana...*”. “...*El fenómeno que definimos como judicialización indica que el derecho internacional público adquiere un fortalecimiento que le es indispensable como corpus jurídico y establece una tendencia irreversible en la dirección señalada; asistiremos en el ius gentium cada vez más a la presencia y funcionamiento de entes judiciales permanentes dotados de imperium para decidir sobre cuestiones jurídicas suscitadas entre sujetos del derecho internacional...*”¹⁷³.

Las jurisdicciones internacionales 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. A ello le hemos agregado en el presente estudio 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.

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.

El sistema normativo en su conjunto (interno e internacional) tiene que dirigirse, aplicarse e interpretarse a los efectos de garantizar efectivamente los derechos humanos de mujeres y hombres; para ello, el trabajo jurisdiccional no es la única vía, pero sí una de las herramientas imprescindibles.

Visualizar la judicialización del derecho internacional de la persona humana y afirmar esta tendencia no tiene más pretensión que otorgar un elemento más de análisis a los efectos de profundizar el cumplimiento del objeto y fin de los tratados y demás instrumentos de derechos humanos por parte de los Estados.

¹⁷³ Conf. SALVIOLI, FABIÁN: “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en *Homenaje y Reconocimiento a ANTONIO CANÇADO TRINDADE*, op. cit., Ed. Sergio Fabris, Brasilia, Brasil, 2004.

BLANCA

LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y EL FEDERALISMO EN INTERACCIÓN: PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS

SUPRANATIONAL INTEGRATION AND FEDERALISM IN INTERACTION: PERSPECTIVES AND CHALLENGES

*Victor Bazán**

RESUMEN

En esta contribución el autor considera la sensible cuestión de si existe incompatibilidad entre el establecimiento de bloques supranacionales, que supone un movimiento de centralización, y el federalismo intraestatal, que por esencia contiene una fuerte nota de descentralización política.

Analiza además un conjunto de aspectos relevantes y conflictivos de la interacción de ambos procesos, entre ellos, los desafíos que la praxis comunitaria genera en Estados con estructura territorial y política compleja; el impacto que la integración supranacional puede provocar en las entidades subestatales; y el modo en que éstas podrían participar en los procesos comunitarios, en las fases ascendente y/o descendente.

PALABRAS CLAVE

Integración - Federalismo - MERCOSUR - Unión Europea - Acción exterior de las entidades subestatales.

ABSTRACT

In this contribution the author confronts the sensible question of the mutual incompatibility between the establishment of supranational blocks (that supposes a centralized movement) and intrastate federalism (by essence with a strong note of political decentralization). The author analyzes in addition a set of relevant and conflicting aspects of the interaction of both processes, among them, the challenges that communitarian praxis generates in States with complex territorial and political structure. He analyzes also the impact that supranational integration can cause in the sub-national entities and the way in which they could participate in the communitarian processes, in the ascending and/or descendant phases.

KEY WORDS

Integration law - Federalism - MERCOSUR - European Union- Foreign acts of the sub-national entities

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina. Miembro Titular y Director de la Sección "Derechos Humanos" de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro Correspondiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN Y RECORRIDO PROPUESTO. II. BREVES ANOTACIONES CONTEXTUALES COMPLEMENTARIAS. III. LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR, ¿ESTÁN CONSTITUCIONAL Y/O JURISPRUDENCIALMENTE PREPARADOS PARA AVANZAR HACIA FORMAS INTEGRATIVAS MÁS INTENSAS?: 1. Planteo del problema. 2. Repaso iuscomparativo: A) Argentina y Paraguay. B) Brasil y Uruguay. C) Venezuela. D) Balance. **IV. CIERTAS CUESTIONES CONFLICTIVAS QUE SURGEN DE LA INTERRELACIÓN DE LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y EL FEDERALISMO Y DE LA BÚSQUEDA DE INSTANCIAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS ENTES SUBESTATALES:** 1. Perfiles de la cuestión. 2. El caso argentino: A) La regionalización. B) La actividad internacional de las provincias. C) ¿Una protección adicional para el federalismo en los procesos de integración? D) ¿Y los municipios? 3. La experiencia europea: A) Participación de las colectividades territoriales en el proceso comunitario. B) Responsabilidad internacional del Estado por acciones y omisiones de las entidades infraestatales. **V. ACERCA DE DETERMINADAS INSTANCIAS DE VINCULACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES INFRAESTATALES EN LA EXPERIENCIA COMUNITARIA EUROPEA:** 1. El Comité de las Regiones: A) Génesis. B) Composición y naturaleza del Comité. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. C) El Tratado de Lisboa, el Comité de las Regiones, la cohesión territorial y las autonomías regionales y locales. D) Sucinto balance del accionar del Comité. Prospectiva. 2. Eurocities. **VI. ALTERNATIVAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS ENTES SUBESTATALES EN EL PROCESO INTEGRATIVO MERCOSUREÑO:** 1. Sobre el Parlamento del Mercosur. 2. El Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur. 3. Mercociudades. **VII. EPÍLOGO.**

I. INTRODUCCIÓN Y RECORRIDO PROPUESTO

Es obvio que nada se descubre al recordar que la irrupción de nuevos espacios integrados plantea, correlativamente, renovados desafíos, fundamentalmente en los esquemas estatales de estructura territorial compleja.

De su lado, cabe advertir que el federalismo es un proceso dinámico y con numerosas fórmulas posibles de configuración. Tanto, que es ya clásica la afirmación de FRIEDRICH en cuanto a que existen *tantos federalismos como Estados federales con sus múltiples variantes*¹.

Se impone aquí un interrogante inicial: ¿Existe incompatibilidad entre el establecimiento de *bloques supranacionales*, que supone un movimiento de centralización, y el *federalismo intraestatal*, que por esencia contiene una fuerte nota de descentralización política?

La respuesta es, a nuestro criterio, negativa. No cabría predicar *a priori* semejante contradicción. Antes bien, lo deseable sería generar una saludable relación de complementación entre *integración* (estructura comunitaria) y *autonomía* (federalismo u otros procesos de desconcentración política) a

¹ FRIEDRICH, Carl, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, p. 207.

partir de claras normas contenidas en la Ley Fundamental de que se trate, que permitan al Estado Nacional involucrarse en procesos integrativos preservando la pluralidad y las pautas de descentralización *ad intra*.

Presentado así en breves pinceladas el problema central que aquí nos preocupa, daremos continuidad al trabajo enfocando sumariamente algunos aspectos contextuales complementarios para ahondar en la problemática a la que se refiere el interrogante en torno a la compatibilidad o incompatibilidad entre la integración supranacional y el modelo estadual federal (o con acentuados rasgos centrífugos) y la respuesta que arriesgábamos precedentemente.

Enseguida, formularemos un breve repaso iuscomparativo para verificar si los países que originariamente suscribieron el Tratado de Asunción² (constitutivo del Mercosur) se encuentran preparados desde el plano de sus respectivas Constituciones y de la jurisprudencia de sus correspondientes órganos de cierre de la jurisdicción constitucional, para avanzar hacia etapas más intensas y comprometidas en el proceso de integración, que supongan la efectiva transferencia (cesión, atribución, delegación, traspaso, etc.) de funciones hacia instituciones supranacionales para generar un escenario del que se desprenda derecho comunitario con sus características de autonomía, efecto directo y aplicación preferente en los Estados Miembros. Además, y aunque no se trate de un socio primigenio, la situación que frente al Mercosur ha asumido Venezuela nos lleva también a realizar –en mirada prospectiva– una alusión a la previsión constitucional de tal país en el punto examinado.

Luego focalizaremos determinadas cuestiones delicadas que surgen de la interrelación de la integración supranacional y el federalismo y la importancia de buscar alternativas de participación en aquélla por parte de los entes subestatales. Por cierto, no estarán ausentes algunas respuestas surgidas de la praxis europea, tomada como matriz referencial y potencial fuente de la que abreviar para extraer enseñanzas, pues este modelo comunitario (con más de cinco décadas de desarrollo) aunque con marcadas diferencias respecto del sistema del Mercosur, puede proporcionar cierta materia prima para capitalizar y extrapolar a este esquema integrativo (o al menos tener en cuenta como posibilidades de *lege ferenda*), aplicándose a Brasil, Argentina y Venezuela³, países que –con sus respectivas particularidades– han adoptado modalidades de estructuración estadual federal.

A continuación, pasaremos revista a algunas de las instancias que en el marco europeo existen para la protección de los intereses de las entidades infraestatales frente al proceso comunitario, esfera en la que principal pero no exclusivamente enfocaremos al Comité de las Regiones. De inme-

² El Tratado de Asunción fue suscripto el 26 de marzo de 1991 por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

³ La versión del federalismo venezolano de la Constitución de 1999 (uno de cuyos puntos oscuros fue viabilizar la desaparición del Senado) quedaba más debilitada aún en el frustrado texto de la nueva Constitución que propiciaba el presidente Hugo CHÁVEZ, aprobado el 2 de noviembre de 2007 por la Asamblea Nacional y que, en definitiva, fuera rechazado por el pueblo en el referéndum de 2 de diciembre del mismo año.

diato examinaremos ciertas perspectivas de vinculación y participación que se abren en la órbita del Mercosur para Estados, provincias, regiones, municipios y ciudades, de acuerdo con la nomenclatura que en la Ley Fundamental de cada enclave federal se escoja.

A su tiempo, el epílogo vendrá de la mano de las apreciaciones recapitulativas que se añadirán a las consideraciones conclusivas intercaladas en el nudo del trabajo.

II. BREVES ANOTACIONES CONTEXTUALES COMPLEMENTARIAS

En relación con el sector temático delimitado por el interrogante que proponíamos al inicio de esta contribución y la respuesta que anticipábamos (en torno a la inexistencia de incompatibilidad de la integración supranacional y el federalismo o la descentralización intraestatales), ROLLA puntualiza, *mutatis mutandi*, que “el derecho comparado muestra cómo el empuje de la descentralización no alimenta las tendencias centrífugas o particularistas en las experiencias donde el sistema constitucional es capaz de identificar y codificar los valores en torno a los cuales todos los sujetos del pluralismo se reconocen”⁴.

El problema no es precisamente reciente. Por el contrario, con frecuencia cobra renovado impulso ya que aparecen cuestiones conflictivas nuevas o se reinventan aristas de otras que parecían ya solventadas y superadas⁵.

De hecho, basta con reparar que de los cuatro socios originarios del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), nada más y nada menos que los dos primeros (los más fuertes y poderosos de aquel cuarteto inicial) presentan, con sus respectivas particularidades, una conformación estadual federal, al igual que Venezuela, que pretende insertarse en dicho esquema integrativo sudamericano como miembro pleno⁶.

⁴ ROLLA, Giancarlo, “La descentralización en Italia. Un difícil equilibrio entre autonomía y unidad”, en HERNÁNDEZ (h.), Antonio M. (Director), *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Instituto Italiano de Cultura de Córdoba e Instituto de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2005, p. 44.

⁵ La cuestión nos interesa y preocupa desde hace bastante tiempo, incluso antes de la reforma constitucional de 1994. Al respecto, ver BAZÁN, Víctor, “Las provincias desde la perspectiva de la integración regional”, en BAZÁN, Víctor y SÁNCHEZ, Alberto (compiladores), *Integración regional: Perspectivas para Latinoamérica*, Edit. Fundación Universitaria, San Juan, 1994, pp. 205/218.

⁶ En 2004 Venezuela comenzó a transitar su camino en el Mercosur por medio del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur - Colombia, Ecuador y Venezuela. Por su parte, el 4 de julio de 2006 se suscribió en Caracas el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, el que según la información que pudimos recabar, sólo Argentina y Uruguay han ratificado. El art. 12 de dicho Protocolo lo cataloga como “instrumento adicional al Tratado de Asunción” y determina que entrará en vigencia el trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación.

Otro tanto ocurre en la experiencia europea, en la que –según la acertada percepción de ROLLA– cuando se realizó el acto institutivo de las comunidades económicas sólo uno de los Estados fundadores tenía una estructura de base federal o regional (Alemania), mientras que en la actualidad se observa la existencia de diversos Estados regionalizados (Alemania, España, Bélgica, Italia y Austria), o bien procesos de descentralización al interior de ordenamientos tradicionalmente unitarios (Reino Unido y Francia)⁷.

Entre un cúmulo de aspectos relevantes y, por cierto, conflictivos, pueden destacarse ejemplificativamente dos: por una parte, el impacto que la integración puede provocar en las regiones, provincias, comunidades autónomas, etc.; y, por otra, el modo en que estos entes podrían participar en los procesos de decisión de la estructura comunitaria, tema catalogado como “ineludible” por el autor citado en último término, quien añade que tal problemática necesita de procedimientos adecuados de *colaboración* entre los diversos niveles institucionales que componen el ordenamiento nacional⁸.

En el ámbito interno, la plataforma legitimante de tal relación de colaboración es un esquema de federalismo de concertación (o convergencia) y participativo, que permita una vinculación equilibrada entre las instancias que forman la estructura federal y viabilice una alternativa de desarrollo y crecimiento integrado *ad intra* y *ad extra*.

Paralelamente, tal paradigma equilibrado deberá trasladarse al sistema comunitario y su cuadro de distribución y ejercicio de competencias con cada uno de los Estados Miembros, respetando las pautas de *atribución, subsidiariedad, proporcionalidad y necesidad*, sobre las que volveremos.

A propósito de todo ello, en la praxis comunitaria europea –que, como anticipábamos, pese a las claras diferencias con el Mercosur es el contexto del que se debe abreviar para extraer algunas enseñanzas que quizá resulten prospectivamente extrapolables, no sin beneficio de inventario, a nuestro modelo integrativo–, se ha reclamado la necesidad de dar coherencia a la participación regional en el proceso de integración europea, por medio de la institucionalización de un diálogo en dos frentes: el *comunitario*, permitiendo a las regiones comunicarse con las instituciones de la Unión Europea (en adelante, también UE); y el *interno del Estado*, suscitando una colaboración entre las autoridades centrales y las autoridades regionales en relación con dicho proceso⁹.

Naturalmente la cuestión se comprende a partir del resultado de lo que se ha explicado como la reconducción del concepto clásico de “política exterior”, separando el “núcleo duro” (cuya diagramación compete al Esta-

⁷ ROLLA, Giancarlo, *op. cit.*, pp. 41/42.

⁸ *Ibid.*, p. 42.

⁹ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “Facultades de los entes subnacionales en el sistema comunitario europeo”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata y REY CARO, Ernesto J. (Directores), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2000, pp. 18/19.

do), de un conjunto de acciones que giran en su derredor, de “relieve internacional” o de “promoción exterior”, consecuencia del proceso de globalización o internacionalización, y cuya realización puede y debe ser llevada a cabo por las entidades subestatales bajo el principio liminar de la “lealtad constitucional”¹⁰; tema que también retomaremos.

III. LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR, ¿ESTÁN CONSTITUCIONAL Y/O JURISPRUDENCIALMENTE PREPARADOS PARA AVANZAR HACIA FORMAS INTEGRATIVAS MÁS INTENSAS?

1. *Planteo del problema*

Buceando en la dimensión constitucional del proceso de integración mercosureño, y partiendo del supuesto que el objetivo final de éste es la creación de un mercado común (o de un estadio más avanzado) y que el momento actual depara apenas una unión aduanera *sui generis* (inmersa en una serie de vicisitudes como las ostensibles asimetrías de los países componentes, una reciente crisis entre los gobiernos uruguayo y argentino por los peligros de contaminación ambiental que podría generar el funcionamiento de plantas de producción de celulosa sobre la margen del río Uruguay, algunos cíclicos recelos entre Brasil y Argentina, entre otras cosas), se impone el interrogante planteado desde el epígrafe para intentar dilucidar si los socios iniciales del esquema integrativo se encuentran normativa y/o jurisprudencialmente preparados para afrontar la implementación de una estructura supranacional¹¹ receptora de competencias o potestades atribuido-cedidas¹², delegadas o transferidas (de acuerdo con la opción lingüístico-sustancial que se escoja) por aquéllos. Como puede suponerse, tal paso tendría varias implicancias, entre ellas, una fuerte repercusión sobre el entramado federal en los Estados que escogieron semejante modalidad de organización político-territorial para articularse.

De cualquier modo, y si convergiera realmente la voluntad política de avanzar hacia modalidades más intensas de relacionamiento integrativo,

¹⁰ Cfr., *mutatis mutandi*, LEGUINA, Joaquín, “Intervención de apertura”, en AA.VV., “La acción exterior y comunitaria de los *Länder*, regiones, cantones y comunidades autónomas”, Vol. I, Universidad Carlos III de Madrid y Universidad del País Vasco, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1994, p. 16.

¹¹ En torno al tema, *vid.* BAZÁN, Víctor, por ejemplo en “Hacia la pervivencia del Mercosur: nivelación constitucional, establecimiento de instituciones supranacionales y efectiva protección de los derechos humanos”, en BIDART CAMPOS, Germán J. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (coordinadores), *El Derecho Constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 275/309.

¹² Puede consultarse con provecho, y con alcance que excede el caso español, el análisis que formula LÓPEZ CASTILLO respecto de lo que denomina el tándem conceptual de atribución-cesión de competencias derivadas de la Constitución que, a su criterio, emplea el art. 93 de la Ley Fundamental española (LÓPEZ CASTILLO, Antonio, *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 67 y ss.).

los países componentes del modelo deberían encarar una compatibilización constitucional que acuerde aplicación preferente a los instrumentos internacionales en general (incluidos los de integración regional) sobre el derecho interno, complementada con una “cláusula de habilitación” para tomar parte de estructuras supranacionales. Se corporiza aquí una asimetría gravitante: la *jurídica*, trasuntada en las diferencias normativo-constitucionales que se hacen perceptibles en el particular.

No es un dato precisamente insignificante que por conducto de uno de los objetivos centrales del Mercosur, fijado ya en el propio Tratado de Asunción, se instaló el compromiso entre los Estados Partes de armonizar sus legislaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. Tal premisa, según interpretamos, no queda exclusivamente anclada en la exigencia de coordinación de preceptos infraconstitucionales, sino que se traslada además al requerimiento de acondicionar las Constituciones en caso de que exista real intención política de moverse hacia niveles integrativos más intensos y demandantes como serían un mercado común o una unión económica.

2. Repaso iuscomparativo

A) Argentina y Paraguay

Telegráficamente adelantamos que en los casos de Argentina y Paraguay, sus respectivas Constituciones contienen disposiciones específicas para definir la valencia jerárquica de los instrumentos internacionales frente al derecho interno y, aunque con diferencias entre ambas regulaciones, se trazan las líneas que enmarcan las normas de habilitación en el sentido adelantado.

a) Argentina

En cuanto al rango de los documentos internacionales en la órbita normativa interna¹³, se ha dado un importante paso, pues la reforma constitucional de 1994 ha adjudicado a los instrumentos internacionales (incluidos los de integración y las normas que se dicten en su consecuencia) una *jerarquía superior a la de las leyes nacionales* –art. 75, incs. 22, párr. 1º, y 24–, al tiempo de haber acordado *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos (enumerados en el art.

¹³ Sobre la cuestión en el derecho comparado, entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, ver “Conexiones y tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Latinoamérica”, en VELÁSQUEZ RAMÍREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto (coordinadores), *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*, Memoria de la VII Convención Latinoamericana de Derecho (Santiago de Chile, 8 a 12 de octubre de 2007), Grijley, Lima, 2007, pp. 269/307.

75, inc. 22, 2° párr.) y a los que en el futuro se les acuerde tal valencia (párr. 3° de dicho inciso)¹⁴.

Por tanto, podría decirse coloquialmente que existen instrumentos internacionales relativos a derechos humanos que ostentan *jerarquía constitucional originaria* y otros que receptan *jerarquía constitucional derivada*.

