

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

La Asociación Argentina de Derecho Internacional agradece a:
Banco del Suquía y
Manuel Augusto Ferrer
por su generosa contribución para esta publicación.

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

Anuario Argentino de Derecho Internacional

XI

2001-2002

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

© Asociación Argentina de Derecho Internacional
Queda hecho el depósito que prevé la Ley 11.723

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director

Ernesto J. Rey Caro

Consejeros

Calixto Armas Barea
Miguel Ángel Ciuro Caldani
Aldo Armando Cocca
Horacio Daniel Piombo
Luis I. Savid Bas
Amalia Uriondo de Martinoli

Secretaría

Zlata Drnas de Clément

Dirección, redacción y correspondencia:

Casilla de Correo 749
5000 - Córdoba - República Argentina

Los trabajos publicados expresan las opiniones personales
de sus autores y la Dirección no se identifica con ellas.

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

Presidente:	Amalia Uriondo de Martinoli
Vicepresidente:	Juan C. M. Beltramino
Secretaria:	Graciela R. Salas
Prosecretaria:	Frida Armas Pfirter
Tesorero:	Jorge A. Giner
Protesorero:	Carlos Guastavino
Consejeros:	Enrique Ferrer Vieyra Armando D. Abruza Alberto M. Sánchez Gustavo E. Barbarán Susana E. Torres Jorge Stähli Ernesto J. Rey Caro

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Director: Julio Barboza

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Directora: María Elsa Uzal

SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES

Directora: Lilitiana Elisabet Bertoni

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Directora: Iris Mabel Laredo

SECCIÓN METODOLOGÍA DE LA ENSEÑANZA

Director: Roberto Vicario

SECCIÓN DERECHOS HUMANOS

Director: Fabián Omar Salvioli

ÍNDICE GENERAL

LAS CONTRAMEDIDAS DE ESTADOS "TERCEROS" POR VIOLACIÓN A CIERTAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES por Cesáreo Gutiérrez Espada	15
PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL. INCOHERENCIAS SISTÉMICAS por Zlata Drnas de Clément	51
LA COOPERACIÓN Y EL ÚLTIMO CONVENIO APROBADO POR ARGENTINA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA por Adriana Dreyzin de Klor - Teresita Saracho Cornet	91
UN NOVEDOSO PASO EN EL CAMINO DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA INTERAMERICANA por Jan Kleinheisterkamp - Diego P. Fernández Arroyo	107
JUDICIALIZACIÓN Y SECTORIALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL por Ana Gemma López Martín	145
HIERARQUIA CONSTITUCIONAL E INCORPORAÇÃO AUTOMÁTICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMIENTO BRASILEIRO por Valerio de Oliveira Mazzuoli	177
JURISPRUDENCIA	
Laudo sobre el Tratamiento arancelario intrazona en el mercosur. por Amalia Uriondo de Martinoli	213
LEGISLACIÓN	
Convenios Internacionales aprobados por la República Argentina - Período 30-04-2000 al 31-10-2001. Sistematización a cargo de María Alejandra Sticca	229

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Iberoamérica ante los Procesos de Integración Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Boletín Oficial del Estado. UEX Universidad de Extremadura. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales. Madrid 2000. 381 páginas. 247

AA.VV., Jornadas de Derecho Internacional, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C. 2000, 414 páginas. 248

AA.VV., Cuaderno de Derecho Pesquero, Servicio de publicaciones de la Fundación Pedro Barrié de la Maza. La Coruña. España. 368 páginas. Sin fecha de publicación 250

AA.VV., Liber Amicorum In Memoriam of Judge José María Ruda, Kluwer Law International. Holanda. 2000, 626 páginas en inglés, francés y castellano. 252

BARBOZA, Julio. Derecho Internacional Público. 1ª reimpresión. Zavalía Editor. Buenos Aires, 2001. 750 páginas. 254

BERTONI, Liliana. MERCOSUR, Cláusulas de Salvaguardia y Fallos Arbitrales. Editorial Dunken. Buenos Aires. 2000. 239 páginas. 258

DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel (coord.). Reflexiones en Torno al Tratado de Amsterdam y el Futuro de la Unión Europea. Editorial Comares, Granada, 2000, 287 páginas. 259

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, TIZZANO Antonio, ALONSO GARCÍA Ricardo. Código de la Union Europea. Civitas. Madrid, 2000. Segunda edición 860 páginas. 261

Instituto Hipano - Luso - Americano de Derecho Internacional, Anuario Hipano - Luso - Americano de Derecho Internacional 15, Editor S.A., Madrid, 2001. 263

LLANOS MARDONES, Ignacio, El Derecho de la Delimitación Marítima en el Pacífico Sudeste, Ril Editores. Santiago de Chile, 1999. 265

LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad. Ariel Derecho. Barcelona, 2001. 307 páginas. 266

MARCHISIO, Sergio, L' ONU. Il Diritto delle Nazione Unite, ediciones Il Mulino, Bologna, 2000, 446 páginas. 269

MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio, La Solución de Controversias en el Mercado Común del Sur (Mercosur), Estudios de sus Mecanismos, Tórculo Edicións. Colección de estudios internacionales. Santiago de Compostela, España, 2000. 270

MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho Procesal Civil Internacional. Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. Colombia. 2001. 272

PIOMBO, Horacio Daniel. Tratado de la Extradición (Internacional e Interna), Volumen II. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1999. 273

PONTE IGLESIAS, María Teresa, Conflictos Armados, Refugiados y Desplazados Internos en el Derecho Internacional Actual, Tórculo Edicións, Colección Estudios Internacionales, Santiago de Compostela, 2000, 285 páginas. 278

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

PUENTE EGIDO, José. Casos Prácticos de Derecho Internacional Público. 3ª edición. Ed. Kadmos. Salamanca, 2000. 485 páginas.	282
RIQUELME CORTADO, Rosa. La Reforma del Consejo de Seguridad de la ONU. El Incremento de sus Miembros y su Más Adecuada Representación Equitativa. Cuadernos Internacionales 1. Universidad Autónoma de Madrid. Ed. Dykinson. Madrid, 2000. 149 páginas.	284
SCOVAZZI, Tullio (ed.). The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta. Università degli Studi di Milano – BICOCCA – Facoltà di Giurisprudenza. Giuffrè Editore. Milano, 2001. 481 páginas.	286
SCOVAZZI, Tullio, Corso di Diritto Internazionale. Parte I Caratteri generali ed evoluzione della comunità internazionale, Guiffré editore Milano. 2000, 225 páginas, en italiano	289
RAZA, Werner G.- Recht auf Umwelt oder Umwelt ohne Recht (Derecho al Medio Ambiente o Medio Ambiente sin Derecho), Jahrbuch des Österreichischen Lateinamerika - Instituts-Band 4 (Anuario del Instituto Austriaco para América Latina, Volumen 4), Editorial Brandes & Apsel, Fankfurt, 264 páginas.	291
CRÓNICAS	
XVI CONGRESO ORDINARIO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL Y XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL "Dr. José Amadeo Conte-Grand", San Juan, 20 al 22 de septiembre de 2001	295

LAS CONTRAMEDIDAS DE ESTADOS “TERCEROS”
POR VIOLACIÓN DE CIERTAS OBLIGACIONES
INTERNACIONALES

Cesáreo Gutiérrez Espada*

I. Las Contramedidas cuando hay un Estado “lesionado”

1. En el marco de la elaboración del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad internacional del Estado, proceso concluido al fin en agosto de 2001 con la adopción del texto definitivo del Proyecto¹, el Relator Especial James CRAWFORD proponía que cuando el hecho ilícito quebrantaba una obligación internacional multilateral pero afectaba en particular a un Estado en concreto, la posibilidad de que Estados no lesionados desencadenaran contramedidas contra el Estado responsable sólo era admisible en determinados supuestos y en ciertas condiciones:

- En determinados supuestos, a saber, en los casos en los que los Estados terceros estuvieran “habilitados” para invocar la responsabilidad inter-

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia (España).

¹ Vid. infra nota 25.

nacional del culpable, es decir, Estados partes en un tratado para la protección de intereses colectivos quebrantado por el Estado autor del hecho ilícito y todos los Estados en el caso de la violación de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto². Se reparará que el Relator admite contramedidas de terceros no sólo en los casos de violación grave de las obligaciones internacionales fundamentales sino asimismo en los supuestos de violación (grave o no) de obligaciones multilaterales de otra naturaleza (las denominadas "colectivas"), y en los casos de violación (grave o no) de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto pero que no alcanzan carácter fundamental.

- Y con ciertas condiciones, que estriban en que los "terceros" se ven habilitados a tomar contramedidas pero sólo "en nombre del Estado lesionado, a su demanda, con su consentimiento y en los límites de su consentimiento"³.

² El Relator Especial propuso y la CDI ha acabado aceptando en su Proyecto definitivo de artículos (arts. 42 y 48) que en el caso de violación de determinadas obligaciones internacionales de carácter multilateral (convencionales o consuetudinarias) no sólo un Estado directa y particularmente afectado por la violación puede invocar la responsabilidad internacional del autor sino que asimismo pueden hacerlo (aunque no con el mismo alcance) otros Estados. En particular, cuando se trate de la violación de una obligación internacional establecida por un grupo de Estados para la protección de un interés colectivo, todos los Estados del grupo (por ejemplo, los Estados partes en un tratado internacional que establece un sistema regional de protección de los derechos humanos); y, en el caso de las obligaciones internacionales que se deben a la comunidad internacional en su conjunto, las que el TIJ (por ejemplo en el asunto sobre la Barcelona Traction en 1970, o en el caso de Timor Oriental en 1995) ha denominado *erga omnes* (como la prohibición de la agresión, del genocidio, las que consagran el respeto de los derechos humanos fundamentales o el derecho de los pueblos a su libre determinación (art. 48 del Proyecto de la CDI cit. [infra nota 25])).

³ J. CRAWFORD: *Troisième Rapport sur la responsabilité des Etats*. Doc.: A/CN.4/507/Add.4, 1 août 2000, pp. 1-34 (p. 21, párrafo 402). Asimismo en su p. 8 (párrafo 377), en la que el Relator se plantea la cuestión de que el Gobierno legal del Estado hubiera sido derrocado, hipótesis en la que sugiere deben aplicarse las normas internacionales en vigor sobre el reconocimiento de Gobiernos y las prácticas seguidas por las Organizaciones internacionales competentes, incluido el tema del reconocimiento de Gobiernos en el exilio (vid. ad ex. TALMOS, S.: *Recognition of Governments in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998).

El Relator propone así, en definitiva, una modificación del Proyecto (1996) en el sentido de limitar la posibilidad para Estados "terceros" (no

Pero el Relator aporta otras consideraciones de interés para precisar su pensamiento: "Bien entendido, tales contramedidas deberían respetar las condiciones puestas por el Estado lesionado mismo y su carácter 'colectivo' debería también ser reconocido (...). Además si el Estado responsable coopera con el Estado lesionado en la resolución de la diferencia, los demás Estados deberían respetar este proceso. Se puede alcanzar este resultado limitando la acción de los Estados 'terceros' a las contramedidas que hubieran sido legítimas si hubieran sido tomadas por el Estado lesionado mismo. Además (...) el comportamiento de cada uno de los Estados que toma tales medidas debería ser tenido en consideración en la estimación de la proporcionalidad" (doc.: A/CN.4/507/Add.4, p. 21, párrafos 401 y 402).

Estas ideas que CRAWFORD propone las conecta con cierta (y escasa desde luego) práctica internacional existente: "En fin (...) la reacción del Estado víctima parece haber sido considerada como jurídicamente pertinente, si es que no decisiva, para los demás Estados. Así, durante y la crisis de los rehenes en Teherán, los otros Estados (no el Reino Unido ni Estados Unidos) no han actuado sino a petición de éstos, las víctimas directas, y sólo en los límites de su papel. Cuando un Estado es víctima de una violación (y el interés de los demás en ésta, si existe, es sólo de carácter más general), parece apropiado que el Estado víctima se encuentre en posición de decidir si deben ser tomadas contramedidas y cuáles (...). Los Estados terceros no deberían poder, en efecto, intervenir en una diferencia adoptando contramedidas, si las partes principales desean resolverlas por otros medios" (doc.: A/CN.4/507/Add.4, p. 20, párrafo 400).