Entre los primeros, es decir, los enumerados específicamente por la Ley Fundamental, se encuentran: 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 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ya en la segunda modalidad procedimental, esto es, los unguidos con valencia constitucional *ex post*, se cuentan la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consagrada por la 24ª Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil, y a la que se le dispensó tal cotización constitucional por conducto de la Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la Ley 25.778, publicada el 3 de setiembre de 2003.

A su tiempo, por imperio del aludido artículo constitucional 75, inc. 24, párr. 1°, se faculta al Congreso a *aprobar tratados de integración que “deleguen” competencias¹⁵ y jurisdicción a organizaciones supraestatales*

¹⁴ La atribución de *jerarquía constitucional* se hizo en las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales citados en el aludido párr. 2° del inciso analizado, además de consignar que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (es decir, la parte dogmática) y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Asimismo, en el párr. 3° de ese inciso se ha estatuido el procedimiento para adjudicar tal valencia, luego de su aprobación por el Congreso, a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos más allá de los que la Ley Fundamental nomina primigeniamente.

¹⁵ Es importante destacar que ya el “Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia” estimaba conveniente “establecer entre las facultades asignadas al Congreso de la Nación la de delegar ciertas competencias a entes supranacionales, conforme lo establezca la Constitución”, advirtiendo que “si tal facultad no se estableciera en la misma Carta Magna, el tratado en virtud del cual se delegasen competencias a un ente supranacional, en principio, no gozaría de legalidad porque iría en contra de la misma Constitución ya que ningún tratado, según el artículo 27, podría contrariar los principios constitucionales”. Además,

en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, advirtiendo que las normas dictadas en su consecuencia *tienen jerarquía superior a las leyes*.

En consecuencia, el precepto mencionado en último término ha brindado habilitación constitucional, por ejemplo, para la creación de tribunales supranacionales receptores de la *jurisdicción delegada*, terminología que, más allá de alojar alguna imprecisión, ha sido la escogida por la Norma Básica.

Además, la disposición nombrada (en su párr. 2º) ha efectuado una distinción en cuanto al procedimiento y a las mayorías parlamentarias requeridas para la aprobación de dichos tratados si éstos son suscriptos con Estados latinoamericanos o con otros que no lo sean: en el primero de los casos, se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara; mientras que en el último, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, y como primer paso, se declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y, como segunda fase, será aprobado el mismo sólo con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

Asimismo, en el párr. final del art. 75, inc. 24, se establece que la denuncia de los tratados a que se refiere el inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia viene acompañando sostenidamente, al menos desde 1992 (*in re* “Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo y otros”¹⁶), el sitio preferente que los instrumentos internacionales ostentan de cara al derecho vernáculo¹⁷.

b) Paraguay

Una respuesta constitucional equivalente a la argentina, podría extraerse de una interpretación dinámica del art. 145 de la Constitución paraguaya (de 1992) y de los arts. 137 y 141, *ibid.*; cuadro normativo del que es

planteaba la modificación del entonces art. 94 (actual art. 108), en orden a habilitar instancias jurisdiccionales internacionales superiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el objeto de adecuar nuestro ordenamiento jurídico positivo a los tratados internacionales y, particularmente, al Pacto de San José de Costa Rica” (*Reforma constitucional: Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1986, pp. 82/83).

¹⁶ *Fallos*, 315:1492 (7 de julio de 1992). Algún pronunciamiento anterior a “Ekmekdjian c/ Sofovich” sobre la interpretación de la normativa de un instrumento internacional se patentiza embrionariamente en el caso “Firmenich, Mario E.” (*Fallos*, 310:1476, de 28 de julio de 1987), acerca de la hermenéutica “razonable” del art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ver considerandos 4º, 6º y 7º de la mayoría).

¹⁷ Sobre el tema, *vid.* BAZÁN, Víctor, “El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en el escenario argentino: convergencias y desencuentros”, *El Derecho*, Buenos Aires, 16 de noviembre de 2007, pp. 1/10.

dable predicar, por un lado, la convergencia de una regla de habilitación y, por el otro, la primacía de los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, sobre las leyes dictadas por el Congreso.

Aquel art. 145 prevé que la República del Paraguay admite –en condiciones de igualdad con otros Estados– un *orden jurídico supranacional* que garantice la vigencia de los derechos humanos, la paz, la justicia, la cooperación y el desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. La cláusula advierte que dichas decisiones (relativas a la norma de habilitación –según nuestra lectura del tema–) sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

Dato especialmente relevante es, por ende, la decisión de dar vida a una norma específica sobre el “orden jurídico supranacional”, separada de las disposiciones relativas a los tratados internacionales en general, de lo que se deduce la concepción autónoma que sobre aquella temática impregna la mirada del constituyente.

Por su parte, el art. 137, párr. 1°, establece un orden prelativo de disposiciones que considera integrantes del derecho positivo nacional, en el que –luego de entronizar en su cúspide a la Constitución Nacional– enuncia a los tratados, convenios y acuerdos internacionales con anterioridad a las leyes dictadas por el Congreso, de donde los mencionados instrumentos internacionales –debidamente aprobados y ratificados– tendrían una jerarquía supralegal mas infraconstitucional, apuntalada por el propio art. 141, *ibíd.*, que preceptúa que “[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, *forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137*” (remarcado añadido).

Otro aspecto no desdeñable en la línea anunciada es el preámbulo, segmento constitucional que –como se sabe– ilumina axiológicamente la labor de interpretación de la Ley Fundamental, encargándose de advertir que el pueblo paraguayo sanciona y promulga la Constitución “...reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e *integrado a la comunidad internacional...*” (énfasis agregado).

Para concluir, y si bien queda en claro la cotización subconstitucional de los instrumentos internacionales, debe igualmente destacarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sala Constitucional, se ha decantado por interpretar y declarar expresamente el valor supralegal de dichos documentos internacionales; por ejemplo, en Acuerdo y Sentencia N° 59/2001, de 20 de marzo, y N° 126/2002, de 19 de marzo.

B) Brasil y Uruguay

El paisaje cambia de fisonomía en los casos brasileño y uruguayo, no sólo por algunas carencias normativo-constitucionales (al no contar con re-

glas que claramente fijen la ubicación de los instrumentos internacionales en relación con los respectivos ordenamientos jurídicos internos), sino también en función de ciertos criterios jurisprudenciales allí predominantes.

Justamente, una cuestión indiscutible radica en que el vacío normativo en torno a la interrelación de los instrumentos internacionales y el derecho interno, hace que la labor jurisprudencial que al respecto tracen los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional adquiera un claro valor añadido, desde que les corresponde marcar los ejes interpretativos idóneos para desentrañar la posición asignable a los señalados instrumentos y normas consuetudinarias internacionales *vis-à-vis* el derecho doméstico.

a) Brasil

Aun cuando el art. 4, párrafo único, de la Ley Fundamental de 1988 establezca que “[l]a República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”; en principio y por el momento ello supone una declaración programática. Sobre todo, porque en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (y a salvo ciertas excepciones –por ejemplo, en punto al art. 98 del Código Tributario Nacional y en materia de extradición–) el criterio que prevalece en torno a la relación entre ley federal y tratado internacional es el de *paridad jerárquica*, es decir que, en cualquier caso, este último tendrá cotización infraconstitucional y en ocasiones podrá ser inaplicable al quedar desplazado por la preferente valía de la ley interna, ya que en supuesto de conflicto resulta operativa la pauta de *sucesión normativa*, o sea, que la norma posterior deroga a la anterior, o la de *especialidad*, en cuanto a que la norma especial se impone sobre la general.

En realidad, tal solución reconoce como génesis el acople de dos precedentes moldeados durante el régimen militar (aunque debe concederse que antes de ellos se mantenía la postura de que los tratados internacionales tenían una posición superior respecto a las leyes): uno, de 1971, ventilado en el “Recurso Extraordinario N° 71.154” –rel. Min. Osvaldo Triguero–, en el que –según FONTOURA¹⁸– el razonamiento del Supremo Tribunal radicó en analizar la Constitución en forma colectiva y, por tal vía y utilizando un juicio analógico, se colocaba al tratado a la misma altura de la ley ordinaria, esto es, categorizando a ambos instrumentos como leyes de idéntica naturaleza; otro, de 1977, al resolver el “Recurso Extraordinario N° 80.004”

¹⁸ FONTOURA, Jorge, “Solución de controversias en el derecho comunitario. Los impasses en la construcción de un sistema”, *Solución de controversias*, publicación del Seminario ‘Solución de controversias y medios institucionales para la resolución de los conflictos de intereses’ (Buenos Aires, 15 y 16 de noviembre de 1995), edit. por Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Buenos Aires, 1996, p. 28.

–rel. Min. Javier de Albuquerque–, que concluyó que la ley ordinaria posterior al tratado podía modificar a éste. Agrega FONTOURA que en este último fallo se utilizó una forma elegante para aplicar un criterio dualista usando el razonamiento de la teoría monista, ya que si bien no se negaba la existencia del tratado, se argumentaba que, por la fuente diversa, internamente prevalecería el ordenamiento jurídico nacional, sin perjuicio de la responsabilidad estatal en el campo internacional¹⁹.

No obstante lo expuesto, es preciso advertir que se observa cierto progreso en el panorama brasileño en relación con los *instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, fundamentalmente a partir de la Enmienda Constitucional N° 45 de 2004, que incluyó el § 3° al art. 5 de la Constitución Federal, disponiendo que “[l]os tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales” (remarcado agregado).

Asimismo, en la actualidad está gestándose un debate que quizá plasme en una importante modificación jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal al conceder ya *oficialmente* valencia supralegal aunque infraconstitucional a los documentos sobre aquella materia, lo que se está discutiendo en tres procesos distintos que serán resueltos conjuntamente: R.E. 466.343/SP (Rel. Min. Cezar Peluso), H.C. 87.585/TO (Rel. Min. Marco Aurélio) y R.E. 349.703/RS (Rel. Min. Gilmar Mendes); existiendo básicamente tres tesis concurrentes en el seno del Tribunal: a) Celso Mello plantea que tratados de derechos humanos son incorporados con el *status* de derecho materialmente constitucional (art. 5, § 2°, de la Constitución Federal); b) Gilmar Mendes entiende que poseen *status* supralegal (invocando para fundar tal posición las decisiones del Tribunal Constitucional alemán –*Bundesverfassungsgericht*– en el caso de “Maastricht”); y c) que cuando la Constitución Federal autoriza la prisión del depositario infiel debe ser interpretada restrictivamente.

Pese a tal avance en materia de derechos humanos (no exento de ciertas dudas interpretativas²⁰), persisten algunos obstáculos pues por ejem-

¹⁹ Ídem.

²⁰ En efecto, para el Ministro Gilmar Mendes, los tratados de derechos humanos suscriptos por Brasil *después* de la Enmienda Constitucional N° 45 pueden adquirir jerarquía equivalente a las enmiendas constitucionales; no obstante, en lo que se refiere a los tratados ratificados e incorporados al derecho brasileño *antes* de dicha enmienda, ellos no tienen jerarquía constitucional sino supralegal. Por su parte, el Ministro Celso de Mello mantiene una posición muy semejante a la de Gilmar Mendes, con la diferencia de que considera que los tratados de derechos humanos *anteriores* a la mencionada enmienda podrían ser considerados como materialmente constitucionales y no sólo con jerarquía supralegal (cfr. BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo, “La justicia constitucional y el derecho internacional: un análisis de la jurisprudencia reciente del Supremo Tribunal Federal del Brasil”,

plo tenemos entendido que se mantiene (aunque ahora en cabeza del Supremo Tribunal de Justicia) la exigencia de homologación de sentencias extranjeras y la concesión de *exequatur* a las cartas rogatorias (art. 105.I.4, de la Constitución), sumado a que Brasil aún no ratifica la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De hecho, en alguna oportunidad resolvió que “los actos internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, *se sitúen en el mismo plano de validez y eficacia de las normas infraconstitucionales* (... consagrándose) la tesis (...) de que existe, *entre tratados internacionales y leyes internas brasileñas, de carácter ordinario, mera relación de paridad normativa*”²¹ (bastardilla nuestra).

Como síntesis del estado actual de la cuestión, BANDEIRA GALINDO afirma que la tendencia a considerar tratados internacionales con jerarquía supralegal se limita a los relativos a los derechos humanos, ya que en relación con tratados de otras materias no existe por el momento ningún indicio en punto a que la posición del Supremo Tribunal Federal pueda ser modificada. Pese a ello, postula que tal transformación sería muy conveniente, pues en primer lugar es muy difícil identificar lo que es en realidad un tratado de derechos humanos ya que diversos tratados internacionales tocan aspectos de derechos humanos y no reciben ese rótulo; y, en segundo lugar, el desarrollo ocurrido en el plano de la protección internacional de derechos humanos precisa extenderse a otras ramas del derecho internacional, porque de nada servirá que solamente las normas internacionales sobre derechos humanos sean desarrolladas y otras normas internacionales no lo sean, por ejemplo las del derecho internacional económico o las de la cooperación internacional en materia penal²².

b) Uruguay

El contexto constitucional uruguayo también se caracteriza por la ausencia de normas sobre el emplazamiento jerárquico de los instrumentos

texto escrito de la conferencia pronunciada en el “XI° Seminario Internacional ‘Constitucionalismo y Democracia en Iberoamérica’”, organizado por el Tribunal Constitucional de Bolivia, Sucre, 29 de julio a 1 de agosto de 2008).

²¹ Cfr. Supremo Tribunal Federal de Brasil, *in re* Carta Rogatoria N° 8.279-4, República Argentina, sentencia de 4 de mayo de 1998. El párrafo transcrito trasuntaba el criterio del Supremo Tribunal Federal respecto de la solicitud de *exequatur* de una rogatoria sustentada en el Protocolo de Medidas Cautelares aprobado por el Consejo Mercado Común del Mercosur. Con posterioridad a tal fallo, el mencionado Protocolo fue incorporado al ordenamiento jurídico del vecino país, por medio del Decreto N° 2.626, de 15 de junio de 1998.

En sentido análogo a la resolución impresa a la citada Carta Rogatoria N° 8.279-4, y además de los dos precedentes a los que hicimos referencia en el texto (RE N° 71.154 y RE N° 80.004), ver: ADI N° 1.480-DE, rel. Min. Celso de Mello; RTJ 70/333; RTJ 100/1030; RT 554/434 (cftar. *La Ley*, Buenos Aires, 11 de agosto de 1998, pp. 4/6).

²² BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo, *idem*.

internacionales frente al derecho interno. Tampoco cuenta con una cláusula de habilitación que permita atribuir facultades o competencias a organismos supranacionales. A nuestro juicio, en el enlace de ambos elementos radica el núcleo del problema, por supuesto, desde el plano jurídico.

Por lo demás, si bien existe consenso doctrinario en el sentido de que el Tratado de Asunción no ofrecería una incompatibilidad con la Carta Magna de ese país (que entrara en vigor en 1967), sobre todo en una etapa predominantemente caracterizada por la *intergubernamentalidad*, no existe acuerdo absoluto acerca de si una profundización del ligamen signada por la transferencia (cesión, atribución, delegación, traspaso, etc.) de competencias hacia organismos supranacionales habilitados para emitir normas de aplicación directa, inmediata y preferente sobre el derecho interno, resultaría inconstitucional, en particular *vis-à-vis* la previsión del art. 4 de la Ley Fundamental, que dispone: “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes...”.

La postura que responde afirmativamente al interrogante, a la que adherimos, es sustentada –entre otros autores– por GROS ESPIELL, quien entiende que “desde el momento en que los órganos se integran con individuos independientes de la voluntad de los Estados signatarios, como es el caso de los tratados de integración europea (...) la cuestión se hace más dificultosa, *obligando a encarar, en el caso de Uruguay, una reforma constitucional para poder llegar a admitir esa posibilidad*”²³ (énfasis agregado).

Quizá se dejó escapar una buena oportunidad en ocasión de la reforma constitucional plebiscitada el 8 de diciembre de 1996²⁴, y alguna ulterior²⁵, para introducir una cláusula de habilitación en la Constitución Nacional, al estilo de la previsión argentina, que despejara dudas, no dejara sujeta a labilidades interpretativas una cuestión de suma trascendencia como la que abordamos y que exhibiera la verdadera decisión política de generar una disposición constitucional que permita sin ambages a Uruguay integrar estructuras supranacionales.

Al respecto, en línea con lo anticipado, coincidimos con RISSO FERRAND cuando afirma que la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento interno uruguayo debe ser objeto, reforma constitucional mediante, de una solución clara, superando la actual incertidumbre

²³ GROS ESPIELL, Héctor, “El Tratado de Asunción: Una aproximación a su problemática jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 1, Universidad de la República, Montevideo, 1991, p. 16, citado por LANDONI SOSA, Ángel, “La solución de conflictos en el Mercosur”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Año XXXIV, N° 54, Buenos Aires, marzo-junio 1994, p. 332.

²⁴ *Diario Oficial* de 9 de enero de 1997.

²⁵ Hasta donde alcanza nuestra información, ulterior modificación constitucional a la plebiscitada el 8 de diciembre de 1996, fue la sometida a idéntico procedimiento plebiscitario el 31 de octubre de 2004.

jurídica, nunca deseada ni admisible en un proceso de integración; para lo cual propone que la Constitución habilite el pasaje a instancias superiores de integración (con traspaso o delegación de atribuciones a entes supranacionales), previendo no sólo esta modalidad sino también la existencia del derecho comunitario derivado, con disposiciones expresas y claras acerca de su jerarquía jurídica respecto a las normas propias del derecho interno²⁶.

Para concluir, cabe advertir que en algún momento la Suprema Corte de Justicia, interpretó, con alegado apoyo en Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA Y SUPERVIELLE, que "... cabe compartir la tesis que *la ley ulterior al tratado, inconciliable con éste, supone su derogación ...*" (remarcado nuestro). Este criterio fue expuesto por el Máximo Tribunal uruguayo *in re* "G.S., J. con A. del U. y C.U. S.A., Reinstalación, Casación", Ficha 357/989, Montevideo, de 20 de junio de 1990²⁷.

C) Venezuela

Con visión prospectiva y aguardando el desarrollo de los acontecimientos, incluimos en este punto a Venezuela, que –como vimos (nota 6 a pie de página)– ha exteriorizado su voluntad de incorporarse plenamente al Mercosur.

De un veloz recorrido por su normativa constitucional (de 1999) puede concluirse que, al menos desde el plano normológico, presenta varios aspectos positivos de cara al involucramiento en procesos integrativos, aunque quizá en el "debe" pueda contabilizarse que, al igual que Brasil, no ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, además de que muestra alguna jurisprudencia preocupante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) que, aunque vinculada al tema de los derechos humanos, deja al descubierto ciertas aristas conflictivas que exceden tal tópico.

A continuación desgranaremos los aspectos positivos, dejando para el final una brevísima alusión al citado antecedente jurisprudencial que generó polémica doctrinal.

a) En primer lugar, cuenta con un sistema de control de constitucionalidad *previo* de los instrumentos internacionales. En efecto, es de competencia de la Sala Constitucional del TSJ, verificar a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, *la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la Repú-*

²⁶ RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, T° I, 2ª ed. actualiz. y ampl., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, pp. 383/384.

²⁷ El texto de la sentencia puede compulsarse en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, T° VII, N° 37, junio-julio 1990, Montevideo, pp. 32/39. El párrafo transcrito luce en p. 38.

blica antes de su ratificación (ordinal 5°)²⁸. Siendo así, cuando menos en la dimensión teórica, si la Sala Constitucional no encuentra óbice de tal calibre al documento internacional en cuestión, éste no podría (al menos no debería) ser atacado en el futuro por medio de una fiscalización represiva o posterior ni tampoco plantearse luego una acción de inconstitucionalidad contra la ley que lo aprueba.

Juzgamos que tal solución (contralor constitucional *previo* de los instrumentos internacionales) es fundamental en procesos de integración supranacional, pues en la práctica (y como afirma BREWER-CARIAS) llevaría a la ratificación de los tratados respectivos sólo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitar, así, la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados, como ocurriera en los casos de los tratados relativos al Acuerdo de Integración de la ahora Comunidad Andina, lo que sucedió –vale aclarar por nuestra parte– con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución²⁹.

b) En segundo lugar, cuenta con una “norma de habilitación”, el art. 153, el que luego de advertir que la República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región, que podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de sus naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes; agrega que, para tales fines, “*podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración*” (remarcado agregado).

c) Por último, el segmento final de la norma citada en el subapartado anterior es muy importante, ya que después de señalar que las normas que se adopten en el espectro de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente, consagra los caracteres básicos del derecho comunitario, al mencionar que tales normas serán “*de aplicación directa y preferente a la legislación interna*” (énfasis agregado).

En línea con ello se ubica otra regla relevante localizada en el art. 318, párr. 1°, donde si bien se prevé que la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar, dispone que “[e]n caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana-

²⁸ Texto constitucional “corregido” y que varía del aprobado en el referéndum de 15 de diciembre de 2000 y publicado el 30 de diciembre de 1999, que establecía la “conformidad de la Constitución con los tratados internacionales” –énfasis propio– (cfr. BREWER-CARIAS, Allan R., “La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo [coordinador], *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, D.F., 2001, p. 948).

²⁹ Ídem.

na y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República”.

d) El polémico decisorio de la Sala Constitucional al que nos referíamos es la Sentencia 1.942, de 15 de julio de 2003, que reitera la doctrina de su predecesora 1.013³⁰ y que no fue precisamente bien recibida por la doctrina especializada³¹.

Tal pronunciamiento convalidó el delito de desacato, al conocer de una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra varios artículos del Código Penal que establecen esa figura o permiten la utilización de otras normas de la legislación penal de la misma manera y con idénticos fines. Al efecto, y luego de recordar la previsión del artículo 23 constitucional en cuanto a que las disposiciones de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos adquieren *rango constitucional*, estando equiparadas a normas contenidas en la Constitución, puntualizó que aquella cláusula establece una *prevalencia de normas, pero no de fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc.* En otras palabras, pero siempre siguiendo la posición delineada por la Sala, la nombrada prevalencia no alcanza a los informes u opiniones de organismos internacionales que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, pues *el único capaz de interpretarlas, con miras al derecho venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional.*

En consecuencia, esta última moldeó un criterio discutible en cuanto a la interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, vehículo una involución interpretativa en la materia al blandir un concepto de soberanía hace tiempo superado y dejó de acatar las obligaciones emergentes de los tratados internacionales relativos a dicho campo temático al considerar que las recomendaciones contenidas en los informes adoptados por la Comisión Interamericana “no son obligatorias” y que las sentencias de la Corte Interamericana, “para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución”, con lo cual, adjudica al juez nacional facultades de control y escrutinio de los pronunciamientos de dichos órganos protectorios interamericanos³².

³⁰ Dictada en fecha 12 de junio de 2001.

³¹ Ver, por ejemplo, AYALA CORAO, Carlos, “La sentencia 1.942 vs. la protección internacional de la libertad de expresión”, en *Derecho Constitucional e institucionalidad democrática*, T° I, ponencias del VIII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional desarrollado en Valencia (Venezuela), 26 a 28 de noviembre de 2003, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, pp. 433/505.

³² Debe tenerse presente que Venezuela es Estado Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos desde el 9 de agosto de 1977 y, de acuerdo con el art. 62 de ésta, reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 24 de junio de 1981.

Además de poner en entredicho lo dispuesto por el artículo 23 constitucional, la resolución dejó en un cono de sombras a la previsión del art. 31, *ibíd.*, que en su párr. 1° determina que “toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a *dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos*”, agregando en su 2° párr. que el Estado *adoptará* –conforme a procedimientos establecidos en la Constitución y la ley–, “*las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo*” (en ambos casos los remarcados nos corresponden).

Finalmente, es de destacar que la cuestión generada por la Sentencia N° 1.942 fue planteada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, a su vez, solicitó medidas provisionales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Éstas fueron concedidas por el Tribunal, pero ante el incumplimiento del Estado venezolano y la denuncia realizada en tal sentido por la Comisión Interamericana, aquél emitió una resolución conjunta en fecha 4 de mayo de 2004, relativa a las medidas provisionales respecto de Venezuela en cuatro casos, entre los que se cuenta el que aquí nos ocupa. Entre otros puntos, declaró: a) que por haber reconocido su competencia, Venezuela está obligada a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que tiene el poder, inherente a sus atribuciones, de supervisar el cumplimiento de las mismas; y b) que dicho Estado tiene la obligación de implementar las medidas provisionales ordenadas por la Corte y de presentar, con la periodicidad que ésta indique, los informes requeridos y, además, que la facultad de la Corte incluye evaluar los informes presentados, y emitir instrucciones y resoluciones sobre el cumplimiento de sus decisiones.

D) Balance

a) El trayecto analítico que nos condujo por algunos de los pliegues del derecho y la jurisprudencia comparados de los países que integran el Mercosur (y de Venezuela, que aspira a incorporarse plenamente a él), pone al descubierto una heterogeneidad de soluciones que conspira contra la posibilidad de cumplir los ambiciosos propósitos declamados –particularmente, el advenimiento de un mercado común u otra estructura integrativa superior–, por lo que si confluye una real voluntad política no dejaría de ser aconsejable intentar una nivelación constitucional y jurisprudencial, que brinde el sustento necesario para que germine saludablemente el modelo integrativo seleccionado.

b) No debería perderse de vista que el derecho comunitario tiene como caracteres predominantes su *autonomía*, el *efecto directo* y la *aplicación inmediata y preferente* de sus normas, características que –en conjunto– convergen hacia la prevalencia del orden jurídico comunitario en relación con

las normativas internas de los Estados que conforman el espacio regional de que se trate.

Lo dicho amerita un par de consideraciones explicativas, que delinearemos a continuación, por cierto, sin visos de taxatividad.

En primer lugar, y como explica ALONSO GARCÍA, la naturaleza *autónoma* del ordenamiento jurídico comunitario se traduce en un sistema institucional propio, en cuyo marco se produce derecho y se controla el respeto de la constitucionalidad-legalidad comunitaria³³. Tal naturaleza autónoma, añade el referido autor, incluye la participación de los ordenamientos jurídicos nacionales: *verticalmente*, por medio de sus propias estructuras, complementarias del aparato institucional comunitario en su doble vertiente de producción jurídica y de control jurisdiccional; y *horizontalmente*, aportando concepciones y técnicas nacionales en la configuración de las reglas de juego del sistema comunitario³⁴.

Por su parte, uno de los caracteres salientes del derecho comunitario es el de la *primacía*, respecto del cual PUENTE EGIDO se encarga de aclarar que, bien interpretado, ese principio significa que en caso de contradicción de una norma comunitaria con otra regla de un sistema jurídico de un Estado Miembro (cualquiera sea su rango normativo) “el juez nacional *ha de aplicar en el caso concreto la comunitaria e inaplicar la nacional*” (remarcado del original), tratándose “de un estricto problema de aplicación preferente, porque al hacerlo así, el juez nacional no induce en la regla inaplicada un principio de nulidad o anulabilidad. Ésta sigue siendo plenamente válida y susceptible de ser aplicada en cualquier otro supuesto en el que no haya esa incompatibilidad”, de lo que deduce el autor que la primacía nada tiene que ver con el principio de jerarquía normativa³⁵.

c) Dentro de esas líneas contextuales, concretamente y para los casos de Brasil y Uruguay, aquella nivelación normativa podría venir de la mano de sendas reformas constitucionales, que atribuyan la legitimación suficiente para crear entes supranacionales receptores de competencias o atribuciones dispensadas por esos Estados.

De su lado, en los supuestos de Argentina y Paraguay, y con sus peculiaridades, puede concluirse que sus sistemas constitucionales se encuentran suficientemente acondicionados para emprender semejante intensificación del ligamen integrativo.

Finalmente, y siempre desde la vertiente normativa, el contexto jurídi-

³³ ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho comunitario y derechos nacionales. Autonomía, integración e interacción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 105.

³⁴ Ídem.

³⁵ PUENTE EGIDO, José, “El impacto del derecho comunitario europeo en la Constitución Española”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (coordinadora), *Estudios de Derecho Internacional. En homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Tº II, Drnas - Lerner editores, Córdoba, 2002, p. 1654.

co venezolano también estaría adaptado para avanzar hacia estructuras integrativas más complejas, incluso con un interesante plus de tutela preventiva al haberse institucionalizado en la Ley Fundamental un modelo de control de constitucionalidad *previo* de los tratados internacionales, lo que impediría (al menos desde una óptica especulativa o teórica) “sorpresas” ulteriores cuando el instrumento en cuestión ya esté vigente, sorteando el riesgo de que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Sin embargo, y para evitar una lectura parcializada del enfoque, cabe llamar la atención sobre el discutible criterio que la Sala Constitucional del TSJ sentara en la reseñada Sentencia N° 1.942, brindando una devaluada cotización a los pronunciamientos de los órganos protectorios interamericanos en materia de derechos humanos (Comisión y Corte Interamericanas) al entenderlos sometidos al control y escrutinio posteriores por parte del juez nacional a los fines de su eventual cumplimiento.

IV. CIERTAS CUESTIONES CONFLICTIVAS QUE SURGEN DE LA INTERRELACIÓN DE LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y EL FEDERALISMO Y DE LA BÚSQUEDA DE INSTANCIAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS ENTES SUBESTATALES

1. Perfiles de la cuestión

Básicamente, el propósito de este segmento del trabajo es enfocar algunos aspectos de interés relativos, por ejemplo, a la posibilidad de que las entidades infranacionales desplieguen cierto tipo de actividad en el ámbito internacional o de que se generen a su respecto alternativas de participación en el proceso integrativo en los planos interno o externo.

En definitiva, se trata de amortiguar con recursos descentralizantes el impacto que sobre tales esferas infraestatales puede provocar el fenómeno integrativo, que genera vectores centrípetos cobijados en el ente comunitario.

En cada país de estructura compleja deberán buscarse espacios en el espectro interno o en el internacional para habilitar vías de actuación en el proceso de integración por parte de los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el caso del *Brasil*; las provincias, las regiones (aunque no sean instancias políticas), los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), en el supuesto de *Argentina*; y los Estados, el Distrito Capital, las dependencias federales y los territorios federales, en el ámbito de *Venezuela*.

Más allá de todo ello, se mantienen vivas naturalmente las posibilidades que *per se* tales entidades subestatales puedan buscar *ad extra* o las que el propio contexto normativo comunitario pudiera depararles. Por supuesto, siempre dejando a buen resguardo los límites establecidos por las respectivas configuraciones constitucionales y los repartos competenciales que éstas diseñen.

2. *El caso argentino*

A modo de caso testigo, plantearemos ciertos puntos temáticos interesantes (algunos, con aristas conflictivas) que surgen de la Constitución argentina a partir de la reforma constitucional de 1994.

A) *La regionalización*

El artículo 124 constitucional acuerda a las provincias la facultad de *crear regiones* para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines.

Tal premisa debe leerse en línea con el art. 125, parte inicial, *ibíd.*, que permite a las provincias la *celebración de tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común*, con conocimiento del Congreso; y con el art. 126, *ibíd.*, que paralelamente les proscribiera ejercer el poder delegado a la Nación y la celebración de tratados parciales de carácter político.

De tal trama normativa surge que la región no es una nueva instancia política en el sistema institucional argentino. Pero sin duda, es una importante herramienta de oxigenación federal, mas siempre como vehículo descentralizador, es decir, como advierte HERNÁNDEZ, no destinada a centralizar el país o violar las autonomías provinciales y municipales³⁶.

Aprovechamos este segmento del trabajo para reiterar nuestra posición en punto a que la *creación de regiones* en los términos del art. 124 de la Constitución Federal es *una facultad provincial* y no del gobierno nacional, lo que obviamente no significa que éste deba desentenderse del proceso de regionalización, pues otra de las innovaciones vehiculadas por la reforma de 1994 y, en este caso, trasvasada al art. 75, inc. 19, párr. 2°, es la atribución conferida al Congreso en punto a proveer al crecimiento armónico de la Nación y *promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, iniciativas para las cuales el Senado será Cámara de origen*.

En otras palabras, las regiones no pueden ser pergeñadas por ley del Congreso y de espaldas a las provincias o en contra de la voluntad de éstas, pues como agudamente ha advertido GELLI, “[n]o se trata de que el Estado Federal planifique una superestructura compuesta por regiones por sobre las provincias que implique, en los hechos, un corrimiento de los límites de éstas. Por el contrario, la regionalización se constituye en un instrumento de los entes locales para solucionar problemas comunes, maximizando las ventajas comparativas de cada una de las provincias que acuerdan crear una región, aunque sólo pueden hacerlo en materia económica y social...”³⁷.

³⁶ HERNÁNDEZ (h.), Antonio María, *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 41.

³⁷ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, La Ley*, 2ª ed. ampl. y actualiz., Buenos Aires, 2003, p. 861.

Por lo demás, la política de regionalización *ad intra* y *ad extra* (en el contexto integrativo del Mercosur) podrá coadyuvar, como ha sucedido en Europa y naturalmente teniendo en cuenta las significativas diferencias y evitando mimetismos jurídicos artificiales, a la búsqueda de grados más avanzados de cohesión social y territorial y de desarrollo económico equilibrado.

En línea con ello, y para cerrar este punto, coincidimos con STÄHLI respecto de las tres cuestiones centrales que plantea acerca de la existencia de una política regional en el marco de un esquema de integración, las que tienen que ver con los objetivos generales perseguidos: la democratización del proceso integrador, la incorporación a éste de una nueva dinámica y la corrección de los desequilibrios³⁸.

B) La actividad internacional de las provincias

Nótese que el mencionado art. 124 de la Carta Fundamental prevé que las provincias “podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional”.

La cuestión ha suscitado numerosas dudas en la doctrina tanto en torno al grado de legitimación de las provincias para actuar internacionalmente y al alcance de tal eventual actividad, como al calibre semántico de la expresión “con conocimiento del Congreso Nacional”.

La problemática recepta importancia no sólo desde el plano especulativo o académico, sino fundamentalmente desde la óptica del refuerzo del federalismo, la revalorización de las gestiones que en el ámbito internacional les es lícito desplegar a las unidades provinciales y el rol que pueden jugar en el terreno de la integración supranacional, naturalmente dentro de los límites establecidos por la Ley Fundamental, lo que supone dejar a buen resguardo el principio jurídico-axiológico de *lealtad constitucional* que, justo es decirlo, no solamente vincula a las entidades infraestatales respecto del gobierno central, sino que, en retroalimentación, también compromete a éste con relación a aquéllas.

Un enfoque exegético del segmento del precepto citado lleva en primer término a puntualizar desde una dimensión genérica que tales *actividades de alcance internacional* o *gestiones internacionales* de las provincias, resultan legitimadas a partir de una percepción *flexible* de las “relaciones internacionales”, cuya conducción y responsabilidad –como es de sobra conocido– recaen exclusivamente en el Estado Federal en cuanto a lo que corporizaría el “núcleo duro” de aquellas relaciones.

³⁸ STÄHLI, Jorge, “Participación de las regiones internas de los Estados en los procesos de integración”, en un texto inédito que el autor (Profesor de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario), tuviera la gentileza de enviarnos.

Correlativamente, la mencionada laxitud interpretativa de dicha expresión permitiría pensar en un “núcleo blando” que habilita la realización de actividades de tenor internacional por parte de los entes subestatales, o lo que por ejemplo y *mutatis mutandi*, la doctrina italiana denomina “*attività promozionali*” (“actividades de promoción exterior”), encaminadas justamente a la promoción del desarrollo económico, social y cultural que las regiones pueden desempeñar con acuerdo del Gobierno³⁹ (en el caso argentino, las provincias lo deben hacer “con conocimiento del Congreso Nacional”).

Dicho en palabras de CASANOVAS Y LA ROSA, al margen de las “relaciones internacionales” en sentido estricto y de la celebración de tratados internacionales, cabe “articular un ámbito de acción exterior que se fundamente en los poderes e intereses propios de las entidades infraestatales y se ajuste a lo que es la práctica constitucional e internacional actual en los Estados de estructura compleja”⁴⁰.

Aclarado lo anterior, y retomando en particular el tramo del art. 124 referido a las actividades que *ad extra* están facultadas a llevar adelante las provincias, la terminología “convenios internacionales” que pueden celebrar, suponemos ha sido pensada para transmitir un mensaje que exteriorice una distinción categorial enraizada en una valencia jurídica más tenue y menos formal que la de “tratados internacionales”, que quedan inmersos –estos últimos– en la órbita competencial exclusiva del Estado Nacional en el manejo de las relaciones internacionales⁴¹ (“núcleo duro”).

³⁹ AGOSTINI, María Valeria, “Líneas de evolución de la acción de las regiones italianas en el exterior y de su participación en el proceso de adopción de decisiones comunitarias”, en AA.VV., “La acción exterior y comunitaria de los *Länder*, regiones, cantones y comunidades autónomas”, cit., p. 24.

⁴⁰ CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol, “La acción exterior de las Comunidades Autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales”, *loc. cit.* en nota anterior, pp. 57/58.

⁴¹ En general hay consenso doctrinario acerca de que, en el contexto de nuestra Ley Fundamental e interpretando la voluntad del constituyente reformador, la expresión “convenios internacionales” representa un escalón jerárquico inferior a la de “tratados internacionales”, reservados al Estado Nacional (Poderes Ejecutivo y Legislativo) en el marco de una fórmula léxica empleada por ejemplo en los arts. 27, 31 y 75, incs. 22, 23 y 24.

Sin embargo, es preciso recordar que desde un plano genérico y en el ámbito del derecho internacional, entre ambas denominaciones existen lazos de afinidad semántica. Es que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que entrara en vigor el 27 de enero de 1980, ha determinado que a los efectos de tal Convención, “se entiende por ‘tratado’ 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” (cfr. art. 2.1.‘a’).

Al explicar la citada definición, DE LA GUARDIA puntualiza que según tal Convención y a los efectos de su texto, “todo convenio será un ‘tratado’ siempre que: a) sea un acuerdo internacional; b) haya sido celebrado por escrito; c) se haya concluido entre Estados; d) esté regido por el derecho internacional, y e) cual-

Justamente, la celebración de “convenios internacionales” por las unidades provinciales queda supeditada a la compatibilidad “con la política exterior de la Nación” y la no afectación de “las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación”. Puede acordarse o no con los lineamientos léxicos adoptados por el constituyente reformador de 1994 para trazar los límites a las actividades provinciales de alcance internacional, mas lo que sí queda claro es que en tal diseño lingüístico se inserta la matriz del citado principio de “lealtad constitucional”, que en el particular las provincias deben acatar para preservar la intangibilidad del reparto de competencias acordado con el Estado Nacional.

En definitiva, y en lo que hace al objeto de tales “convenios internacionales”, parece claro que el mismo debe girar en torno a competencias exclusivas de las provincias o concurrentes con la Nación.

Por su parte, no menor polémica trae consigo la fórmula escogida en punto a que tanto la creación de regiones como la celebración de convenios internacionales deben realizarse “con conocimiento del Congreso Nacional”.