Y añade el Relator: "Hay aquí una analogía con la legítima defensa colectiva. En el asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (fondo), el Tribunal señaló que una acción en legítima defensa colectiva no podía ser emprendida por un Estado tercero, salvo a petición del primer beneficiario de la obligación (el Estado que sufrió el ataque armado) (...). El asunto de Nicaragua ha sido mencionado por el Tribunal en el asunto del proyecto Gabcíkovo-Nagymaros como siendo pertinente en relación con las contramedidas; esta analogía, aunque no decisiva, parece al menos razonable. Si un Estado A no puede actuar en el marco de la legítima defensa colectiva del Estado B sin el consentimiento de éste, no parece apropiado considerar que el Estado A pueda adoptar contramedidas (colectivas) en los casos en que el Estado B es víctima de una violación, sin tener en cuenta los deseos del Estado B. Por otra parte, si el Estado A, miembro de la comunidad internacional a la que la obligación se debe, no puede recurrir a contramedidas proporcionadas en nombre del Estado B, víctima de la violación, a éste se le deja sólo frente al Estado responsable, y una relación jurídica basada en una obligación multilateral se convierte en realidad, en el momento de su puesta en práctica, en una relación bilateral. Esto no parece aceptable en principio (doc.: A/CN.4/507/Add.4, p. 20, párrafo 400).

Obsérvese que el Relator va más allá, valiéndose de la analogía, de lo que fue el TIJ (en el mismo sentido y con la misma interpretación que de la decisión de la Corte apunto,

directamente lesionados) de adoptar contramedidas en el caso de violaciones de una obligación multilateral⁴. Propone en concreto un nuevo art. 50-A, que titula “contramedidas en nombre de un Estado lesionado”, en el que se indica:

“Cualquier otro Estado habilitado para invocar la responsabilidad de un Estado en virtud del art. 40. bis. 2 puede tomar contramedidas a petición y en nombre de un Estado lesionado, bajo reserva de las condiciones puestas por este Estado y en la medida en que este mismo esté habilitado para adoptar contramedidas⁵ .

Repárese de nuevo, lo repito, en que el Relator asigna un tratamiento a las contramedidas cuando hay un Estado directamente lesionado (lo que regula en el art. 50.A) que es diferente del previsto para supuestos en los que la violación no lesiona directamente en particular a ningún Estado, para lo que propone su art. 50.B, que examinaremos más tarde (infra párrafos 8-11); obsérvese también que el Relator, cuando hay un Estado lesiona-

OKOWA, PH.W.: “Defences in the jurisprudence of international tribunals”, *The reality of International Law. Essays in honour of Ian Brownlie*, edit. por G.S. Goodwin-Gill y S. Talmon, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 389-415 (pp. 408-409). Y es que la Corte se negó a admitir que los comportamientos de Estados Unidos en Nicaragua pudieran estar justificados como contramedidas contra este país por sus hechos contra El Salvador, puesto que “no podían justificar contramedidas de un tercer Estado, Estados Unidos” (la cursiva es mía; CIJ Recueil 1986, párrafo 127). El Relator James CRAWFORD da un paso más y, utilizando como analogía el concepto de legítima defensa colectiva, sugiere la conveniencia de permitir contramedidas de terceros (aunque sólo con el consentimiento del Estado directamente lesionado).

⁴ Troisième Rapport... Doc.: A/CN.4/507/Add.4 cit. (nota 3), pp. 14 ss. La intención declarada de limitar la adopción de contramedidas por Estados terceros vuelve a manifestarla el Sr. CRAWFORD tras la adopción por el Comité de Redacción del Proyecto de artículos en segunda lectura (doc.: A/CN.4/L.600 de agosto 2000), en su Cuarto Informe:

“(...) [Con todo] su efecto consiste en reducir [cursiva en el original] la medida en que se pueden adoptar contramedidas en interés de la comunidad, en comparación con el texto aprobado en primera lectura (art. 47 conjuntamente con el art. 40) (...)” (Cuarto Informe sobre la responsabilidad de los Estados. Doc.: A/CN.4/517, 2 abril 2001, pp. 1-31 (p. 23, párrafo 59), con un Apéndice de 16 pp. (con las enmiendas al Proyecto de artículos a la luz de las comentarios de los Gobiernos).

⁵ Troisième Rapport...doc.: A/CN.4/507/Add.4, pp. 26-27 (párrafo 413).

do, supedita las contramedidas de los Estados terceros a la decisión del Estado víctima sin distinguir ni diferenciar por tanto que el hecho internacionalmente ilícito afecte a una obligación multilateral sin más (colectiva o debida a la comunidad internacional en su conjunto) o, incluso, sea la violación grave de una obligación debida a la comunidad internacional y para la protección de sus intereses fundamentales. Si esta interpretación fuera correcta, el Estado tercero carecería, aún en esta última hipótesis, de voluntad propia para reaccionar, del modo siempre limitado por lo demás en que puede hacerlo, frente a la violación grave de obligaciones en cuyo respeto tiene un interés jurídico. No creo que sea coherente.

2. Cuando el Comité de Redacción adoptó en segunda lectura el Proyecto (agosto 2000) fundió en un solo artículo 54 los dos textos (arts. 50-A y 50-B) del Relator, ocupándose en el párrafo 1 del supuesto de las contramedidas de terceros siempre que haya un Estado directamente lesionado, y en el párrafo 2 de los casos en los que éste no aparece.

Así las cosas, el texto del art. 54 adoptado por el Comité pudiera interpretarse, creo, en el mismo sentido que el Relator había ya propuesto. Los Gobierno de Austria y Países Bajos así lo entendían (y criticaban) ⁶.

⁶ Países Bajos y Austria presuponen que de conformidad con el art. 54.1 del Proyecto (2000), siempre que hay un Estado lesionado, los terceros, en caso de violación de obligaciones para la comunidad internacional en su conjunto sean o no graves dependen de la decisión del Estado lesionado en lo que atañe a la adopción de contramedidas. Y esto no les parece, creo que con razón, "razonable" dado que al menos respecto de las violaciones graves de obligaciones erga omnes para la protección de los intereses esenciales de la comunidad internacional "todos" tienen un interés jurídico en verlas respetadas:

- Los Países Bajos, que califican las del art. 54 de "disposiciones (...) [de] naturaleza novedosa [que] respetan", "consideran que si el Estado responsable ha violado obligaciones erga omnes, el Estado directamente lesionado no puede frustrar el derecho de terceros Estados y/o de la comunidad internacional en su conjunto de adoptar contramedidas" .

- Para Austria, "(...) los Estados que no sean Estados lesionados sólo podrán adoptar contramedidas a petición del Estado lesionado (véase el párr. 1 del art. 54). Normalmente les corresponderá sólo el derecho contemplado en el párr. 2.a del art. 49 de exigir la cesación del hecho internacionalmente ilícito y garantías de que no se repita. Por consiguiente, esos derechos se convierten en una simple exhortación sin consecuencias concretas. Austria duda de que sea ése el resultado que deba alcanzarse (Comentarios de los Gobiernos y observaciones de los Gobiernos. Doc.: A/CN.4/515, 19 marzo 2001, pp. 1-97 (p. 92)).

De modo que si no es así, y no lo es, pues el Presidente del Comité de Redacción lo dejó muy claro, hubiera debido corregirse oportunamente ⁷. El Sr. GAJA, en efecto, al presentar el Proyecto aprobado por el Comité lo expresó con toda claridad:

“En el texto que proponía esta cuestión particular, el Relator Especial había limitado esta posibilidad a los casos en que no había Estado lesionado en el sentido del artículo 43 (...). Los miembros del Comité de redacción estaban divididos (...). Según una opinión, cuando había un Estado lesionado en el sentido del art. 43, sus deseos debían ser decisivos sobre la cuestión de saber si había que adoptar contramedidas y las forma de esas medidas. Según otra opinión, en caso de violación grave de violaciones encaminadas a proteger intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, los deseos del Estado lesionado no tenían apenas que ser tomados en consideración, incluso no tenían que serlo en absoluto. El Comité de Redacción llegó a la conclusión de que, en el caso de estas violaciones, el Estado lesionado no tenía el mismo papel que en el párrafo 1 y que las palabras ‘en interés de los beneficiarios’ ⁸ se referían implícitamente a los intereses del Estado lesionado. Este punto se desarrollará en el comentario” ⁹.

⁷ El Reino Unido, con todo, interpretaba así también desde el principio el art. 54.2 del Proyecto: “(...) el texto actual permitiría a cualquier Estado tomar contramedidas incluso si el propio Estado lesionado optara por no hacerlo y ello puede constituir un importante factor de desestabilización en las relaciones convencionales” (Comentarios...doc.: A/CN.4/515, p. 94).

Pero que la cosa no está clara lo demuestra tanto al párrafo 1 del art. 54 como las interpretaciones que otros Estados hacían (supra nota anterior).

⁸ Contenidas en el párrafo 2 del art. 54 que se refiere, en las intenciones del Relator, a los supuestos en los que la violación grave no afectaba directamente a Estado concreto alguno.

⁹ Acta resumida provisional de la 2662ª sesión de la CDI. 52º período de sesiones (Segunda Parte). Celebrada en el Palacio de Naciones Unidas, Ginebra el jueves 17 de agosto de 2000 a las 10 h. Doc.: A/CN.4/SR. 2662, pp. 1-29 (p. 27); Statement of the Chairman of the Drafting Committee Mr. Giorgio Gaja at the 2662 nd. Meeting of the International law Commission, held on 17 august 2000, pp. 1-54 (pp. 50-51).

El Relator CRAWFORD parece asumir esta interpretación en su Cuarto y último Informe, posterior por tanto a la adopción del Proyecto en segunda lectura por el Comité de Redacción ¹⁰.

En suma, en el caso de la comisión de una violación grave de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto para la protección de sus intereses fundamentales (o de normas imperativas como más ágilmente expresa el art. 40.1 del Proyecto definitivo de 2001), cuando hay un Estado lesionado, terceros Estados pueden adoptar contramedidas, con independencia de la posición de este último ¹¹; por el contrario, si las contramedidas de terceros tuvieran que ver con la violación de una obligación "colectiva" o una violación ordinaria de una norma imperativa, la posición del Estado lesionado sería decisiva para el tercero ¹².

¹⁰ Allí, el Relator señala que "(...) dentro de los límites generales del Capítulo II un Estado de los comprendidos en el art. 49 puede adoptar contramedidas en apoyo de un Estado lesionado independientemente en el caso de una violación grave" (la cursiva es mía; Cuarto Informe...Doc.: A/CN.4/517 cit. (nota 4), p. 28, párrafo 70).

¹¹ Las contramedidas de los Estados terceros, sin tener que depender de la petición del Estado lesionado, claramente se imponen para pedir el cese del hecho ilícito y, en su caso, seguridades y garantías de no repetición, pues si esos Estados pueden llevar a cabo esas acciones es porque se les reconoce un "interés jurídico" a ver respetadas las normas básicas del Derecho internacional.

Me pregunto, sin embargo, y esta cuestión, de permanecer tal cual (que, como veremos, no ha sido así) el texto del art. 54 del Proyecto (2000), debería aclararse en los comentarios, si los Estados terceros que decidan adoptar contramedidas no están supeditados a los deseos del Estado lesionado al menos en este punto: La reparación en sentido estricto. Esta es un "derecho subjetivo del Estado lesionado" y si este renuncia a la misma, ¿pueden los Estados terceros desencadenar contramedidas para forzar a que se repare el derecho subjetivo del Estado lesionado?. Se me hace más difícil decir que sí (...).

¹² Como el Presidente del Comité decía, a propósito del párrafo 1 del art. 54, las contramedidas de los terceros sólo podrán serlo "a petición y por cuenta del Estado lesionado" y, además, si este está habilitado, él mismo, para tomar contramedidas. "Es decir [añadía el Sr. GAJA], que prevé una forma de cooperación con el Estado lesionado. Los deseos del Estado lesionado desempeñan pues un papel importante en la decisión de adoptar contramedidas y en la elección de los mismos" (doc.: A/CN.4/SR.2662... cit. [nota 9], p. 27; ID.: Statement...cit. [nota 9], p. 50).

A la misma interpretación ha llegado K. KAWASAKI: "The content and implementation of the international responsibility of States: Some remarks on the Draft

Queda evidentemente una importante cuestión: si todos los Estados pueden, en ese caso, hacer eso, resulta evidente la necesaria coordinación de tales contramedidas "colectivas". Ya el Relator CRAWFORD se pronunció con claridad a favor de que las contramedidas decididas por varios Estados debían respetar el requisito de la proporción entre la contramedida y el perjuicio sufrido. Y, en este sentido, el Comité de Redacción cerró el art. 54 del Proyecto (agosto, 2000) que recuérdese se refiere a las contramedidas tanto cuando hay un Estado lesionado como cuando no y sea cual sea la gravedad de la violación cometida, con un párrafo 3 en el que se establece para los Estados que adopten contramedidas una obligación, sin duda ¹³, de cooperar "a fin de que se cumplan las condiciones establecidas por el presente Capítulo para la adopción de contramedidas" (art. 54.3).