Liminarmente, nos apresuramos a aclarar que, desde nuestra óptica, “conocimiento” no origina la exigencia de consentimiento, aprobación ni autorización, sino de comunicación al Poder Legislativo.

Tal posición reconoce varios puntos de sustentación: en primer lugar, por cuanto desde el plano semántico “con conocimiento” sólo supone el resultado de “hacer saber” o “informar”, lo que dista conceptualmente de “consentimiento”, “aprobación” u otros términos equivalentes; en segundo lugar, porque durante los trabajos y debates de la Convención Constituyente se manejaron varias opciones terminológicas para la redacción de este tramo de la norma en cuestión, entre los que se cuentan los mencionados en último término, decantándose finalmente por la expresión “con co-

quiera sea su denominación particular y aunque conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos” (DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Edit. Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 107). Justamente al desarrollar este último elemento de la definición, es decir, “cualquiera sea su denominación particular y aunque conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos”, el citado autor recuerda que la Convención adhiere al criterio contemporáneo y generalizado en cuanto a la utilización del término “tratado”, que abarca a “todos los acuerdos internacionales, sobre los que existe una gran variedad de denominaciones, como convención, protocolo, arreglo, declaración, carta, pacto, convenio, acta, acuerdo, estatuto, concordato, canje de notas, notas reversales, minutas aprobadas, memorándum de acuerdo, *modus vivendi*, etcétera” (*ibid.*, pp. 114/115).

Por su parte, en el ámbito del derecho comparado latinoamericano existen Constituciones que plasman en sus textos las nomenclaturas “tratados o convenios internacionales”, por ejemplo, las de Bolivia y Ecuador (sobre el particular, ver el libro de BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Edit. Porrúa, México, D.F., 2003).

nocimiento”, que –reiteramos– exhibe una carga de significado distinta de las enunciadas, además de que no cabe predicar de los constituyentes una actuación desprevenida o inopinada en la selección del texto particular; y, por último, refuerza nuestra percepción el distanciamiento que en el punto se da en relación con la Constitución de EE.UU., una de las fuentes de la Ley Fundamental argentina, que exige el “consentimiento” del Congreso para que el Estado celebre convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera⁴² (art. I, Sección X, ap. 3).

Cuestión complicada es predeterminar qué sucedería en caso de que el Congreso estuviera en disconformidad con el acuerdo regional o que el convenio internacional violara los límites impuestos constitucionalmente. En tales hipótesis, y siempre que las vías previas del diálogo democrático fracasaren, cabría al Estado Nacional la articulación de una acción judicial ante la Corte Suprema de Justicia en contra de las provincias (o la CABA) actuantes o, en un supuesto extremo y si eventualmente quedaran reunidas las pautas diseñadas por el art. 6 de la Constitución, disponer la intervención federal (arts. 75, inc. 31, ó 99, inc. 20, *ibid.*), en cuyo caso, GELLI sugiere que los senadores representantes de las provincias en cuestión o de la CABA, deberían defender “las razones y justificación de los Estados locales” (énfasis del original)⁴³.

Apoyándose en FRÍAS, HERNÁNDEZ⁴⁴ advierte que un pronunciamiento negativo del Congreso no dejaría sin efecto el acuerdo, como sería el caso de la desaprobación.

Finalmente, y para aventar posibles cuestionamientos en el despliegue de la acción exterior de las provincias, ZARZA MENSAQUE ofrece como alternativa que por medio de un acuerdo previo entre el Estado Federal y aquéllas, “el Congreso dicte una ley convenio que establezca los aspectos sustanciales y procedimentales que deben respetar los Estados locales para que los convenios que suscriban sean válidos”⁴⁵.

⁴² La norma en cuestión, refiriéndose al ap. 2 del mismo artículo, expresa que sin el “consentimiento” del Congreso “ningún Estado podrá (...) celebrar convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera...” (el texto en español ha sido consultado en CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel [editores], *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 68).

⁴³ GELLI, María Angélica, *op. cit.*, p. 863.

⁴⁴ FRÍAS, Pedro J., *Derecho Público Provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 104; aludido por HERNÁNDEZ (h.), Antonio M., *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, cit., p. 44.

⁴⁵ ZARZA MENSAQUE, Alberto, “Las provincias en las relaciones interjurisdiccionales”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata y REY CARO, Ernesto (Directores), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, cit., p. 59.

C) ¿Una protección adicional para el federalismo en los procesos de integración?

Es importante destacar que durante los debates de la Convención Constituyente de 1994, que deparara el texto actualmente vigente, se planteó la incorporación de una especie de “cláusula federal” dirigida a proteger al federalismo frente a los tratados internacionales en materia de integración.

Justamente se postulaba que en la norma contenida en el hoy art. 75, inc. 24, párr. inicial, además del respeto por el orden democrático y los derechos humanos como principios por preservar en los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, se incluyera al “sistema federal” asegurando a las provincias la efectiva participación en la decisión de los asuntos que las afectasen directamente.

La fundamentación de la moción puede ser sintetizada siguiendo las palabras del convencional Gabriel LLANO, cuando afirmaba que en el nuevo inciso que se pretendía agregar al entonces art. 67 (hoy 75) existía una omisión, “porque al Congreso Nacional se lo va a facultar a delegar competencias, pero en esa delegación de competencias se tiene que respetar el ámbito de competencia reservado a las provincias”⁴⁶. Añadía que “si van a existir por ahí organismos supranacionales con facultades de dictar normas obligatorias que van a tener una validez superior a nuestras leyes y que seguramente tendrán contenido económico y si estas normas van a tener una decisiva incidencia en el desarrollo de algunas economías regionales, yo creo que hay que completar esta norma con el respeto al sistema federal de gobierno. Es más, me animaría a proponer que haga alusión a la efectiva participación de las provincias”⁴⁷. Así, y luego de aludir a la experiencia alemana de los *Länder* por medio de los observadores, propuso completar la regla de la siguiente manera: “y que respete los derechos humanos, el orden democrático, el *sistema federal a través de la efectiva participación de las provincias en dichos organismos*”⁴⁸ (el remarcado no es del original).

Finalmente la propuesta no prosperó, manifestándose para descartarla que el modelo constitucional argentino cuenta con las reservas realizadas y prescriptas en la Constitución para sostener su sistema federal, por lo que se entiende que la aprobación por las distintas instancias federales, como es el caso de la Cámara de Senadores, que requerirá una mayoría calificada para tratar estos temas, cubriría las necesidades que las provincias reclamen durante un proceso de integración⁴⁹.

⁴⁶ “Versiones taquigráficas de la Comisión de Redacción”, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, T° IV, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 1997, p. 4144.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Cfr. DALLA VIA, Alberto R., *Manual de derecho constitucional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 688, quien aclara que las objeciones fueron respondidas en los

Sea como fuera y más allá de no haber fructificado la aludida proposición –lo que para algún sector de la doctrina es una muestra más del déficit federal de la reforma constitucional⁵⁰–, es interesante la reflexión de SABSAY cuando afirma que la circunstancia de que el constituyente haya apostado por un modelo federal de concertación que ubica al país en camino hacia el fortalecimiento de la periferia para reequilibrar el excesivo vigor que han acusado las fuerzas centrípetas en la historia de nuestro federalismo, hará “*posible contrarrestar –igualmente– la excesiva concentración de poder que puede resultar del proceso de integración continental que hemos inaugurado junto a las naciones limítrofes*”⁵¹ (énfasis agregado); aunque no deja de advertir que tales comentarios se circunscriben a la descripción de las disposiciones constitucionales y no a las experiencias en materia de aplicación pues “más allá de las aspiraciones del constituyente, la labor legislativa no las ha acompañado”⁵².

Por nuestra parte sólo nos permitimos acotar que en éste como en otros puntos temáticos, la hora actual impone como desafío impostergable la revitalización del Senado para la asunción y el cumplimiento genuinos de su rol como Cámara de representación de los intereses de las provincias en nuestro esquema estatal federal⁵³, tanto en relación con el plano internacional como en la dimensión endógena⁵⁴.

términos indicados en el texto al que se refiere esta nota por el convencional Juan Pablo CAFIERO, miembro informante de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales.

Sobre el tema de la protección del federalismo frente a los tratados internacionales en materia de integración y lo que denomina “el límite federal de la supranacionalización”, puede consultarse FARRANDO (h.), Ismael, “El municipio en la perspectiva de la integración”, en PÉREZ GUILHOU, Dardo *et. al.*, *Derecho Público Provincial y Municipal*, Vol. I, 2ª ed. actualiz., particularmente pp. 356/357 y nota 23.

⁵⁰ Vid. en ese sentido, por ejemplo, CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, “El federalismo”, *loc. cit.* en la última parte de la nota anterior, pp. 138/141.

⁵¹ SABSAY, Daniel Alberto, “El federalismo en la Constitución y las posibilidades de reconstrucción que brinda la reforma de 1994”, en AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Tº II, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003, p. 375.

⁵² Ídem.

⁵³ *Mutatis mutandi* y concentrándose en el caso de México pero con utilidad genérica, al tratar el tema del poder de celebrar tratados internacionales y su vinculación con el sistema federal, SERNA DE LA GARZA plantea la conveniencia de redefinir el diseño básico del poder de celebración de tales instrumentos, uno de cuyos puntos esenciales tiene que ver con la “revitalización del Senado como cámara de representación de los estados”, estableciéndose en el sistema de distribución de competencias la existencia y eficacia de controles sobre la decisión política del presidente de celebrar un tratado que recaiga sobre materias reservadas a las entidades federativas. En ese punto, el autor citado postula la necesidad de pensar en “un Senado que, una vez revitalizado como cámara federal, pudiese intervenir en el proceso de celebración de tratados internacionales, pero desde la negociación misma del instrumento”, y no sólo como instancia de aprobación o rechazo

D) ¿Y los municipios?

Naturalmente, los municipios no pueden quedar al margen del proceso integrativo y, a partir de la *autonomía* que les reconoce explícitamente la Ley Fundamental en el art. 123, pueden desplegar actividades de gestión internacional, observando ciertos límites entre los que se cuentan los impuestos por la Constitución de la provincia a la que pertenecen y naturalmente los fijados por la Norma Superior de la Nación.

En tal sentido, y si bien es cierto que la Carta Magna no depara expresamente a los municipios una norma equivalente al art. 124 respecto de las provincias, BARRERA BUTELER advierte que el contexto social del mundo globalizado impone considerar que también la atribución de celebrar acuerdos en el orden internacional queda comprendida en el principio constitucional de autonomía municipal pues el ámbito de interrelación e interdependencia que condujo al reconocimiento de tal atribución a las provincias (aun antes de la reforma de 1994), apunta a la misma dirección respecto de los municipios, que tienen múltiples vínculos convencionales en el plano internacional, por ejemplo, la práctica reiterada de los “hermanamientos de ciudades”, que vinculan con lazos de cooperación recíproca a municipios de diversos países y continentes⁵⁵.

de un documento que fuera negociado exclusivamente por el Ejecutivo federal.

Concluye aseverando que “un Senado erigido en una verdadera cámara de representación de los intereses de los estados es la mejor garantía de que los tratados internacionales celebrados por el presidente de la República no afecten de manera adversa a las partes integrantes del pacto federal (SERNA DE LA GARZA, José María, “La lógica centralizadora del sistema federal mexicano”, en VALADÉS, Diego y SERNA DE LA GARZA, José María [coordinadores], *Federalismo y regionalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México [Instituto de Investigaciones Jurídicas] y Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, México, D.F., 2005, pp. 578/582).

⁵⁴ Baste recordar que, por ejemplo, en materia de coparticipación federal impositiva –uno de los temas ligados al “fortalecimiento del federalismo” pregonado por la Ley 24.309 declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional de 1994, y reivindicados en su oportunidad como logros de ésta– se hace perceptible la brecha entre lo pautado normativamente y las pretericiones en el ámbito fáctico, ya que tanto el régimen coparticipativo (a instrumentarse por una ley convenio con el Senado como Cámara de origen), como la reglamentación del organismo fiscal federal aludidos por el art. 75, inc. 2, debieron haber sido establecidos antes de la finalización del año 1996, de acuerdo con la disposición transitoria sexta, lo que aún no ha ocurrido.

No es precisamente agradable constatarlo ni decirlo, pero es igualmente difícil disimular que la sombra de las omisiones inconstitucionales traducibles en la falta de desarrollo legislativo de varios aspectos contenidos en la letra de la Constitución, continúa siendo frondosa en el escenario jurídico nacional.

⁵⁵ BARRERA BUTELER, Guillermo, “Facultades de las entidades subnacionales en la celebración de gestiones y convenios internacionales”, en HERNÁNDEZ (h.), Antonio M. (Director), *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, cit., pp. 213/214.

3. La experiencia europea

Abandonando el marco del derecho argentino, emprenderemos un breve recorrido por la experiencia europea, limitándonos a presentar algunas posibilidades de participación de las colectividades territoriales en la dinámica supranacional y a enfocar cuestiones delicadas que surgen del impacto de ésta en los Estados con estructura compleja (regional, federal, federo-regional o con incipientes signos centrífugos), a partir del afianzamiento del esquema comunitario, de un lado, y del crecimiento del número de Estados que procuran acrecentar sus procesos de descentralización *ad intra*, por el otro.

A) Participación de las colectividades territoriales en el proceso comunitario

Ligado a lo que anticipábamos, en la praxis integrativa europea existen Estados con una normativa avanzada en materia de participación regional, tal como resalta PÉREZ GONZÁLEZ, quien cita el caso de Bélgica (devenida en época relativamente reciente en Estado federal), donde los entes federados participan activamente en la política comunitaria que lleva a cabo el Estado, plasmándose en 1993 una nueva reglamentación constitucional y legal de las relaciones internacionales de las comunidades y regiones belgas⁵⁶.

Sin abandonar los contornos de Europa, se aprecia que no todos los Estados resuelven de idéntico modo la participación de las entidades subestatales en las mencionadas fases ascendente y descendente, pues algunas ponen el acento en aquélla y otros en ésta.

Así, en Alemania, a partir de la suscripción del Pacto de Lindau de 1957, los *Länder* (Estados Miembros del Estado federal) participan en la etapa *ascendente* de la celebración de los tratados internacionales que pueden afectar su competencia o intereses⁵⁷. Cuando sólo concierne a éstos, el *Bund* (poder central) está obligado a escuchar el parecer regional, pero si ya el tratado atañe sustancialmente a las competencias exclusivas, la opinión de los *Länder* debe ser tenida en cuenta de forma determinante por el *Bund* al momento de celebrar el tratado en cuestión⁵⁸. Por su parte, debe además computarse la figura del *Ländersbeobachter* (observadores de los *Länder*), que participa como miembro de la delegación alemana al Consejo de Ministros en las sesiones que aborden temas que afecten a aquéllos.

Una situación similar, aunque con sus propias particularidades, se da también en Austria, donde –como recuerda PÉREZ GONZÁLEZ– con motivo de su ingreso a la UE se modificó la Constitución Federal estableciendo un acuerdo entre la Federación y los *Länder* y municipios en asuntos de inte-

⁵⁶ PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “Facultades de los entes subnacionales en el sistema comunitario europeo”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata y REY CARO, Ernesto (Directores), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, cit., p. 21.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁸ *Ídem.*

gración europea, que permite un modelo de participación regional en cuestiones atinentes al ámbito de acción autónoma de los *Länder* o sea susceptibles de afectar sus intereses, previendo la posibilidad de que ellos den un parecer conjunto sobre cualquier materia perteneciente a su competencia legislativa, así como la posibilidad de que los mismos envíen representantes a las negociaciones que versen sobre materias que en el plano interno sean de su competencia exclusiva o que conciernan a sus intereses⁵⁹.

A su turno, el sistema italiano atiende preferentemente a la fase *descendente* de aplicación de los actos comunitarios dentro del Estado, fijándose normativamente una serie de pautas que debe seguir el poder central para la aplicación del derecho comunitario en las regiones⁶⁰, tema que retomaremos con más detalle en el subapartado inmediatamente siguiente.

En esta faz descendente, y entre otros puntos de interés, emerge un interesante aspecto de la cuestión. Radica en que en el marco comunitario una vía importante de formación de su normativa es la de las “directivas”, que en palabras de PUENTE EGIDO, constituyen una categoría especial normativa con las que, en aplicación de la técnica de las “leyes marco”, la disposición comunitaria deja una amplia labor de desarrollo a los órganos legislativos internos de los Estados, que les permiten –siempre que se respeten las líneas centrales que fija– normas singulares adaptadas a las particularidades de cada país⁶¹.

Y es justamente en este ámbito de desarrollo del derecho comunitario *ad intra* donde los entes infraestatales pueden tener protagonismo, cuestión que –como ha ocurrido en España⁶²– tal vez podría generarles algún

⁵⁹ PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “Ponencia de síntesis: ‘La acción exterior y comunitaria de los *Länder*, regiones, cantones y comunidades autónomas: un ensayo de recapitulación’”, en AA.VV., “La acción exterior y comunitaria de los *Länder*, regiones, cantones y comunidades autónomas”, cit., pp. 335/336.

⁶⁰ PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “Facultades de los entes subnacionales en el sistema comunitario europeo”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata y REY CARO, Ernesto (Directores), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, cit., p. 21.

⁶¹ PUENTE EGIDO, José, *op. cit.*, p. 1651.

⁶² PUENTE EGIDO releva varios casos resueltos por el Tribunal Constitucional español en los que respectivamente se expidió a favor de la competencia preferente del Estado Central aunque sin excluir por completo la participación de las Comunidades Autónomas (STC, de 20 de diciembre de 1988 [Pleno], N° 598 y 1.403/1986 y 857/1988 [acumulados]), o a favor de éstas mas sin excluir del todo la competencia del Estado Central (STC, de 29 de octubre de 1992, Recurso de Inconstitucionalidad N° 1.314/1986 y STC, de 8 de enero de 1983 [Pleno], N° 1.043/1986 y 336/1987). El citado autor analiza el tema desde la perspectiva del efecto mutante que en la Constitución interna de cada Estado Miembro puede tener la aplicación y el desarrollo del derecho comunitario en el orden jurídico de cada Estado, preguntándose en el caso español si por la acción general del derecho comunitario las mismas categorías jurídicas con las que fue elaborado el derecho constitucional español vigente no pueden y hasta deben ser reelaboradas, poniendo como ejemplo la noción de “competencia exclusiva” tanto en el Estado como en las Comunidades Autónomas, concluyendo que la “que

conflicto competencial con el Estado central, aunque lo ideal sería que tales inconvenientes sean evitados o resueltos a partir de la pauta de “confianza o lealtad federal” y en un deseable marco de cooperación entre ambos estamentos políticos⁶³.

Como fórmula sintetizadora de las vías de participación de las entidades subnacionales en los procesos de adopción de decisiones en la estructura comunitaria europea sobre materias de competencia de aquéllas o susceptibles de afectar sus intereses, que se han vertebrado en Europa en diversos Estados Miembros políticamente descentralizados, PÉREZ GONZÁLEZ distingue entre *participación directa*, que supone la presencia de representantes regionales en instituciones u órganos de la UE, e *indirecta*, que incluye diversos mecanismos internos para influir en la posición que ante aquéllas asuma el Estado⁶⁴.

B) Responsabilidad internacional del Estado por acciones y omisiones de las entidades infraestatales

Tampoco cabe soslayar otra importante faceta del problema: la responsabilidad internacional o comunitaria del Estado por los hechos u omisiones cometidos por los entes territoriales subestatales en violación de obligaciones precisamente internacionales o comunitarias asumidas por aquél.

en la Constitución o en los Estatutos [de Autonomía] fue pensada como ‘verdaderamente exclusiva’, el Tribunal Constitucional tiende cada vez más a interpretarla en determinadas circunstancias como competencia compartida” (cfr. PUENTE EGIDO, José, *op. cit.*, pp. 1659/1665 y 1651).