Obligación, sí, pero sumamente genérica: Si, digamos, seis Estados decidieran tomar contramedidas contra el Estado autor de una agresión contra otro que se niega a reparar, deben cooperar al hacerlo, sí; pero ¿cooperar cómo?, ¿con qué criterios?, ¿dónde cooperarán? (...). El Presidente del Comité de Redacción cuando presentó a la CDI el Proyecto (2000), dejó claramente expuestas las limitaciones y ambigüedades de la disposición, y en más, diría yo, de un sentido:

- Así, el Sr. GAJA proclamó abiertamente la decisión del Comité (y de la misma Comisión) de no tratar en detalle el tema de la necesaria coordinación de las contramedidas "colectivas", dependiendo toda decisión, en lo que respecta a la prioridad y la coordinación, de las circunstancias de hecho y de cierto número de otros factores.

- No se llegó a un acuerdo siquiera sobre lo que aparentemente parecía resuelto (y ahora parece que no), en un sentido permisivo, por el propio art.

Articles on State Responsibility adopted by the ILC'Drafting Committee in 2000", Hitotsubashi Journal of Law and Politics (The Hitotsubashi Academy, Hitotsubashi University, Kunitachi, Tokyo), vol. 29, february 2001, pp. 24-40 (p. 37).

¹³ "Cooperarán" y no "deberían cooperar" o "procurarán cooperar" o "cooperarán en lo posible".

54, esto es, si “el derecho a adoptar contramedidas debía limitarse a las medidas colectivas adoptadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de una organización regional o si debía ser sin perjuicio de tales medidas”¹⁴.

En todo caso, los trabajos preparatorios y la generalidad del texto no parecen prohibir a los Estados la adopción descentralizada, fuera por tanto del sistema de Naciones Unidas o de Organización regional alguna, de contramedidas, en el entendido de que lo deseable sería su coordinación por los órganos competentes de aquella organización universal¹⁵, y de que si no es así los Estados estarán obligados a cooperar para que las contramedidas fueran escrupulosamente respetuosas de los requisitos exigidos (el de la proporcionalidad entre ellos)¹⁶.

Por lo demás, siempre hubiera sido posible una clara mejora de este párrafo 3 del art. 54, en la línea de las propuestas que se hicieron en la Sexta Comisión y en los comentarios escritos de algunos Gobiernos, para establecer expresamente en el art. 54.3. La “exigencia a los Estados que preveían adoptar contramedidas que convinieran mutuamente en ellas antes de adoptarlas”¹⁷, esto es, “la obligación de todos los Estados de negociar previa-

¹⁴ Doc.: A/CN.4/SR. 2662, pp. 27-28; Statement..., pp. 51-52.

¹⁵ En los comentarios de la CDI al art. 53 del Proyecto de 1996, en el que se determinaban las consecuencias adicionales de los crímenes y en particular la de que la comisión de un crimen genera para todos los demás Estados la obligación de cooperar con otros en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen (art. 53.d), la Comisión señala, y puede ser pertinente su cita aquí, que “en la práctica esta reacción colectiva será verosimilmente coordinada por los órganos competentes de la ONU”, aunque el mismo comentario reconoce que, más allá de esa hipótesis, “una cierta reacción mínima se impone por parte de todos los Estados cuando un crimen internacional se ha cometido” (Informe de la CDI 48º período de sesiones...doc.: A/51/10, p. 188-194 [en p. 194 sobre todo*]).

¹⁶ Según Alain PELLET, “tal vez no es posible en la actualidad ser más preciso, a no ser que queramos entrar en la generosa pero políticamente discutible y jurídicamente inasumible problemática del ‘deber de injerencia’” (“Remarques sur une révolution inachevée. Le Projet d’articles de la CDI sur la responsabilité des Etats”, *Annuaire Français de Droit International*, XLII (1996), pp. 7-32 (p. 26, párrafo 26 y nota 100 de aquella)).

¹⁷ Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su 55º período de sesiones (2000)...doc.: A/CN.4/513, 15 febrero 2001, p. 35 (párrafo 177).

mente la adopción de contramedidas conjuntas”¹⁸. No comparto, pues, la opinión del Relator sobre la dificultad de precisar esta disposición¹⁹.

3. La hostilidad de algunos miembros de la Comisión a la posibilidad reconocida por ésta de que Estados no lesionados pudiesen desencadenar contramedidas contra el Estado responsable, pese a que el Relator y el texto adoptado por el Comité de redacción en segunda lectura limitaban, restringían, respecto al Proyecto de 1996, esa posibilidad²⁰, fue notoria²¹, como

¹⁸ Austria (Responsabilidad de los Estados. Comentarios y observaciones...doc.: A/CN.4/515 cit. [nota 6], 19 marzo 2001, p. 94).

¹⁹ El Sr. CRAWFORD, en su Cuarto Informe, responde a los Gobiernos que expresaron sus dudas acerca de la efectividad del art. 54.3 por su carácter vago y genérico, y que instaron a una formulación más explícita del mismo (como Chile [doc.: A/C.6/55/SR. 17, párrafo 48]; Austria [SR.17, párrafo 79] o Jordania [SR.18, párrafo 17]), que “(...) en el plano normativo es difícil ver qué más puede decirse” (Doc.: A/CN.4/517... cit. [nota 7], p. 30, párrafo 73). ¡Hombre!, pues por ejemplo recoger la propuesta austriaca antes citada (supra nota 18).

²⁰ El Relator CRAWFORD destaca pesaroso, en su último Informe, posterior al Proyecto del Comité de agosto de 2000, cómo algunos Gobiernos no se han percatado de ello:

“su efecto consiste [se refiere al art. 54 del Proyecto del Comité] en reducir [cursiva en el original] la medida en que se pueden adoptar contramedidas en interés de la comunidad, en comparación con el texto aprobado en primera lectura (art. 47 conjuntamente con el art. 40). Es posible que la separación del art. 47 respecto del 40 y el carácter complicado de la definición de ‘Estado lesionado’ en el art. 40 hayan impedido que los Gobiernos no se centraran en el problema. Ya no ocurre así” (Cuarto Informe...doc.: A/CN.4/517 cit. [nota 4], p. 23, párrafo 59).