⁶³ CASTORINA DE TARQUINI señala que en el proceso del Mercosur se deberá proceder con cautela y privilegiar la participación y el control provinciales, objetivo que necesitará previamente que los intérpretes del federalismo desarrollen sus relaciones sobre la base de ciertos presupuestos que surgen de nuestro derecho y que, redimensionados, deberán incorporarse al comunitario. En ese contexto, ubica a los principios de *lealtad federal* y de *garantía federal*. En la visión de la autora, el primero de ellos importa de parte del gobierno central y de los gobiernos locales un comportamiento encaminado al mantenimiento de la unión, debiendo el gobierno nacional abstenerse de toda medida que lesione o restrinja los intereses provinciales, los que a su vez colaborarán en la consolidación de la unión nacional; mientras que el segundo de aquéllos supone un derecho y un deber recíprocos y correlativos entre los Estados locales y el nacional: éste tiene el derecho de mantener su integridad y el deber de preservar la de los Estados miembros, los que a su vez tienen el deber de consolidar la unión, condición de su propia existencia, y el derecho a que ésta les sea reconocida y respetada (CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, *Federalismo e integración*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp. 70/77).

⁶⁴ PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “Ponencia de síntesis: ‘La acción exterior y comunitaria de los *Länder*, regiones, cantones y comunidades autónomas: un ensayo de recapitulación”, en AA.VV., “La acción exterior y comunitaria de los *Länder*, regiones, cantones y comunidades autónomas”, cit., p. 333.

Mutatis mutandi, el problema reconduce a un principio general que marca que desde el prisma del derecho internacional todo Estado es libre de escoger su modelo de configuración estadual y su sistema interno de organización territorial, lo que supone una premisa iusinternacional de respeto por la autoorganización intraestatal derivada de la soberanía del Estado que surge de su condición de sujeto del ordenamiento internacional y del principio de no intervención en asuntos internos⁶⁵.

Es que, como recuerda MANGAS MARTÍN, dada la unidad del Estado para el derecho internacional, las conductas de sus órganos y de sus entidades territoriales se atribuyen al Estado y, en el caso de violación de una obligación internacional o comunitaria de éste, el hecho ilícito internacional de la entidad territorial o del órgano estatal en cuestión será considerado como hecho del Estado susceptible de generar la responsabilidad internacional de éste⁶⁶.

Como conclusión provisional debe por ende concederse que el incumplimiento de las obligaciones comunitarias en que incurran regiones, provincias, comunidades autónomas, etc., en principio vincula y compromete internacionalmente al Estado Miembro, sin perjuicio de las medidas que en ejercicio de sus atribuciones constitucionales pudiera éste emprender en el ámbito interno contra aquellas entidades subestatales por violación del principio de lealtad constitucional y el incumplimiento del derecho comunitario.

Naturalmente, tal respuesta deja espacio para la duda puesto que si bajo el manto de la autonomía surgente del federalismo las instituciones subnacionales exigen una mayor participación en las fases ascendente y/o descendente, ello supone un correlativo agravamiento del nivel de responsabilidad propia derivada de aquel requerimiento de obtener mayor dosis de protagonismo en el proceso.

La dubitación referida tiene alguna consistencia aunque por lo pronto la “indiferencia” del derecho comunitario por la estructura constitucional interna⁶⁷ de los Estados Miembros de la estructura comunitaria pareciera apuntar precisamente a obturar de modo preventivo una atomización del nivel de respuesta que haría decaer el tenor de efectividad de tal responsabilidad primariamente en cabeza de los Estados por incumplimiento de las obligaciones asumidas en la órbita comunitaria. Por lo demás, aunque obvio, es ciertamente imprescindible recordar que la responsabilidad de la provincia, región, comunidad autónoma, etc., en el contexto internacional sólo podría existir en tanto y en cuanto se les haya reconocido *personalidad*

⁶⁵ MANGAS MARTÍN, Araceli, “La ejecución del derecho comunitario por las Comunidades Autónomas: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en AA.VV., *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1991, p. 183.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Tomamos la expresión relativa a la “indiferencia del derecho comunitario por la estructura constitucional interna de los Estados Miembros” de MANGAS MARTÍN, Araceli, *ibid.*, p. 185.

o subjetividad internacionales, presupuesto para viabilizar la responsabilidad emergente de sus acciones y omisiones en tal esfera.

Sin embargo, lo expuesto hasta aquí en modo alguno excluye el emprendimiento conjunto de soluciones de carácter preventivo, lo que supone la coparticipación del poder central y de las entidades infraestatales cuando se trate de la asunción de obligaciones internacionales vinculadas a competencias en cabeza de estos entes y no del Estado, lo que en las certeras palabras de REMIRO BROTONS colocaría a éste en una situación lamentable, “chocando hacia afuera con quien le exige el cumplimiento y hacia adentro con quien, siendo el titular de la competencia, se excusa para incumplirla alegando que al no haber intervenido en el proceso de elaboración nadie le puede imponer un hecho consumado”⁶⁸.

En esta lógica, tampoco debe soslayarse el marco que proporciona el principio de “cooperación leal” entre la estructura comunitaria y los Estados Miembros, en punto a respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas del respectivo tratado institutivo⁶⁹. De tal premisa, entre otras cuestiones, deriva la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgentes del tratado en cuestión o de los actos de las instituciones comunitarias.

V. ACERCA DE DETERMINADAS INSTANCIAS DE VINCULACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES INFRAESTATALES EN LA EXPERIENCIA COMUNITARIA EUROPEA

En una doble dimensión, visualizando de un lado las *regiones europeas* y, del otro, las *ciudades* frente a la experiencia comunitaria europea, presentaremos sumariamente dos instancias que, aunque diversas, tienen propósitos convergentes: el “Comité de las Regiones” y “Eurocities”.

1. El Comité de las Regiones⁷⁰

A) Génesis

El Comité de las Regiones (en adelante, también el Comité) fue creado en 1992 en el Tratado de Maastricht y comenzó a funcionar en 1994.

⁶⁸ REMIRO BROTONS, Antonio, “La responsabilidad por incumplimiento de las comunidades autónomas. Posibles soluciones”, en AA.VV., *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales*, cit., p. 211.

⁶⁹ Las notas para conceptualizar al principio de “cooperación leal” fueron tomadas del art. 1.5 del Tratado de Lisboa, que –como veremos *in extenso* más adelante– sustituye al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y modifica principalmente el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Por conducto de dicha norma se inserta al TUE el art. 3 bis, en cuyo ap. 3 se efectúa la referencia específica a la mencionada pauta de “cooperación leal” y sus implicancias.

⁷⁰ Algunos de los datos referidos en este segmento del texto fueron extraídos de:

Como se ha sostenido, su implementación respondió a la necesidad de afrontar dos temáticas centrales: en primer lugar, la constatación de que gran parte de la normativa comunitaria se aplica en los niveles local o regional, de lo que se desprende claramente la importancia de que representantes de éstas participen en la elaboración de dicha normativa; y, en segundo lugar, se temía que la Unión Europea evolucionara dejando de lado a los ciudadanos, es decir, de espaldas a éstos, por lo que se reparó en la conveniencia de incorporar al proceso comunitario a los estamentos gubernamentales más próximos a aquéllos.

La implementación del Comité por el Tratado de Maastricht se inscribe en un contexto de mayor calado, pues supuso el reconocimiento del fenómeno “regional” por parte del Tratado de la Unión Europea (TUE) luego de que los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas lo ignoraran abiertamente. Esa “sensibilidad” ante la cuestión regional, además de la creación del Comité, se plasmó –al menos– en otros dos importantes aspectos: a) permitió la participación de autoridades regionales en el Consejo; y b) instituyó el principio de subsidiariedad, tema éste que nos tiende el puente hacia el punto que abordaremos a continuación⁷¹.

B) Composición y naturaleza del Comité. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

Está compuesto por 344 representantes de las comunidades locales y regionales, designados por un período de cuatro años por el Consejo, según el detalle que indica el cuadro siguiente⁷²:

Alemania, Francia, Italia y Reino Unido:	24
Polonia y España:	21
Rumanía:	15
Bélgica, Bulgaria, República Checa, Grecia, Hungría, Países Bajos, Austria, Portugal y Suecia:	12
Dinamarca, Irlanda, Lituania, Eslovaquia y Finlandia:	9
Estonia, Letonia y Eslovenia:	7
Chipre y Luxemburgo:	6
Malta:	5
TOTAL	344

http://europa.eu/scadplus/glossary/committee_regions_es.htm y de http://europa.eu/scadplus/glossary/subsidiarity_es.htm.

⁷¹ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, en el documentado ensayo “Las Comunidades Autónomas ante las relaciones internacionales: un paradigma del dinamismo evolutivo del Estado autonómico español”, en VALADÉS, Diego y SERNA DE LA GARZA, José María (coordinadores), *Federalismo y regionalismo*, cit., p. 370.

⁷² Cfr. http://europa.eu/institutions/consultative/cor/index_es.htm.

Debe recordarse que el Tratado de Niza, adoptado en diciembre de 2000, no modificó el número ni la distribución de los escaños por Estado Miembro en el Comité, aunque fijó como tope máximo de miembros de éste la cantidad de 350. A su turno, el proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (hoy en vías de sustitución por el Tratado de Lisboa –en adelante, también TL–, si es que éste finalmente se aprueba en los Estados Miembros de la UE), previó llevar el mandato de los integrantes del Comité de cuatro a cinco años, lo que el TL mantuvo.

El Comité es básicamente un *órgano consultivo* de la Unión Europea, aunque con *vocación política*⁷³, que permite a los entes territoriales hacer oír su voz en el proceso decisorio comunitario.

Una aproximación taxonómica para catalogar tales competencias consultivas, puede vertebrarse del siguiente modo: a) *dictámenes de carácter preceptivo en las siguientes materias*: educación; cultura; salud pública; redes transeuropeas de transporte; cohesión económica y social (todos estos campos temáticos ya competían al Comité antes del Tratado de Ámsterdam); política común de transportes; empleo; política social; Fondo Social Europeo; formación profesional y juventud; y medio ambiente (estos asuntos fueron añadidos por dicho Tratado); b) *consultas facultativas (discrecionales) que pueden dirigirse al Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo*; y c) *dictámenes que ‘motu proprio’ puede elaborar el Comité*.

Paralelamente, su *rol político* consiste en facilitar la mejor aplicación de los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad* en la Unión Europea.

En otro plano, el principio de *subsidiariedad* puede caracterizarse como aquel que tiene por objeto garantizar que *las decisiones se tomen lo más cerca posible del ciudadano*, comprobándose constantemente que la acción que vaya a emprenderse a escala comunitaria se justifica en relación con las posibilidades que ofrecen los niveles nacional, regional o local. Concretamente, se trata de una premisa según la cual la Unión, salvo en sus ámbitos de competencia exclusiva, sólo interviene en la medida en que su acción sea más eficaz que una intervención en los marcos nacional, regional o local.

Al decir de LEGUINA, constituye un principio delimitador de competencias entre la Unión y los Estados Miembros y es la norma de reparto de tareas de la organización federal y uno de los ejes de la arquitectura europea⁷⁴, pugnando por que las decisiones políticas se adopten en el ámbito

⁷³ La afirmación en cuanto al desarrollo de competencias consultivas del Comité como “órgano con creciente vocación política”, corresponde a MORENO VÁZQUEZ, Manuel, *Comité de las Regiones y Unión Europea*, Polo Europeo Jean Monnet, Universitat de València, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 178 y ss.

⁷⁴ LEGUINA, Joaquín, “Intervención de apertura”, en AA.VV., “La acción exterior y comunitaria de los *Länder*, regiones, cantones y comunidades autónomas”, Vol. I, cit., pp. 16 y 18.

más próximo al ciudadano para lograr la mayor eficacia posible; además, está firmemente ligado a los principios de *proporcionalidad* y de *necesidad*, con arreglo a los cuales la acción de la Unión no debe exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado institutivo.

Es preciso advertir que el mencionado proyecto de Tratado (que establecía una Constitución para Europa) preveía reforzar el citado principio de subsidiariedad, especialmente al obligar a las instituciones a mantener informados a los parlamentos nacionales durante todo el procedimiento legislativo. Asimismo, proyectaba implementar un mecanismo de “alerta rápida o temprana” (“*Early Warning System*”) sobre el respeto del principio de subsidiariedad, que permitiría a los parlamentos nacionales solicitar a la Comisión el reestudio de una propuesta legislativa cuando estimen que ésta no se ajusta al mencionado principio.

Debe advertirse que el debate sobre la inclusión del procedimiento de “alerta rápida” no ha sido del todo pacífico, pues –entre otras razones– se lo objeta por constituir una forma de restar protagonismo al Parlamento Europeo por “la puerta pequeña”, retardar la función legislativa de la UE y considerar como más que probable que los parlamentos nacionales lo aprovechen para hacer consideraciones que nada tengan que ver con la subsidiariedad⁷⁵.

A tales ataques dialécticos se ha respondido que el mecanismo en cuestión supone simple y llanamente atribuir a los parlamentos nacionales la posibilidad de que se pronuncien sobre una cuestión que afecta directamente a los Estados y entes territoriales de éstos en punto a que las normas que la Unión pretende aprobar aplica correctamente aquel principio y no invade competencias que no le son propias⁷⁶; además, y en cuanto a la tacha relativa a la posibilidad de abrir la puerta a que los parlamentos locales efectúen consideraciones desconectadas del problema de la subsidiariedad, se ha replicado que aunque ello sea cierto, no se trata en realidad de un problema, pues ya está la Comisión para desestimar los informes remitidos en esos términos, sino más bien de una vía para seguir avanzando en el fortalecimiento democrático (agregamos por nuestra parte, para paliar en cierta medida el déficit de tal índole que se imputa a la UE) y de participación de los parlamentos de los Estados Miembros en las cuestiones comunitarias⁷⁷.

En el apartado siguiente abordaremos algunos aspectos adicionales de esta temática.

⁷⁵ Ver la presentación de tales cuestionamientos en ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (quien se encarga de rebatirlos defendiendo el mecanismo de “alerta rápida”), en “El fortalecimiento de los parlamentos en la Unión Europea: la incorporación del *Early Warning System*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 15, 1^{er} semestre 2005, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2004, pp. 292/293.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 292.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 293.

C) *El Tratado de Lisboa, el Comité de las Regiones, la cohesión territorial y las autonomías regionales y locales*

No puede dejar de mencionarse que el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007 fue trascendente. En efecto, llamados el 23 de julio del mismo año a pronunciarse sobre el futuro de la Unión Europea, los Jefes de Estado y de Gobierno convinieron iniciar una Conferencia Intergubernamental para redactar un Tratado de reforma de los actuales instrumentos institutivos antes de la finalización de 2007.

Como consecuencia de ello, el jueves 13 de diciembre de 2007, aquellos suscribieron el TL en el Monasterio de los Jerónimos de esta ciudad. Básicamente, se prevé que dicho instrumento modifique los dos textos fundamentales de la Unión Europea: el TUE y el TCE, pasando este último a denominarse “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”; además del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, insertando asimismo un conjunto de protocolos.

El de Lisboa representa una versión *edulcorada* del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (que naufragó tras la derrota de los referenda llevados a cabo en Francia y Holanda) y, sin mencionar la palabra “Constitución”, busca acondicionar las instituciones comunitarias para adecuar su funcionamiento a la cantidad de Estados Miembros que hoy componen la UE (27). Los Jefes de Estado y de Gobierno de éstos se comprometieron en las conclusiones de su reunión a buscar una «ratificación rápida» del tratado, que se esperaba fuera aprobada definitivamente antes del 31 de diciembre de 2008 para que entre en vigencia de cara a las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2009. Obviamente, los planes y la agenda primigenia debieron modificarse a causa del “no” irlandés al Tratado por medio del referéndum celebrado el 12 de junio de 2008, aunque luego de debatir la incidencia que tal episodio podría tener en el proceso aprobatorio general, el Consejo Europeo decidió pocos días después (el 20 de junio) proseguir el trámite de ratificación con los países que aún no lo habían aprobado y replantear el tema en la Cumbre de octubre del año en curso⁷⁸.

El art. 6 del TL establece que el mismo sería ratificado por las Altas Partes Contratantes de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (ap. 1) y entraría en vigor el 1 de enero de 2009, siempre que se

⁷⁸ Cfr. la nota de 20 de junio de 2008, “European Council to analyse further and return to Lisbon Treaty in October; meanwhile, ratification continues”, que puede consultarse en: www.eu2008.si/en/News_and_Documents/Press_Releases/June/0620EC_LisbonTreaty.html.

Por lo demás, y hasta donde llega nuestra información, con posterioridad al “no” de Irlanda, el Tratado fue aprobado por el Reino Unido (el 18 de junio), Chipre (el 3 de julio), Holanda (el 8 de julio), Bélgica (el 10 de julio), España (15 de julio) e Italia (31 de julio); sumando –hasta fines de julio de 2008– 24 los Estados Miembros de la UE que lo han aprobado.

hubieran depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpliera dicha formalidad (ap. 2).

En su introito, el TL enuncia como propósitos genéricos a los siguientes: completar el proceso iniciado por los Tratados de Ámsterdam y Niza, a fin de reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la UE y mejorar la coherencia de su acción.

Cabe destacar que por el art. 1.4 del TL se modifica el art. 2 del TUE, en cuyo ap. 3, párr. 3°, en lo que atañe a los intereses de las entidades subestatales, se pone de manifiesto que la UE fomentará la cohesión económica, social y *territorial* (es decir, se complementa su *objetivo* de cohesión económica y social al hacerla extensiva al plano territorial) y la solidaridad entre los Estados Miembros; además, respetará la riqueza de su *diversidad cultural y lingüística* (párr. 4°). Vinculado a lo que mencionábamos, de hecho se modifica el Protocolo sobre la cohesión económica y social, que pasa a llamarse Protocolo sobre la cohesión económica, social y *territorial*.

Mutatis mutandi, se ha puntualizado que el concepto de *cohesión territorial* va más allá de la idea de cohesión económica y social, ampliándola y reforzándola; así, con aquélla se pretende “ayudar a lograr un desarrollo más equilibrado reduciendo las disparidades existentes, impidiendo los desequilibrios territoriales y aumentando la coherencia tanto de las políticas sectoriales que tienen una repercusión territorial como de la política regional”, para asimismo mejorar la integración territorial y fomentar la cooperación entre las regiones⁷⁹.

Por su parte, el art. 1.5 del TL deroga el art. 3 del TUE e inserta el art. 3 bis, en cuyo ap. 2, y en lo que aquí interesa, estipula que “[l]a Unión respetará la igualdad de los Estados Miembros ante los Tratados⁸⁰, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, *también en lo referente a la autonomía local y regional (...)*” –énfasis añadido–.

En relación con el Comité de las Regiones, por el art. 1.14 del TL atinente al Título III (“Disposiciones sobre las Instituciones”) del TUE, el art. 9, ap. 4, de éste especifica que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (algunas de las instituciones de la UE) estarán asistidos por un Comité Económico y Social y un *Comité de las Regiones*, que ejercerán funciones *consultivas*.

⁷⁹ Cftar. *Tercer informe sobre la cohesión económica y social*, “Una nueva asociación para la cohesión. convergencia, competitividad y cooperación”, Comisión Europea, COM (2004) 107 de 18 de febrero de 2004, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, impreso en Bélgica, 2004, p. 27.

⁸⁰ En el art. 1, párr. 3°, del TUE (según la redacción diseñada por el art. 1.2.‘b’ del TL) se advierte que cuando en el texto se refiera a “los Tratados” hará referencia al propio TUE y al Tratado de Funcionamiento de la UE, aclarando que ambos tratados tienen el mismo valor jurídico, para luego establecer que la UE sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea.

Una previsión homóloga se ubica en el capítulo relativo a los “Órganos consultivos de la Unión”, particularmente en el ap. 1 del nuevo art. 256 bis del Tratado de Funcionamiento de la UE que se inserta. A su tiempo, en el ap. 3 de tal artículo se determina que este último Comité estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida. Por último, el ap. 4 establece que los miembros del Comité no estarán vinculados por ningún mandato imperativo, ejerciendo sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión.

Es especialmente significativa la cláusula que acuerda al Comité de las Regiones el *derecho de recurso, para salvaguardar sus prerrogativas, ante el Tribunal de Justicia de la UE* (cfr. art. 230, párr. 3°, del TCE, que proyecta modificar el art. 2.214.ºb' del TL).

Ya en el ámbito del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁸¹ (uno de los que el TL identifica como los protocolos que deberán ir anejos al TUE, al Tratado de Funcionamiento de la UE y, en su caso, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica), el art. 8 del citado Protocolo, luego de pautar que el Tribunal de Justicia de la UE será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo (párr. 1°), señala que el Comité de las Regiones –de conformidad con los procedimientos establecidos en el art. 230 del Tratado de Funcionamiento de la UE– *también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado nombrado en último término requiera su consulta* (párr. 2°). De su lado, y en función del art. 9 del Protocolo que referenciamos, se especifica que la Comisión presentará al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los parlamentos nacionales un informe anual sobre la aplicación del art. 3 ter del TUE (referido a los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad aplicables a las competencias de la Unión y que sustituye al art. 5 del TCE); informe que deberá remitirse asimismo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

Básicamente, en su art. 6, párr. 1°, el mencionado protocolo contiene la facultad de todo parlamento nacional o de toda cámara de uno de esos parlamentos de dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto de acto legislativo (siempre en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de éste) no se ajusta al principio de subsidiariedad; atribución que se correlaciona con el art. 3, párr. 1°, del Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea (que por el TL también anexa). Por lo demás, el art. 7, del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y propor-

⁸¹ Dicho Protocolo fue aprobado primigeniamente por el Tratado de Ámsterdam (1997).

cionalidad diagrama las distintas alternativas procedimentales que seguirá la cuestión que tratamos, que esencialmente constituye el mecanismo de *alerta rápida o temprana* al que referíamos anteriormente.

D) Sucinto balance del accionar del Comité. Prospectiva

En cuanto al balance de la labor del Comité, existen criterios discordantes porque para algunos su injerencia real ha sido muy discreta y modesta; mientras que para otros, las regiones europeas han ganado en presencia activa en Europa a través del Comité, fundamentalmente, por medio de los informes que preceptivamente debe proporcionar al Consejo, la Comisión y el Parlamento en los temas vinculados a la política regional.

Sea como fuera, aunque perfectible, sin duda es un órgano con cierta trascendencia como instancia de articulación, contención y participación en el proceso comunitario europeo de las entidades que PÉREZ GONZÁLEZ denomina político-territoriales ubicadas en un plano inmediato inferior al Estado (región en sentido estricto) y de otras entidades territoriales menores (municipios)⁸² o, como destaca MORENO VÁZQUEZ, como órgano vertebrador de los intereses regionales y locales en la Unión Europea⁸³.

Asimismo, se ha reivindicado su papel como facilitador o plataforma de intercambio entre las regiones, por ejemplo, en materia de *clusters* y desarrollo regional⁸⁴. Cabe advertir que los *clusters* tienen por objetivo agrupar geográficamente a empresas y agentes del mismo sector: fabricantes, universidades, asociaciones, etc., para construir un polo de competitividad⁸⁵.

El Comité es igualmente significativo desde el punto de vista *simbólico*, en tanto –como se anticipaba– encarna uno de los reflejos de la mutación del paradigma sobre la “cuestión regional” entre los tratados institutivos de las Comunidades Europeas, que la ignoraron, y el TUE que mostró su preocupación al respecto, canalizándola –entre otras manifestaciones que ya fueron colacionadas– en la instauración de aquel órgano preponderantemente consultivo.

Ya de cara al futuro, DELEBARRE –actual Presidente del Comité [fines de 2007]– ha identificado como un desafío importante la evolución institucional de la UE, recordando que el mandato conferido a la Conferencia Intergubernamental que cristalizara en el TL, “preserva lo esencial de los logros obtenidos por los entes territoriales en el proyecto de Tratado por el

⁸² PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “Facultades de los entes subnacionales en el sistema comunitario europeo”, en DRNAS DE CLÉMENT, Zlata y REY CARO, Ernesto J. (Directores), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, cit., pp. 17 y 26.

⁸³ MORENO VÁZQUEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

⁸⁴ Cfr. HNÍZDO, Petr, “Una oficina en Bruselas: algo más que una cuestión de prestigio...”, en *Regiones y Municipios de Europa*, Boletín de información del Comité de las Regiones, N° 56, verano de 2007, Bruselas, p. 9.

⁸⁵ *Loc. cit.* en nota anterior.

que se establece una Constitución para Europa, como el reconocimiento del respeto de la autonomía local y regional por la Unión, el mantenimiento del protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la introducción de la cohesión territorial y la diversidad cultural y lingüística entre los objetivos de la Unión...⁸⁶.

2. Eurocities

Simplemente a modo ilustrativo, daremos aquí una brevísima noticia sobre “Eurocities”⁸⁷, como instancia de vinculación y participación de las ciudades europeas en sectores temáticos de la política comunitaria en los que están involucrados intereses comunes de aquéllas.

Se trata de una red de metrópolis europeas fundada en 1986 que reúne a los gobiernos locales de más de 130 ciudades importantes de alrededor de 30 países europeos y cuyo objetivo primordial es constituirse en la voz de aquéllas en las instituciones comunitarias generando un espacio de diálogo sobre todos los aspectos de la normativa, políticas y programas de la UE que tengan impacto en las ciudades y sus ciudadanos.

Cabe acotar que actúa en una amplia gama de áreas temáticas, que incluyen: desarrollo económico y política de cohesión; prestación de servicios públicos; medio ambiente; transporte; empleo y asuntos sociales; cultura, educación, información y sociedad de conocimiento; “gobernanza” y cooperación internacional.

Para encuadrar contextualmente su gestión, “Eurocities” percibe que Europa afronta una serie de grandes desafíos que requieren una efectiva respuesta de parte de las autoridades públicas, entre las que se incluyen: asegurar la prosperidad económica y el desarrollo sustentable de ciudades y regiones; crear nuevas oportunidades de empleo; fortalecer la cohesión social y proteger el ambiente para las futuras generaciones. Entiende que tales desafíos sólo podrán ser adecuadamente encarados si los diferentes niveles de la administración pública (ciudades y regiones, gobiernos nacionales e instituciones europeas) trabajan conjuntamente.

Finalmente, y a salvo las lógicas diferencias existentes entre ambos entes, podría trazarse un paralelismo entre “Eurocities” y “Mercociudades” (sobre la que volveremos), siendo esta última la principal red de municipios del Mercosur, creada en 1995, y que constituye un útil referente en el ámbito de protección de los intereses locales en dicho proceso integrativo sudamericano.

⁸⁶ DELEBARRE, Michel, “Editorial”, en *Regiones y Municipios de Europa*, Boletín de información del Comité de las Regiones, N° 57, octubre-diciembre de 2007, Bruselas, p. 2.

⁸⁷ En torno a las actividades y al rol de Eurocities, ver para ampliar: www.eurocities.org/main.php.

VI. ALTERNATIVAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS ENTES SUBESTATALES EN EL PROCESO INTEGRATIVO MERCOSUREÑO

Exploraremos sumariamente a continuación algunas posibilidades actuales y prospectivas de articulación y actuación en el ámbito del Mercosur que van despuntando o consolidándose para estados o provincias, regiones, municipios, departamentos y ciudades de sus Estados Miembros.

En esa dirección, haremos una breve alusión sucesivamente al Parlamento del Mercosur; al Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur y a la red denominada “Mercociudades”.

1. Sobre el Parlamento del Mercosur

Cabe destacar que el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur (PCPM) fue suscripto por los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 9 de diciembre de 2005, a partir de la Decisión N° 23/05 emanada de la XXIX Reunión del Consejo del Mercado Común (CMC)⁸⁸.

Dentro de la estructura institucional del Mercosur, el Parlamento –que reemplazó a la Comisión Parlamentaria Conjunta– es el órgano de representación de los pueblos de aquél, unicameral, independiente y autónomo (art. 1 del PCPM). Comenzó a funcionar el 7 de mayo de 2007.

El modo de elección de los “parlamentarios”⁸⁹ variará gradualmente de acuerdo con las siguientes pautas: a) en el actual estadio, los integrantes fueron elegidos de entre los miembros de los parlamentos nacionales; b) en una etapa posterior, desde 2011, serán elegidos por voto directo; y c) en la fase subsiguiente, a partir de 2015, además de voto directo, la elección será simultánea para garantizar la representatividad democrática⁹⁰.

En realidad, tal determinación progresiva obedece a la interacción de los arts. 1 y 6, incs. 1° y 4° y 1ª y 3ª Disposiciones Transitorias del PCPM.

Así, el art. 1, al tiempo de estipular que el Parlamento estará integrado por representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, establece que “[l]a constitución del Parlamento se realizará a través de las etapas previstas en las Disposiciones Transitorias del presente Protocolo”. Mientras tanto, el art. 6, inc. 1°, pauta que aquella elección –con las características mencionadas– se realizará por los ciudadanos de los respectivos Estados Partes y el inc. 4° de tal art. 6, determina que a propuesta del Parlamento, el

⁸⁸ Para consultar el texto de la Decisión y el Protocolo (como de otros instrumentos relevantes sobre el punto), véase *Hacia el Parlamento del Mercosur. Una recopilación de documentos*, Fundación Konrad Adenauer y Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur (editores), 2ª ed., Montevideo, 2006, pp. 21/32.

⁸⁹ La denominación que reciben sus integrantes consta en el art. 5, párr. 2°, del PCPM.

⁹⁰ Tal información puede ubicarse en www.argentina.gov.ar/argentina/portal.

CMC establecerá el “Día del Mercosur Ciudadano” para la elección de los parlamentarios, de forma simultánea en todos los Estados Partes.

A su tiempo, la 1ª Disposición Transitoria establece que, a los fines de lo previsto en aquel art. 1, se entenderá lo siguiente: por “primera etapa de transición”, el período comprendido entre el 31 de diciembre de 2006 y el 31 de diciembre de 2010; y por “segunda etapa de transición”, el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2014. A su tiempo, la 3ª Disposición Transitoria determina que para la primera etapa de transición, los parlamentos nacionales establecerán las modalidades de designación de sus respectivos parlamentarios, entre los legisladores de los parlamentos nacionales de cada Estado Parte. Añade que, a los efectos de poner en práctica la elección directa de los parlamentarios (art. 6.1 del PCPM) antes de la finalización de la primera etapa de transición, deberán efectuar elecciones por sufragio directo, universal y secreto de parlamentarios, fijándose que la primera elección prevista en el art. 6, inc. 4º, tendrá lugar durante 2014. Finalmente, a partir de la segunda etapa de la transición todos los parlamentarios deberán haber sido elegidos de conformidad con el art. 6, inc. 1º.

Entre los *propósitos* del Parlamento se cuentan los de asumir la promoción y la defensa permanentes de la democracia, la libertad y la paz; impulsar el desarrollo sustentable de la región con justicia social y respeto a la diversidad cultural de sus poblaciones, y garantizar la participación de los actores de la sociedad civil en el proceso de integración (art. 2, respectivamente, incs. 2º, 3º y 4º).

Por su parte, en el marco de los *principios* que postula la institución parlamentaria, pueden resaltarse, por ejemplo: el pluralismo y la tolerancia como garantías de la diversidad de expresiones políticas, sociales y culturales de los pueblos de la región; la cooperación con los demás órganos del Mercosur y ámbitos regionales de representación ciudadana; la promoción del desarrollo sustentable en el Mercosur y el trato especial y diferenciado para los países de economías menores y para las regiones con menor grado de desarrollo; y la equidad y la justicia en los asuntos regionales e internacionales (art. 3, respectivamente, incs. 1º, 3º, 7º y 8º).

Luego de bosquejar rápidamente algunos lineamientos del Parlamento mercosureño, es hora de acotar que, si logra consolidarse democráticamente, tal estructura puede constituirse también en una instancia de actuación y/o de control por parte de las entidades infraestatales de los países miembros con estructura compleja en cuestiones que resulten de interés de aquéllas o que se vinculen a sus competencias específicas o concurrentes con el Estado Nacional de acuerdo con el reparto efectuado por las respectivas Constituciones.

En cuanto a la potencial utilidad que para los entes infranacionales puede ostentar la institución parlamentaria mercosureña, no debe olvidarse que en la parte considerativa de la nombrada Decisión CMC N° 23/05,

entre otros aspectos de interés, se dejó en claro que su instalación, “con una adecuada representación de los intereses de los ciudadanos de los Estados Partes, significará un aporte a la calidad y equilibrio institucional del Mercosur, *creando un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de la región, y que contribuya a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas*” –énfasis agregado– (párr. 5°).

Pensando prospectivamente, debería existir –en palabras y hechos– un fluido diálogo y una franca cooperación entre el Parlamento del Mercosur y los Poderes Legislativos nacionales (fundamentalmente, en el caso de nuestro país, a través de la Cámara de Senadores), para que entre otras cuestiones y supuesto el avance del esquema hacia etapas más intensas de relacionamiento, se preserven los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad*, y puedan aquellos órganos nacionales comunicar fundadamente al Parlamento del Mercosur y al resto de las instituciones competentes, que en casos concretos existe el riesgo de que determinados proyectos normativos de la estructura integrativa vulneren la premisa de subsidiariedad, pues ésta (en consonancia con la de proporcionalidad) supone una combinación de esfuerzos para “evitar la tendencia hacia el centralismo burocrático”⁹¹.

Es decir, ni más ni menos que una suerte de sistema de “alerta rápida o temprana”, como el que en Europa prefigura el Tratado de Lisboa y que surge de la interrelación del texto que éste imprime al art. 3 ter, ap. 3, *in fine*, del TUE, en cuanto a que los parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad de acuerdo con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y art. 6, párr. 1°, de este Protocolo, correlacionado con el art. 3, párr. 1°, del Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la UE.

Según lo adelantado, el principio de *subsidiariedad* deberá engarzarse y funcionar armónicamente con el de *proporcionalidad*⁹² (y el de *necesidad*, con el que éste se asocia), por virtud del cual el contenido y la forma de la acción de la estructura comunitaria no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado constitutivo en cuestión⁹³.

⁹¹ Cfr. *Tratado de la Unión Europea [Textos consolidados de los Tratados Comunitarios]*, Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas, notas a cargo de LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Madrid, España, 1992, p. XXVII.

⁹² Sobre el tema, y *mutatis mutandi*, ver LOUIS, Jean-Victor, *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5ª ed. correg. y actualiz., Comisión Europea, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1995, p. 105.

⁹³ El concepto brindado en el texto sigue, en lo pertinente, el fijado por el art. 3 ter, ap. 4, párr. 1°, del TUE, según lo proyectado por el art. 1.6 del TL.

2. El Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur

Por medio de la Decisión N° 41/04, de 16 de diciembre de 2004, el Consejo del Mercado Común, creó el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur, que viene a suceder a la Reunión Especializada de Municipios e Intendencias.

La implementación del Foro constituye un importante logro de los entes locales, pues no es precisamente un dato menor que el órgano supremo del Mercosur y, como tal, conductor de la política del proceso integrativo (el CMC), reconociera que el Foro que se creaba es útil para “estimular el diálogo y la cooperación entre las autoridades de nivel municipal, estadual, provincial y departamental de los Estados Partes del Mercosur” (art. 1).

Debe recordarse que el citado Foro, que será integrado por representantes designados por los Estados Partes, de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos integrantes de sus respectivos territorios, podrá proponer medidas destinadas a la coordinación de políticas para promover el bienestar y mejorar la calidad de vida de los habitantes de tales entidades, así como formular recomendaciones por intermedio del Grupo Mercado Común, es decir, del órgano ejecutivo del Mercosur.

Finalmente, no es sobreabundante computar que dentro de las estrategias de descentralización que en este caso conduzcan a la realización de actividades de alcance internacional por parte de los entes locales, ellas se desenvuelvan –como *mutatis mutandi* se puntualizara⁹⁴– en las siguientes áreas principales de acción: el llamado ‘hermanamiento’ entre ciudades de diferentes países; la participación en organismos internacionales y en programas de cooperación internacional; y la vinculación con embajadas y representaciones del exterior.

3. Mercociudades

Representa una instancia generadora de un espacio de vinculación y actuación de las entidades municipales en los marcos de integración internacional, presentándose además como la principal red de municipios del Mercosur y un referente destacado en los procesos de integración⁹⁵.

Desde 1995, año de su fundación, ha venido bregando por “favorecer la participación de los municipios en el proceso de integración regional, promover la creación de un ámbito institucional para las ciudades en el seno del Mercosur y desarrollar el intercambio y la cooperación horizontal

⁹⁴ Cfr. ODDONE, Nahuel y GRANATO, Leonardo, “Una integración diferente: el caso de Mercociudades”, en *Observatorio de la Economía Latinoamericana. Revista académica de Economía*, N° 38, febrero de 2005, ISSN 1696-8352; disponible en Internet en www.eumed.net/cursecon/ecolat/ar/2005/cn-lg/texto.doc.

⁹⁵ Ver, www.mercociudades.org.

entre las municipalidades de la región”, contando con ciudades asociadas de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Chile, Bolivia y Perú⁹⁶.

En otras palabras, el fundamento de su creación obedeció, por una parte y como se ha sostenido, a la necesidad de implementar un contexto institucional donde las ciudades pudieran expresar su opinión sobre el rumbo del proceso integrador y, por la otra, a desarrollar un terreno de convergencia e intercambio entre las ciudades, que permitiera desenvolver políticas más eficaces y adecuadas a los tiempos de la globalización⁹⁷.

Ya en relación con los ambiciosos objetivos a los que propende, desplegados en el art. 2 de su Estatuto, pueden subrayarse –sólo a título ejemplificativo– los siguientes: favorecer la participación de las ciudades en la estructura del Mercosur persiguiendo la codecisión en las áreas de su competencia; impulsar la creación de redes de ciudades a través de unidades técnicas operativas que desarrollen diversas acciones, programas y proyectos de interés común intermunicipal adecuados al proceso de integración; coordinar la planificación y promover acciones vinculadas al crecimiento y al desarrollo urbano de las ciudades; colaborar en la planificación de las políticas y planes de desarrollo de las ciudades, tomando en cuenta la necesidad de mejorar la calidad de vida; impulsar la adopción de políticas que adecuen los proyectos locales al nuevo espacio regional; y difundir una cultura democrática y democratizadora en los niveles regional y nacional, estableciendo una relación más estrecha de cooperación para, a través de las municipalidades, definir políticas sociales adecuadas.

Para cerrar estas líneas debe advertirse que Mercociudades –que, como vimos y dejando a buen resguardo las diferencias entre ambos organismos, tiene cierta afinidad en cuanto a sus objetivos con “Eurocities” (red de metrópolis europeas)–, esencialmente reconoce como propósito institucional central lograr su reconocimiento en la estructura del Mercosur. Por lo pronto, su prédica para abrir un margen de participación de las ciudades en éste, ha sido en cierta medida receptada primero con la creación de la Reunión Especializada de Municipios e Intendencias del Mercosur y luego con su sucesor, el aludido Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur.