²¹ Así, “se expresó la opinión de que (...) los intentos prematuros de crear normas acerca de las contramedidas colectivas podían perjudicar el proyecto de artículos y el desarrollo gradual de los nuevos conceptos a que se había hecho referencia” (Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 52º período de sesiones... Asamblea General. Documentos oficiales, 55º períodos de sesiones. Suplemento nº 10 [A/55/10], Naciones Unidas, Nueva York, 2000, pp. 1-124 [p. 97, párr. 365]).

“También se preguntó en qué medida la cuestión atañía a la responsabilidad de los Estados y no al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (...)” (doc.: A/55/10, p. 97, párrafo 366).

“Se expresó también la opinión de que el análisis de la práctica de los Estados no demostraba ni justificaba la existencia de un grupo de medidas jurídicas aceptadas por todos los Estados, en las que pudieran basarse las ‘contramedidas colectivas’ como una nueva institución jurídica” (doc.: A/55/10, p. 97, párrafo 367).

lo fue asimismo la de varios Gobiernos en la Sexta Comisión ²². Bástenos citar, concretamente, como botón de muestra los comentarios del Japón, China o Polonia ²³, y, sobre todo, la de México, que merece la pena reproducir literalmente en el texto:

Otros querían limitar el número de Estados implicados: “se expresó el deseo de ver circunscrito el grupo de posibles Estados con derecho a adoptar contramedidas colectivas, a fin de que abarcara tan sólo al grupo de Estados de la misma región” (Doc.: A/55/10, p. 98, párrafo 369).

²² “Algunos oradores manifestaron que tenían problemas para aceptar la idea de que el derecho de reacción se podía delegar a un grupo de países que actuase fuera de todo tipo de marco institucional. Se sugirió que las contramedidas colectivas sólo podían ser legítimas en el contexto de una intervención de instituciones internacionales o regionales competentes y que la situación prevista en el Proyecto en artículo 54 se encaraba adecuadamente en los arts. 39 a 41 de la Carta de Naciones Unidas” (Doc.: A/CN.4/513 cit. [nota 17], p. 35, párrafo 177).

O, respecto del art. 54.2 (Proyecto de 2000): “No resulta adecuado alterar los principios de la Carta permitiendo la adopción unilateral de contramedidas colectivas, sin la participación del organismo central de la comunidad internacional y dejando a los Estados decidir por cuenta propia si se ha producido una violación grave, qué tipo de contramedida se debería aplicar y en qué circunstancias se la debería levantar (...)” (doc.: A/CN.4/513, p. 35, párrafo 181).

²³ De Japón, tanto al art. 54.1 (contramedidas cuando hay un Estado lesionado) como al párrafo 2 (si el hecho ilícito no perjudica directamente a Estado concreto alguno): “se trata, en esencia [por lo que al art. 54.1 se refiere] de autorizar a un ‘Estado interesado’ a subrogar el derecho de un Estado lesionado a adoptar contramedidas (...), este sistema de subrogación de contramedidas carece de base en Derecho internacional (...). También puede suponer mayores posibilidades de abuso que de beneficio. El párrafo 2 del art. 54 es otra reminiscencia del crimen (...). El derecho de cualquier Estado a tomar contramedidas tal como se estipula en el párrafo 2 del art. 54 va mucho más allá del desarrollo progresivo del Derecho internacional. Más bien debería calificarse de evolución ‘innovadora’ o ‘revolucionaria’ del Derecho internacional” (Comentarios y observaciones...doc.: A/CN.4/515 cit. [nota 6], pp. 83, 93).

Para la República Popular de China: “(.) las ‘contramedias colectivas’ podrían convertirse en un pretexto más para instaurar una política de fuerza en las relaciones internacionales ya que solo los Estados y los bloques de países más poderosos están en condiciones de tomar contramedidas contra Estados más débiles (...) Por último, (...) proponemos que se supriman en su totalidad los proyectos de artículos 49 y 54 del texto revisado” (doc.: A/CN.4/515, p. 72).

Polonia, más suave: Vid. Comentarios y observaciones recibidas de los Gobiernos. Doc.: A/CN.4/515/Add.2, 1 mayo 2001, pp. 1-21 (pp. 19-20).

“En concepto del Gobierno de México el enfoque plasmado en el art. 54 no encuentra sustento en el Derecho internacional y plantea serias dificultades, pues alienta a los Estados a aplicar, de manera unilateral, contramedidas cuando no han sufrido una afectación concreta y objetiva a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito. La multiplicidad de contramedidas que podrían imponerse de conformidad con este artículo tendría efectos descriptivos y daría lugar a una serie de complejas relaciones. El Gobierno de México considera que el art. 49 así como el inciso c) del párrafo 2 del art. 42, es suficiente para determinar los derechos de los Estados que no son Estados lesionados y que el art. 54 debe ser eliminado (...).

Las consecuencias de la existencia de la violación grave, por un Estado, de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto y esencial para la protección de sus intereses fundamentales parecería ser, en principio, un asunto que se ubica en el ámbito del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La respuesta a una violación grave de esa naturaleza ya está definida en un orden constitucional establecido en la propia Carta. No es legítimo introducir, en un sistema de responsabilidad de los Estados, un mecanismo que reforma el sistema de seguridad colectiva consagrado en la Carta, permitiendo la adopción de contramedidas colectivas, decididas de manera unilateral, sin intervención del órgano central de la comunidad internacional, y dejando al arbitrio de cada Estado establecer cuando se ha producido una violación grave, cuál es la naturaleza de la contramedida que se aplicará y cómo habrá de terminar la imposición de una contramedida. La latitud (sic) que propicia un sistema de este género no es compatible con un sistema institucional creado a partir de 1945, cuyas normas y procedimientos requieren un necesario cumplimiento, por lo que no es admisible implantar indebidas cláusulas de escape, como la que se proponen a través de las contramedidas colectivas”²⁴.

²⁴ Comentarios y observaciones recibidas de los Gobiernos. Adición. Doc.. A/CN.4/515/Add.1, 3 abril 2001, pp. 1-12 (pp. 10-11).