VII. EPÍLOGO

Como es de suponer, las anotaciones precedentes no presentan todos los aspectos conflictivos o interrogantes que se suscitan en la interrelación de dos procesos relevantes como la integración supranacional y el federalismo. En consecuencia, nos hemos limitado a enfocar algunos

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Cfr. ODDONE, Nahuel y GRANATO, Leonardo, “Una integración diferente: el caso de Mercociudades”, cit. en nota 94.

de sus puntos de contacto, tanto en la experiencia comunitaria europea como en la praxis integrativa del Mercosur en su etapa actual y su prefiguración prospectiva.

Del itinerario panorámico emprendido, pueden extraerse las siguientes observaciones finales, que vienen a añadirse a ciertas apreciaciones conclusivas ya intercaladas en otros segmentos de este trabajo:

1. No corresponde predicar *a priori* una incompatibilidad entre el proceso de integración supranacional, que contiene una importante nota de centralización, y el federalismo intraestatal, que supone un ejercicio de descentralización. Por el contrario, lo deseable sería generar una saludable complementación y armonización entre los elementos de esa relación binómica, a partir de claras normas contenidas en la Constitución, que permitan al Estado involucrarse en prácticas comunitarias preservando paralelamente la pluralidad y las líneas centrífugas al interior del mismo, tema este último que también debería quedar literalizado entre los objetivos del tratado constitutivo en cuestión, al menos genéricamente como el respeto por las autonomías locales por parte de la estructura supranacional.

En otras palabras, concertar coherentemente el principio de “autonomía institucional” en la autoorganización del Estado, con el despliegue y la aplicación del derecho comunitario *ad intra* y la participación de los entes subestatales *ad extra*.

2. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, el respaldo que a todas las políticas vinculadas con la irrupción de los nuevos espacios económicos integrados, desde la Unión Europea al Mercosur y, más aún, la imposición real de una globalización de la economía que las nuevas técnicas hacen posible y las exigencias del desarrollo económico parecen imponer, prestan una perspectiva nueva y obligada a todo el movimiento de relocalización inexorable de los centros de decisión⁹⁸.

3. En torno a la integración supranacional y su relacionamiento con las modalidades estaduales complejas, la referencia al paradigma europeo es inexcusable, porque, de una parte, aquel proceso lleva más de cinco décadas de desarrollo y, de la otra, se han incrementado intensamente Estados de estructura federal o regional, Estados regionalizados o experiencias de descentralización en naciones tradicionalmente unitarias.

Sin embargo, si bien cabe abreviar en una praxis tan avanzada como la de Europa, deben paralelamente evitarse los implantes jurídicos artificiales, sorteando “las distorsiones y los espejismos”⁹⁹ de la visión iuscomparada. Dicho en otros términos, cabe tener presente la utilidad que aporta la ob-

⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en el prólogo a la obra de HERNÁNDEZ (h.), Antonio María, *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, cit., p. XV.

⁹⁹ La gráfica expresión es de LÓPEZ GUERRA, Luis, “Estudio preliminar”, en *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, p. 31.

servación de las vivencias extranjeras como matriz para el posterior examen comparativo, pero sin perder de vista que lo apropiado es extraer de tal operación sólo lo aplicable a la cultura, la idiosincrasia y la realidad jurídicas donde el plexo normativo proyectado esté llamado a operar, pues específicamente en el caso del federalismo (o de los federalismos, en la visión de FRIEDRICH), al tiempo de ser un proceso complejo y dinámico, cada contexto nacional y local tiene particularidades intransferibles.

El resultado de la indagación, por tanto, no puede ser sino con beneficio de inventario, extrapolando lo que se revele consistente con la arquitectura y la ideología jurídicas del sistema en el que se pretendan aplicar aquellas experiencias y evitar, así, artificiales mimetismos.

4. En el ámbito del Mercosur, y partiendo de la base de que existiera verdadera *voluntad política* de construir progresivamente una estructura supranacional más avanzada y demandante, los países componentes del modelo deberían acometer una compatibilización constitucional pues desde un prisma iuscomparado se observan ostensibles asimetrías.

Insistimos en la necesidad de que medie sincero empeño político ya que ni la elaboración de normas ni la creación de instituciones tienen efectos taumatúrgicos. Por ende, nada solucionarán o modificarán si no las mueve una sincera decisión estratégica de asumir compromisos más sólidos en el marco integrativo.

Lo ideal sería que las respectivas Leyes Fundamentales contengan normas que claramente pauten el valor que frente al derecho interno tendrán los instrumentos internacionales y que prefiguren una cláusula de habilitación para la cesión, atribución, traspaso, delegación o transferencia de competencias a entes supranacionales, paralelamente a un acondicionamiento jurisprudencial, para que la potencial arquitectura institucional que se genere no se derrumbe por falta de consistencia jurídica.

Recuérdese que el derecho comunitario presenta como líneas fisonómicas específicas la autonomía y el efecto directo e inmediato de sus normas, características que conducen a su aplicación preferente sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados que componen el espacio regional en cuestión.

Del recorrido comparativo realizado, surge que las configuraciones constitucionales de Argentina y Paraguay se encuentran suficientemente preparadas sobre el particular, al igual que Venezuela (si hipotéticamente se lo incluyera en la nómina sobre la base de su pretendida incorporación plena a las filas del Mercosur); no así las de Brasil y Uruguay, acerca de las cuales calificada doctrina postula la necesidad de llevar adelante sendas reformas constitucionales para legitimar la creación de organizaciones supranacionales recipiendarias de competencias o atribuciones dispensadas por tales Estados Miembros, al tiempo de requerirse –para completar el acondicionamiento conveniente– un correlativo acompañamiento jurisprudencial de los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción cons-

titucional, es decir, el Supremo Tribunal Federal brasileño y la Suprema Corte de Justicia uruguaya.

5. Si se lograra salvar la asimetría jurídica y contar con la voluntad política necesaria, abriendo paso a estructuras integrativas más complejas y exigentes (sin diluir las identidades nacionales), entre otros aspectos relevantes que surgen de la interacción del espacio supranacional y el federalismo, cabría prestar especial atención al *impacto* que el proceso integrativo pudiera provocar en las entidades infraestatales y canalizar las energías para concebir cauces idóneos que permitan a éstas *participar* de dicha experiencia.

Ello debería cristalizarse en algunas de las fases, *ascendente* o de celebración de los tratados internacionales que pueden afectar los ámbitos competencial o de intereses de tales entes locales, o *descendente* o de aplicación de la normativa comunitaria en el escenario intranacional; asimismo, sería aconsejable viabilizar la vinculación de éstos con sus pares del mismo Estado o de otros, para ganar peso específico y hacer oír sus reclamos en el área integrada.

En otras palabras, y aunque suene reiterativo, se impone la necesidad de consolidar un diálogo en dos frentes: el *comunitario*, permitiendo a las instancias subestatales en cuestión comunicarse con las instituciones de la estructura supranacional; y el *intraestatal*, generando una coordinación entre los gobiernos centrales y los locales en lo que atañe al proceso de integración.

6. Las actividades que en la órbita internacional pueden desplegar estados y provincias (y, ¿por qué no?, también municipios, aunque éstos con un doble orden de limitación: las constituciones nacional y provincial o estadual que correspondan), se entienden a partir de una relectura de la concepción clásica de relaciones internacionales, separando el *núcleo duro* de éstas, reservado al poder central, del *núcleo blando*, que pueden llevar adelante los entes subnacionales respetando el principio de “lealtad constitucional”.

7. Ligado a ello, HERNÁNDEZ plantea con acierto que la integración regional importa [agregamos por nuestra cuenta: principalmente] dos desafíos fundamentales para las provincias: de un lado, alcanzar los objetivos del desarrollo económico y social y del desarrollo humano, con la magnitud de los cambios políticos, económicos, educativos, culturales y sociales por afrontar, comenzando con una tarea de compatibilización de la legislación; y, por otro, cumplir con las obligaciones inherentes a la integración supranacional, como parte de un Estado Miembro del Mercosur¹⁰⁰.

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ (h.), Antonio María, *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, cit., p. 60.

Ya en un plano general (esto es, que involucra no sólo a nuestro país), en la dimensión interna los retos esbozados deberían tener como matriz legitimante un federalismo de concertación y participativo, que permita una relación equilibrada entre las instancias que componen la estructura federal (Nación; Estados o provincias; municipios, departamentos; etc., de acuerdo con la terminología empleada constitucionalmente por cada país) y posibilite un proceso integrado de crecimiento y evolución *ad extra* y *ad intra*¹⁰¹.

No menos importante es que tal esquema equilibrado se traslade a la propia estructura comunitaria y su sistema distributivo y de ejercicio de competencias con cada uno de los Estados Miembros, preservando los patrones de *atribución*, *subsidiariedad*, *proporcionalidad*¹⁰² y *necesidad*, o sea, respectivamente: a) que la estructura comunitaria actúe dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados en los tratados institutivos para lograr los objetivos que éstos determinan, pautándose que toda competencia no atribuida a ella corresponderá a los Estados Miembros; b) que las decisiones políticas se adopten en el contexto más cercano al ciudadano para obtener el mayor grado de eficacia posible, por lo que el ente comunitario, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, intervendrá sólo en caso y en la medida de que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros, ni en el nivel central ni en los niveles regional o local; y c) por virtud del tercero y el cuarto principios, que el contenido y la forma de la acción de la entidad comunitaria no excedan de lo necesario para alcanzar los objetivos del tratado constitutivo.

8. En el marco de análisis del derecho comparado, y dentro de los anunciados límites, habría que tener presente la praxis del Comité de las Regiones en Europa (para la eventual extrapolación de algunas de sus pautas ante una hipotética vinculación comunitaria más intensa que la que hoy caracteriza al Mercosur), órgano que resulta útil como instancia de articulación, contención y participación de las entidades subestatales en el proceso comunitario europeo; estructura armonizadora de los intereses regionales y locales; y matriz facilitadora de intercambios regionales para el desarrollo de aquéllas.

La principal labor del Comité gira al compás de su rol *consultivo*, fundamentalmente en el plano de los dictámenes preceptivos que brinda al Consejo, la Comisión y el Parlamento y los que *motu proprio* puede realizar. Ya en cuanto a la esfera *política*, su actividad se orienta a allanar la aplica-

¹⁰¹ Sobre el particular, ver BARÓN KNOLL DE BERTOLOTTI, Silvina, "La provincia en los procesos de integración. Relaciones del Estado Nacional y las provincias con el Mercosur", *Derecho público provincial y municipal*, Vol. 1, cit., pp. 181/199.

¹⁰² Ver sobre el punto, el art. 1.6 del TL, que introduce el art. 3 ter del TUE, fuente de la que se han extraído algunas pautas para perfilar los principios de *atribución* (al que también se refiere el art. 1.5 del TL, que deroga el art. 3 e incorpora el art. 3 bis del TUE), *subsidiariedad* y *proporcionalidad* volcadas en el texto.

ción de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en la Unión Europea.

Por último, el Tratado de Lisboa –que, de lograr en algún momento su efectiva plasmación, esencialmente modificará al TUE y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (que pasará a denominarse Tratado de Funcionamiento de la UE)–, consagra ciertas premisas relevantes para los entes territoriales, por ejemplo: la inclusión de la denominada “cohesión territorial” (paralelamente a la cohesión económica y social) como finalidad de la Unión; el reconocimiento del respeto por parte de ésta de la autonomía local y regional; y el mantenimiento del protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, reconociéndosele legitimación al Comité de las Regiones para interponer recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión por violación al principio de subsidiariedad, órgano aquel que también recepta habilitación para actuar ante dicho Tribunal en defensa de sus prerrogativas.

9. Algunas posibilidades actuales y prospectivas de articulación y actuación en el dominio del Mercosur que van apareciendo o afianzándose para estados o provincias; regiones; municipios, departamentos y ciudades, pueden localizarse en el Parlamento del Mercosur; el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del Mercosur, y la red denominada “Mercociudades”, específicamente para ciudades y municipios.

En lo tocante al Parlamento del Mercosur, una vez que se consolide, debería mantener un constante y fluido diálogo con los Poderes Legislativos nacionales (principalmente en el caso argentino a través de la Cámara de Senadores, que deberá revitalizarse y asumir cabalmente su rol como interlocutora y defensora de los intereses provinciales), para que entre otras cuestiones y supuesto el avance del esquema hacia etapas más intensas de relacionamiento, se preserven los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y puedan aquellos órganos nacionales comunicar fundadamente al Parlamento mercosureño y al resto de las instituciones competentes, que en casos concretos existe el riesgo de que determinados proyectos normativos de la estructura integrativa vulneren la premisa de subsidiariedad, que en retroalimentación con la de proporcionalidad coadyuva a mitigar la tendencia centralista del proceso de integración.

Por su parte, tanto el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos en el ámbito del Mercosur, como la red “Mercociudades” –por supuesto, cada uno de ellos conforme a sus posibilidades materiales y esferas competenciales–, constituyen iniciativas plausibles para lograr cauces de vinculación y participación de las entidades subestatales en el proceso mercosureño, y espacios para facilitar la cooperación horizontal entre ellas y con miras a un desarrollo más equilibrado que disminuya las disparidades y los desequilibrios económicos, sociales y territoriales.

10. En punto a la intervención de las colectividades territoriales en la denominada fase *ascendente*, podrían por ejemplo y *mutatis mutandi*, tenerse en cuenta la experiencia alemana (también contenida en la Constitución austríaca) que prefigura la actuación de los *Länder* en la etapa de celebración de los tratados internacionales que pueden afectar su competencia o intereses; y la figura del *Ländersbeobachter*, u observadores de los *Länder*, que toma parte como miembro de la delegación alemana al Consejo de Ministros de las sesiones que aborden temas que afecten a los *Länder*.

Ya en relación con la fase *descendente* de aplicación y desarrollo del derecho comunitario derivado dentro del Estado, por varias razones se abren distintas perspectivas para las entidades subnacionales. Así, ilustrativamente, cabría recordar un dato fáctico que marca que la mayor parte de la normativa comunitaria se ejecuta en éstas, con lo cual, es particularmente relevante su intervención en la correspondiente etapa aplicativa. De su lado, y con no menor trascendencia, aparece otro aspecto de la cuestión y que estriba en que en el plano comunitario las “directivas” fijan lineamientos generales dejando sitio para su desarrollo ulterior por parte de las instancias estatales internas, área en la que puede germinar una vía cierta de participación de los entes locales en equilibrada coordinación con los Estados Nacionales.

Ciertamente, y de su lado, la actuación de los niveles infraestatales en los procesos de adopción de decisiones en la estructura comunitaria sobre materias de competencia de aquéllos o susceptibles de afectar sus intereses, puede ser: *directa*, mediante la presencia de representantes en las instituciones u órganos de ésta; e *indirecta*, por medio de diversos mecanismos internos para influir en la posición que ante la órbita supranacional adopte el Estado al que pertenecen.

11. Para terminar, y aunque aparezca desconectado del tema central que abordamos en el presente trabajo, nos permitimos mencionar que cualquiera fuera la decisión que se tome para gobernar el futuro del Mercosur, en éste –como en cualquier proceso de integración– será siempre relevante todo cuanto se haga para compatibilizar eficiencia técnica con democracia¹⁰³, en orden a procurar la convergencia de una modulación no traumática de las relaciones que genera la tensión mercado, por una parte, y democracia y derechos humanos, por la otra.

Insistimos en la necesidad de *no obviar la dimensión humanista de los fenómenos integrativos*, pues en paráfrasis de MONNET –ideólogo de la integración europea–, con la comunitariedad no se persigue la mera coalición de Estados, sino la unión de hombres¹⁰⁴, debiendo desterrarse la percep-

¹⁰³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El Derecho Universal. Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2001, p. 95.

¹⁰⁴ La frase textual es: “No coaligamos Estados, unimos hombres”; aludida por OREJA AGUIRRE, Marcelino, en VEGA MOCOROA, Isabel (coordinadora), *La integración económica europea*, Prólogo, Lex Nova, Valladolid, 1996, p. 15.

ción que indica que la perspectiva crematística es la única válida y posible para visualizar los procesos de integración.

Así, derechos humanos y democracia son recaudos jurídica y axiológicamente imprescindibles en cualquier intento serio de integración supranacional, y sustento esencial de su legitimidad¹⁰⁵.

Finalmente, y como enseña FRÍAS, la integración evitará que quedemos más solos en un mundo más unido, pero la integración es el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos y personas, con su propia identidad¹⁰⁶; premisa irrecusable si verdaderamente se desea transitar con provecho los *nuevos senderos del federalismo*¹⁰⁷ en los pliegues del proceso comunitario.

¹⁰⁵ Ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en “El Mercosur en prospectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales”, *El Derecho*, 10 de diciembre de 1998, Buenos Aires, pp. 10/16.

¹⁰⁶ FRÍAS, Pedro. J., “Las responsabilidades morales y políticas”, *Los Breviarios del Siglo XXI*, Córdoba, sin fecha de edición.

¹⁰⁷ La frase que cierra el trabajo está obviamente tomada del título de la obra de LA PERGOLA, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

BLANCA

CRÓNICAS

BLANCA

**MEMORIA DE PRESIDENCIA
CORRESPONDIENTE AL PERÍODO ESTATUTARIO
2005-2007¹
ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y CIENTÍFICAS**

1. ***Primer Seminario sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Participación de la Argentina en los procedimientos de la Organización Mundial del Comercio***, organizado por la Sección de Relaciones Internacionales, se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata los días 25 y 26 de noviembre de 2005. El Seminario contó entre sus expositores con especialistas de la Dirección de Solución de Controversias de la Cancillería y de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación y tuvo como destinatarios a productores, empresarios, exportadores, funcionarios gubernamentales, profesionales y estudiantes de derecho, ciencias económicas, comercio internacional y ciencias agrarias. El seminario fue dirigido por el Dr. Ariel Ricardo Mansi (Director de la Sección de Relaciones Internacionales) y la apertura del mismo estuvo a cargo de Armando Daniel Abruza (Presidente de la A.A.D.I.) y del Dr. Miguel Cauhepé (Director del Posgrado en Producción Vegetal de la Facultad de Ciencias Agrarias de la Universidad Nacional de Mar del Plata). Los temas tratados y los expositores fueron: *La Organización Mundial del Comercio: Fenómeno político, económico y judicial. Camino recorrido desde el GATT (1947) hasta el establecimiento de la OMC (1994). Estructura institucional de la Organización y funcionamiento*, Dr. Jorge T. Pereira (Director de Solución de Controversias Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto - MRECIC) y Dr. Guillermo A. Tito (Secretario de la Sección de Relaciones Internacionales de la A.A.D.I.); *El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC: El procedimiento ante la OMC. Características y particularidades (rule oriented vs political oriented)*, Dr. Pedro F. Negueloaetcheverry (Master en Derecho de la Unión Europea, Universidad Carlos III de Madrid); *La solución de diferendos y la fragmentación*

¹ Se mencionan seguidamente sólo los puntos referidos a las actividades académicas y científicas de la Asociación, contenidos en la Memoria de Presidencia aprobada por la Asamblea Ordinaria el día 29 de septiembre de 2007 en Mar del Plata, en ocasión de la realización del XIX Congreso Ordinario de la A.A.D.I.

del derecho internacional: Caso Chile - Pez espada, Dr. Ariel Ricardo Mansi; *El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC: Influencia que ejercen los informes los paneles sobre la negociación de la Ronda Doha. El sistema del precedente*, Dr. Ariel R. Ibáñez (Asesor legal del Instituto de Negociaciones Agrícolas Internacionales - INAI); *Organismos Genéticamente Modificados. El marco normativo Argentino*, Dr. Moisés Burachik (Coordinador General de la Oficina de Biotecnología de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos - SAGPyA); *Explicación de casos reales en los que la Argentina ha participado o son de interés para empresas o productores*, Dr. Esteban Morelli (Dirección de Solución de Controversias Económicas Internacionales del MRECIC); *Caso Comunidad Europea - Organismos Genéticamente Modificados (Moratoria aplicada por la Unión Europea a los cereales y oleaginosas transgénicos)*, Dr. Gustavo Méndez (Dirección de Solución de Controversias Económicas Internacionales del MRECIC); *Caso Chile - Bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicadas a determinados productos agrícolas. Caso Estados Unidos - Subvenciones al algodón*, Lic. Julia Pan (Dirección de Solución de Controversias Económicas Internacionales del MRECIC); *Casos sobre temas pesqueros: Comunidad Europea - Sardinias, Estados Unidos - Camarones, Australia - Salmón*, Dr. Pedro F. Negueloaetcheverry y Dr. Esteban Morelli. Participaron en calidad de moderadores las Dras. Mariela Calderón y Dominique Arnaud (Miembros titulares de la A.A.D.I.).