4. La CDI, finalmente, se ha decantado²⁵ por la opción más conservadora de todas. Las propuestas que CRAWFORD hiciera como disposiciones de lege ferenda razonables²⁶ y que en esencia el Comité reproducía en el art. 54 del Proyecto (2000) han caído, como Troya cayó, finalmente.

El Presidente, en el 2001, del Comité de Redacción nos ha permitido saber que la desaparición del art. 54 del texto de agosto (2000) formaba parte, junto con la eliminación de los daños que algunos calificaron de punitivos y el mantenimiento de la distinción entre Estados lesionados y habilitados, de un compromiso alcanzado en el Comité a fin de poder mantener en el Proyecto el mensaje del crimen, es decir, el Capítulo III (arts. 40 y 41) que suponía la distinción, en orden a sus consecuencias, entre la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general y las demás²⁷.

De una situación en la que se distinguía, de una parte, entre contramedidas de terceros supeditadas a la decisión del Estado lesionado (para los casos de violación de obligaciones multilaterales en general, esto es colectivas y erga omnes [con excepción de las violaciones graves de éstas]) y, de otra, contramedidas en caso de violaciones graves de normas imperativas, es decir, de obligaciones para con la comunidad y para la protección de sus intereses fundamentales, en el que los terceros podían tomar contramedidas en interés de los beneficiarios de la obligación violada (Es-

²⁵ Texto del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales, 56º período de sesiones. Suplemento nº 10 (A/56/10), Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 21-396.

²⁶ "Su opinión personal es que, si bien todavía subsisten problemas de redacción de los artículos (...), el equilibrio esencial logrado en el Capítulo II es razonable de lege ferenda" (Cuarto Informe...doc.. A/CN.4/517 cit. [nota 4], p. 30, párrafo 76). A mí, como a otros autores (por ejemplo, K. KAWASAKI: "The content..." cit. [nota 12], p. 37), también me lo parece.

²⁷ Statement of the Chairman of the Drafting Committee. Mr. Peter Tomka, pp. 1-70 (pp. 42, 63 y 54).

tados lesionados o no) pero sin supeditarse a la decisión de éstos ²⁸; de una situación así (art. 54.1 y 2 del Proyecto 2000), en la que se exigía asimismo a los Estados que adoptaban contramedidas a respetar todos los requisitos del Capítulo y a que cooperaran entre sí, digo, se ha pasado a otra terriblemente distinta en la que la Comisión ha renunciado a regular en absoluto la posibilidad de contramedidas de terceros Estados en el caso de la violación de obligaciones multilaterales.

¿Las prohíbe entonces?: En realidad no. ¿Las admite pues?: Tampoco puede afirmarse tajantemente. La CDI viene a decir: No entro en el tema, yo no; si según el Derecho internacional del momento los Estados que no son directamente lesionados por un hecho ilícito pueden adoptar contramedidas en interés de los beneficiarios de la obligación pues que lo hagan; si no es así no podrán hacerlo; pero yo no me pronuncio, no “me mojo”, que lo haga el Derecho internacional sea cual sea.

Esto, en mi opinión, es lo que nos dice el art. 54 del texto adoptado provisionalmente en segunda lectura en mayo-julio de 2001 y que finalmente figura en el Proyecto definitivo de artículos de la CDI ²⁹:

“Art. 54. Medidas tomadas por Estados que no sean lesionados.

Este Capítulo no prejuzga el derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación, y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”.

En suma, la CDI ha sustituido su intento (agosto 2000) por ofrecer de lege ferenda una regulación razonable que intentara un equilibrio entre la

²⁸ Pero, obsérvese, no se permitían contramedidas (no habiendo un Estado lesionado) cuando la obligación violada no era esencial para la comunidad internacional o siéndolo no había sido violada gravemente.

El profesor Kyoji KAWASAKI ha sugerido permitir también contramedidas de terceros en el caso de la violación grave de obligaciones “colectivas” (“The content...” cit. [nota 12], pp. 37-38).

²⁹ Doc.: A/CN.4/L.602/Rev.1; y texto definitivo del Proyecto cit. (supra nota 25), loc. cit., pp. 386-393

conveniencia de no desarrollar demasiado progresivamente el Derecho internacional de la responsabilidad y la necesidad de asumir que las consecuencias de la violación de obligaciones multilaterales, en especial de las debidas a la comunidad internacional en su conjunto, no pueden ser las mismas que las que se derivan de la conculcación de una obligación bilateral, ha sustituido, digo, ese intento por una cláusula "sin perjuicio", con lo que la Comisión, como Poncio Pilatos hizo, se lava vergonzosamente las manos. Y que esto es así puede "seguirse", en mi opinión como si se tratase de un sendero empapado de fósforo en una noche oscura, en el Cuarto Informe del Relator; en él se relata la "crónica de esta muerte anunciada". ¿O no?:

- El Relator advierte, tras el debate del Proyecto del Comité de Redacción (2000) y en concreto de su art. 54 tanto en el seno del Comité como en la Sexta Comisión, que en relación con las contramedidas por Estados terceros, "el Derecho internacional general (...) todavía está en embrión", y que ante esta situación no pocos Gobiernos rechazan tratarlas en el Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados: Unos, parece decir, porque consideran más prudente esperar a ver cómo evoluciona el Derecho y "no congelar[lo] mientras se halla en proceso de desarrollo"; otros porque abiertamente rechazan el fondo mismo del art. 54, que consideran plantea "cuestiones muy discutibles" y "reabre además las cuestiones relativas al vínculo entre las medidas adoptadas por un Estado determinado y las colectivas con arreglo a la Carta o a acuerdos regionales"³⁰.

- A continuación observa cómo otro grupo de Gobiernos que, en principio, no veía en el art. 54 "un efecto desestabilizador" proponen un vínculo más claro entre él y el Capítulo VII de la Carta, conexión que, en mi opinión valiente y acertadamente, el Relator no desea establecer³¹.

³⁰ Cuarto Informe...doc.: A/CN.4/517 cit. (nota 4), p. 29 (párrafo 71).

³¹ Pues destaca que "las medidas adoptadas con arreglo a la Carta no corresponden al ámbito de los artículos" o que "sin duda sería posible subordinar las medidas adoptadas con arreglo al párrafo 2 del art. 54 a las medidas adoptadas debidamente con arreglo al Capítulo VII de la Carta, pero esto no se ocuparía de todas las situaciones" (Doc.: A/CN.4/517, p. 29, párrafo 73).