2. Disertación del Secretario General de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Profesor van Loon, llevada a cabo el 9 de mayo de 2006 en el Salón Verde de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; fue organizada conjuntamente por la Sección de Derecho Internacional Privado y la Asociación de Alumnos de la Academia de la Haya.

3. Seminario "Las regiones polares: aspectos internacionales", organizado por la Sección de Relaciones Internacionales y la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, tuvo lugar en el Museo Marítimo de la ciudad de Ushuaia el 28 de mayo de 2006, en el marco de la *ECOPOLAR USHUAIA 2006*, actividad preparatoria del Año Polar Internacional 2007-2008. Los temas abordados y los disertantes fueron: *Los escenarios del Año Geofísico Internacional (1957-1958) y del Año Polar Internacional (2007-2008)*, Emb. Juan Carlos Beltramino (Miembro titular de la A.A.D.I.); *El Sistema del Tratado Antártico*, Armando Daniel Abruza (Presidente de la A.A.D.I.); *La Secretaría del Tratado Antártico y su relación con el Año Polar Internacional*, Sr. Johannes Huber (Secretario Ejecutivo del Tratado Antártico); *Particularidades de las regiones polares*, Dr. Ariel Ricardo Mansi (Director de la Sección de Relaciones Internacionales). El día 22 de febrero de 2007, en el acto realizado en el Palacio San Martín con motivo de la conmemoración del Día de la Antártida Argentina y del lanzamiento del Año Polar Internacional 2007-2008, el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Lic. Jorge Taiana, elogió la realización de

la *ECOPOLAR USHUAIA 2006*. Al respecto, el suscripto recibió una nota de fecha 23 de febrero de 2007, enviada por el Secretario Ejecutivo de la Comisión Organizadora del Año Polar Internacional, de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en la cual expresa su satisfacción por las expresiones vertidas por el Canciller y agradece el aporte académico y científico de la A.A.D.I. en ocasión de la realización de las actividades antes mencionadas.

4. Jornada de actualización en temas de derecho internacional humanitario y derechos humanos, organizada por la Sección de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, fue realizada en San Juan el día 30 de mayo de 2006. Los temas de las disertaciones y los expositores correspondientes fueron: *Actualidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos humanos. Vinculación derecho interno - derecho internacional*, Dr. Víctor Bazán (Director de la Sección de Derechos Humanos); *¿Existe el derecho a la legítima defensa preventiva? Algunas reflexiones sobre el caso iraní*, Dr. Alejandro Consigli (Miembro titular de la A.A.D.I., Rector de la Universidad Austral).

5. Jornadas Preparatorias de las VI Jornadas de Derecho Internacional Privado, Dedicadas al Profesor Doctor Alberto Juan Pardo, llevadas a cabo en el Instituto de Derecho Internacional del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, el día 5 de Julio de 2006, bajo la dirección del Dr. Roberto Armando Vicario (Director de Sección). Fueron organizadas por la Sección de Derecho Internacional Privado conjuntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

6. VI Jornadas de Derecho Internacional Privado dedicadas al Profesor Doctor Alberto Juan Pardo, organizadas por la Sección de Derecho Internacional Privado y la Comisión de Derecho Internacional del Colegio de Abogados y Procuradores, Primera Circunscripción Judicial, de la ciudad de Mendoza; fueron realizadas en la sede del mencionado Colegio los días 4 y 5 de agosto de 2006. La presentación general estuvo a cargo del Dr. Pablo Enrique Rosas (Director de la Comisión de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza) y la presentación de las Jornadas estuvo a cargo del Dr. Roberto Armando Vicario (Director de la Sección de Derecho Internacional Privado de la A.A.D.I.). El relato *Cooperación Jurisdiccional internacional en Conflictos Relativos a los Niños (Desplazamientos y retenciones ilícitas, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos)* fue expuesto por la Dra. María Susana Najurieta (Miembro titular de la A.A.D.I.). También disertaron los Dres. Ignacio Goicoechea (Oficial Letrado para América Latina de la Conferencia de La Haya de derecho Internacional Privado) y la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci (Miembro de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza).

7. Jornadas 2006 de Derecho Internacional, organizadas conjuntamente por la Organización de Estados Americanos (OEA), el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina y la Universidad Austral, tuvieron lugar en Buenos Aires del 14 al 17 de noviembre de 2006. La Asociación Argentina de Derecho Internacional, representada por su Presidente, integró el Comité Académico de las Jornadas junto con el Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho, el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y la Rama Argentina del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI). La reunión congregó a un grupo de distinguidos profesores de derecho internacional público y privado de las Américas con el fin de discutir diferentes aspectos relativos a la temática actual de ambas ramas del derecho, los recientes desarrollos jurídicos en el Sistema Interamericano, la actualización de los planes de estudios y así, con ello, contribuir al logro de un mejor relacionamiento entre docentes e instituciones académicas del Continente.

8. Ciclo de Conferencias "Mercosur mirando al futuro: Aspectos jurídicos, económicos y sociales", organizado en forma conjunta por la Sección de Derecho de la Integración y la Sección de Derecho Internacional Público, se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba los días 17 y 18 de noviembre de 2006. Contó con el auspicio de la citada Facultad, el Colegio de Abogados de Córdoba, el Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNC y ECSA Argentina. El acto de apertura estuvo a cargo de los Dres. Verónica Zamzem, Arturo Pagliari y Armando Daniel Abruza. Los temas y expositores fueron: *El Mercosur como estrategia de inserción económica y comercial en el mundo: perspectivas*, Dr. Carlos Vido Kesman (Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba); *Política migratoria del Mercosur*, Dra. Ada Lattuca (Miembro titular de la A.A.D.I.); *Sistema de solución de controversias en el Mercosur*, Dra. Laura Aguzin (Universidad Nacional del Litoral); *La incidencia de la incorporación de nuevos Estados al Mercosur*, Dr. Luis Savid Bas (Miembro titular de la A.A.D.I.) y *El derecho internacional privado y el Mercosur*, Dra. Amalia Uriondo de Martinoli (Miembro titular de la A.A.D.I.). La dirección del ciclo estuvo a cargo de los Dres. Verónica Zamzem (Directora de la Sección de Derecho de la Integración) y Arturo Pagliari (Director de la Sección de Derecho Internacional Público). Participaron en calidad de coordinadores los Dres. Alberto César Moreira (Secretario de la Sección de Derecho Internacional Público) y Adriana Zavatti de Rougier (Secretaria de la Sección de Derecho de la Integración).

9. Jornada sobre la Jurisdicción penal internacional. Desarrollos y perspectivas, organizada por la Sección de Derecho Internacional Público, tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata el día 15 de diciembre de 2006 y fue coordinada por los Dres. Alberto César Moreira y Adriana Castelanelli (Secretario y Vocal, respectivamente, de la Sección). La apertura estuvo a cargo del Dr. Miguel Ángel Acosta (De-

cano de la Facultad de Derecho de la UNMdP) y de Armando Daniel Abruza (Presidente de la A.A.D.I.). Los temas de las conferencias y los expositores fueron: *La responsabilidad penal del individuo en el plano internacional. Los principios del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal en el estatuto de la Corte Penal Internacional*, Dr. Ricardo Silvio Favarotto (Profesor de la Universidad Nacional de Mar del Plata); *Las fuentes del derecho internacional público a la luz del derecho aplicable por la Corte Penal Internacional*, Dr. Arturo S. Pagliari (Director de la Sección de Derecho Internacional Público); *El aporte de los tribunales internacionales ad hoc a la caracterización de los crímenes internacionales del individuo*, Dr. Miguel A. Longone (Consejero Jurídico de las Naciones Unidas - Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia - Fiscalía).

10. Jornadas preparatorias de la Sección de Derecho Internacional Privado del XV Congreso Argentino de Derecho Internacional, realizadas en homenaje al Profesor Gualberto Lucas Sosa, tuvieron lugar en la Casa de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata los días 4 y 5 de mayo de 2007. La dirección estuvo a cargo del Dr. Roberto Armando Vicario (Director de la Sección) y el tema "*Insolvencia Patrimonial Internacional*" fue expuesto por el Dr. Carlos Echegaray de Maussion (Prosecretario de la A.A.D.I.). En carácter de coordinadora, participó la Dra. Liliana Etel Rapallini (Miembro titular de la A.A.D.I. y Vocal de la Sección).

11. Jornada sobre el derecho internacional en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, llevada a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el día 22 de junio de 2007, bajo la dirección de los Dres. Ernesto J. Rey Caro y Zlata Drnas de Clément. La apertura estuvo a cargo de los Dres. Zlata Drnas de Clément, Arturo Pagliari y Armando Daniel Abruza. Los temas de las disertaciones y los expositores correspondientes fueron los siguientes: *Tratados de derechos humanos incorporados en la Constitución Nacional*, Dr. Arturo Pagliari (Director de la Sección de Derecho Internacional Público); *Jerarquía de los tratados internacionales*, Dra. Graciela Rosa Salas (Miembro titular de la A.A.D.I.); *Ius cogens*, Dra. Zlata Drnas de Clément (Miembro titular de la A.A.D.I.); *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de tratados sobre derechos humanos*, Dr. Ricardo Haro (Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba); *Derecho interno - derecho internacional*, Dr. Víctor Bazán (Director de la Sección de Derechos Humanos); *Crímenes de lesa humanidad*, Dra. María Cristina Rodríguez (Miembro titular de la A.A.D.I.); *Caso Arancibia Clavel*, Mgr. Susana Sartori (Miembro titular de la A.A.D.I.). Participaron en calidad de moderadores las Dras. Susana Galván y Esther Mathieu (Miembros titulares de la A.A.D.I.).

12. Seminario "Usos pacíficos de la energía nuclear", organizado por la Sección de Relaciones Internacionales, tuvo lugar en la Facultad de Dere-

cho de la Universidad de Buenos Aires el día 22 de agosto de 2007. El seminario contó con la dirección del Dr. Ariel Ricardo Mansi (Director de la Sección de Relaciones Internacionales) y la apertura del mismo estuvo a cargo de los Dres. Armando Daniel Abruza (Presidente de la A.A.D.I.) y Miguel Ángel Ciuro Caldani (Miembro titular de la A.A.D.I.), en representación del señor Decano de la Facultad de Derecho de la UBA. Los temas abordados y expositores fueron: *Panorama general de la política de no proliferación. La política exterior argentina en materia de energía nuclear y de no proliferación*, Embajadora Elsa Kelly (Directora de Seguridad Internacional, Asuntos Nucleares y Espaciales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto); *Aplicaciones de la energía nuclear*, Ing. Francisco Carlos Rey (Vicepresidente de la Comisión Nacional de Energía Atómica - CNEA); *Aspectos de seguridad de la energía nuclear*, Dr. Raúl Oscar Racana (Presidente del Directorio de la Autoridad Regulatoria Nuclear - ARN); *Normas, Política y Poder en el Organismo Internacional de Energía Atómica*, Embajador Juan Carlos Beltramino (Miembro titular de la A.A.D.I.); *Régimen internacional de la no proliferación nuclear: Tratados. El Tratado de No Proliferación (TNP). El Tratado de Tlatelolco. El Acuerdo entre Argentina y Brasil*, Lic. Sonia Fernández Moreno (Coordinadora del Comité de Política Nuclear - Gerencia de Asuntos Nucleares de la ARN); *Régimen internacional de la no proliferación nuclear: Instrumentos. El régimen global de salvaguardias internacionales y la no proliferación nuclear*, Lic. Sonia Fernández Moreno; *El control de exportaciones nucleares en la República Argentina*, Lic. Gabriel E. Terigi (Sub-Gerente de Comunicación Institucional - Gerencia de Asuntos Nucleares de la ARN). Participaron en calidad de moderadores los Dres. José Dobovsek (miembro titular de la A.A.D.I.), Elisabeth Ostachi (Miembro Asociado de la A.A.D.I.) y Guillermo A. Tito (Secretario de la Sección de Relaciones Internacionales).

13. XV Encuentro de Especialistas en el Mercosur - IX Encuentro Internacional de Derecho de la Integración, realizados en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario los días 6 y 7 de septiembre de 2007, organizados conjuntamente por la citada Facultad de Derecho, el Colegio de Abogados de Rosario, ECSA Argentina y la Sección de Derecho de la Integración de la A.A.D.I.; fueron coordinados por el Dr. Jorge Stähli. En esta ocasión se abordaron los siguientes temas: *La ampliación de los Bloques Económicos y Comercio Internacional; Mercosur y Unión Europea; Políticas y Derecho Medioambiental; Mercosur cultural y educativo*.

14. Campaña Antártica 2007. El suscripto, en su carácter de Presidente de la Asociación, fue invitado por la Dirección Nacional del Antártico, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, a participar de la Campaña Antártica 2007, en reconocimiento de la actividad científica llevada a cabo por la A.A.D.I. en el "Año de la Antártida Argentina", a través del Simposio científico-jurídico que tuvo lugar en Ushuaia el 8 y 9 de octubre de 2004. Con tal motivo, a fines de marzo y comienzos de abril de 2007, durante dos semanas navegó 2.049

millas náuticas a bordo del Rompehielos "A.R.A. Almirante Irizar" y visitó las Bases argentinas Marambio, Esperanza y Jubany, en las cuales hizo entrega a los respectivos Jefes de Base, de sendos ejemplares de la obra "A cien años de la presencia permanente e ininterrumpida de la Argentina en la Antártida", publicada el año 2006 en forma conjunta por la Asociación y la Legislatura de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, los que fueron incorporados a las bibliotecas de las Bases mencionadas. También hizo lo propio a bordo del buque, entregando ejemplares del libro al Capitán de Navío Guillermo Tarapow y al Comandante Conjunto Antártico, Capitán de Navío Antonio Losada. El Consejo Directivo felicitó al Presidente por la actividad desarrollada en la Antártida Argentina en representación de la A.A.D.I.

15. XIX Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - XV Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Carlos Bernardo Guastavino - Dr. Gualberto Lucas Sosa", que están desarrollándose en Mar del Plata del 27 al 29 de septiembre de 2007, fueron preparados por la Comisión Organizadora presidida por el suscripto e integrada por las Dras. Adriana Castelanelli (Secretaria), Elisabeth Ostachi y Carla Yacomini (Vocales).

De acuerdo con lo resuelto por el Consejo Directivo en la reunión realizada en Córdoba el 18 de noviembre de 2006, los temas científicos a tratar por las Secciones y los Relatores designados a tal fin, los cuales se comunicaron a todos los miembros mediante circular del mes de diciembre de 2006, fueron: Sección de Derecho Internacional Público: "El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Dra. Zlata Drnas de Clément; Sección de Derecho Internacional Privado: "Insolvencia internacional. Perspectivas desde el derecho internacional privado argentino", Dra. María Elsa Uzal; Sección de Relaciones Internacionales: "Nuevos desafíos y conflictos de intereses en el aprovechamiento de los recursos vivos del mar", Dr. Armando Daniel Abruza; Sección de Derecho de la integración: "Los marcos jurídicos convencionales y el desarrollo de los procesos de integración en América Latina", Dr. Luis Ignacio Savid Bas; Sección de Derechos Humanos: "La judicialización en el derecho internacional de los derechos humanos", Dr. Fabián Omar Salvioli; Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional: "Implementación del método de casos en la enseñanza del derecho internacional", Dra. Graciela E. Chalita.

También el Consejo Directivo aprobó por unanimidad la sugerencia del suscripto para que en ocasión del acto de apertura de los Congresos, el día jueves 27 a las 10 hs., se dicte la conferencia "A 200 años de la Reconquista y Defensa de Buenos Aires", a cargo de la Dra. María Luz González Mezquita (Decana de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Mar del Plata) y el Lic. Guillermo Rossi (Miembro titular de la A.A.D.I.), a efectos de evocar la valerosa participación de españoles y crios-

llos de ambas márgenes del Río de la Plata en los acontecimientos de 1806 y 1807.

El *XV Congreso Argentino de Derecho Internacional* se realiza en memoria de los Dres. Carlos Bernardo Guastavino y Gualberto Lucas Sosa y ha sido declarado de Interés Legislativo y de Interés Provincial por el Honorable Senado y el Gobierno, respectivamente, de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo fue declarado de Interés Académico por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

PUBLICACIONES:

1. *Anuario Argentino de Derecho Internacional.* Durante el período de esta Memoria se editaron los Volúmenes XIV (2005) y XV (2006) del Anuario Argentino de Derecho Internacional, cabiendo destacar el permanente esfuerzo de los Dres. Ernesto J. Rey Caro y Zlata Drnas de Clément y el de todos los integrantes del Comité de Redacción.

El Volumen XIV (ISBN 987-1261-12-8) se terminó de imprimir en noviembre de 2005, en M.E.L. Editor, Urca, Córdoba, y el Volumen XV (ISBN 978-987-96143-1-0), en la segunda quincena de mayo de 2007, en los talleres gráficos de "LA LEY" S.A.E. e I., Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, con una tirada de 400 ejemplares.

2. *A cien años de la presencia permanente e ininterrumpida de la Argentina en la Antártida.* El libro fue publicado en forma conjunta por la Legislatura de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y la Asociación Argentina de Derecho Internacional (ISBN 987-20182-2-7), en septiembre de 2006, con una tirada de 1.000 ejemplares. El coordinador y compilador de la obra fue Armando Daniel Abruza, quien integró el Comité de Redacción junto con los Miembros Titulares Juan Carlos M. Beltramino y Ariel Ricardo Mansi. La presentación del libro estuvo a cargo del último de los nombrados y fue efectuada el día 18 de noviembre de 2006 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, en ocasión de la realización del *Ciclo de Conferencias "Mercosur mirando al futuro: Aspectos jurídicos, económicos y sociales"*, organizado en forma conjunta por la Sección de Derecho de la Integración y la Sección de Derecho Internacional Público.

Mar del Plata, septiembre de 2007

ARMANDO DANIEL ABRUZA

Presidente de la A.A.D.I.

CONCLUSIONES DE LAS DISTINTAS SECCIONES

**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL
XIX CONGRESO ORDINARIO y XV Congreso Argentino de Dere-
cho Internacional “Dr. Carlos Bernardo Guastavino – Dr. Gual-
berto 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 titu-
lado “*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 internacio-
nal público valoradas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo
Arancibia Clavel*” (Marta Susana Sartori), * “*Jurisprudencia de la CSJN relati-
va 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 empre-
sas 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 Argenti-
na 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 Interna-
cional, 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 acarreó 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 modificacio-

nes 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 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 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 arrojan 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 Transporte 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 crea-

ción 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 cambio 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 derecho 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-críticamente 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 protectiva, 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.