- Otros Gobiernos, en fin, parecen rechazar (lo que el art. 54 permite, en cuanto admite la posibilidad de contramedidas por todo Estado lesionado [y de terceros a su petición] que forme parte de un tratado que proteja intereses colectivos o de cualquier Estado cuando se viola [y no hace falta que sea gravemente] una obligación para la comunidad internacional en su conjunto) el que terceros Estados puedan lanzar contramedidas cuando no se trate de violaciones graves para con la comunidad internacional en su conjunto ³² .

A la vista de todo, el Relator, que no descarta la supresión del art. 54, con lo que en rigor la regulación de las contramedidas por el Proyecto optaría por una alternativa conservadora que dejaría sólo en manos de los Estados directamente lesionados por el hecho ilícito y fuese bilateral o multilateral la obligación violada, la posibilidad de adopción de contramedidas, apunta que en tal caso “habría al menos la necesidad de alguna forma de cláusula de salvaguardia” ³³ , pues pese a la incertidumbre

³² Vid. ad ex. en este sentido las intervenciones en la Sexta Comisión de España (doc.: A/C.6/55/SR.16, párrafo 13), Italia (SR.16, párrafo 28), Costa Rica (SR.17, párrafo 63) o Rusia (SR.18, párrafo 51).

³³ Cuarto Informe...doc.: A/CN.4/517, p. 30 (párrafo 76). Las opciones que el Relator barajó, en definitiva, tras comprobar que persistían críticas muy duras de Estados importantes respecto de la regulación de las contramedidas, fueron las tres siguientes:

- Eliminar toda regulación de las contramedidas en la Segunda y Tercera Parte del Proyecto, dejando únicamente, al hablar de las causas de exclusión de la ilicitud, el art. 23 (es el 22 del texto de la Comisión de 2001) y ampliándolo ligeramente. Puede advertirse que el Reino Unido, partidario de esta solución, propuso una versión revisada de ese artículo del tenor siguiente :

“1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con sus obligaciones internacionales quedará excluida en la medida en que el hecho constituya una contramedida lícita dirigida al Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducir a ese Estado a que cumpla sus obligaciones con arreglo a los presentes artículos.

2. Las contramedidas serán proporcionadas.

3. Las contramedidas no implicarán la amenaza o el uso de la fuerza en forma contraria a la Carta de las Naciones Unidas ni ninguna otra violación de una norma imperativa de Derecho internacional general” (reproducido en el Cuarto Informe del Relator, doc.. A/CN.4/517, p. 24, en nota 77).

- Mantener la regulación de las contramedidas tal cual se adoptó en agosto de 2000 por el Comité de Redacción con aclaraciones y mejoras de redacción.

del Derecho internacional en este tema el Relator piensa, y tiene razón, que los Estados, al menos un grupo de ellos, no desean renunciar a la posibilidad de adoptar individualmente medidas adecuadas ante la violación grave de normas consideradas de importancia para la comunidad internacional en su conjunto³⁴. Puede añadirse que la idea de sustituir el art. 54 por una "cláusula sin perjuicio" fue apuntada ya en la Sexta Comisión por el representante del Reino Unido³⁵.

Si, pese a todo lo dicho, quedara al lector alguna duda, permítaseme el que reproduzca las palabras expresas con que Peter TOMKA, Presidente en el año 2001 del Comité de Redacción, presentara a la Comisión el art. 54 del texto revisado:

"es una cláusula de salvaguardia que reserva la posición de todas las partes, a saber, la de quienes creen que el derecho a tomar contramedidas debería garantizarse a Estados no directamente lesionados con relación a la violación de obligaciones para la protección de intereses colectivos y, por otra parte, la de los que consideran que sólo los Estados lesionados deberían tener el derecho de tomar contramedidas (...). Con esta cláusula de salvaguardia la Comisión no toma posición alguna sobre el problema abandonando la materia al [futuro] desarrollo del Derecho internacional"³⁶.

- Y mantener esa regulación pero asumiendo directamente el Proyecto sólo la adopción de contramedidas por los Estados directamente lesionados por un hecho internacionalmente ilícito y, en cuanto a las contramedidas de terceros en ciertos casos adoptar una cláusula de salvaguardia (...) (Doc.. A/CN.4/517, p. 24, párrafo 60).

El Relator considera que se trata de "una cuestión esencialmente normativa" o "de política general" que la Comisión debe decidir (doc. cit., p. 24, párrafo 60 y p. 30, párrafo 76).

³⁴ "Las obligaciones para con la comunidad internacional, o el interés colectivo, dicho de otra manera, no son obligaciones 'de segunda clase' en comparación con las obligaciones en virtud de tratados bilaterales. Si bien cabe esperar que las Organizaciones internacionales puedan resolver las crisis humanitarias (...) los Estados no han abdicado sus atribuciones de tomar medidas individualmente" (Doc.: A/CN.4/517, p. 30, párrafo 74).

³⁵ Doc.: A/C.6/55/SR.14, párrafo 32.

³⁶ Statement...cit. (nota 27), p. 63.

Y, por último, sólo tres comentarios adicionales sobre el artículo 54 del texto revisado de 26 de julio de 2001 y, a la postre, del Proyecto definitivo de artículos que la CDI ha adoptado el pasado agosto:

- En su actual redacción, el texto adoptado no parece excluir la posibilidad de contramedidas de terceros Estados en casos que el art. 54 del Proyecto del Comité de Redacción (agosto 2000) sí excluía³⁷. Luego, en principio, es más generoso y comprensivo con las contramedidas de terceros.

- Repárese que el nuevo texto no sólo parece referirse a las "contramedidas" sino asimismo también a otro tipo de acciones (de "retorsión" por ejemplo). ¿Cómo se explica si no que se eluda el término "contramedidas" y se utilice el más genérico de "medidas"? Si este apunte es correcto, sería coherente con la práctica, pues ésta no permite siempre distinguir con claridad si los terceros adoptaron contramedidas o simples medidas de retorsión³⁸.

- Y, en fin, en el texto de 26 de julio de 2001³⁹, el eventual derecho de Estados terceros "habilitados" para invocar la responsabilidad (ex art. 48) a tomar contramedidas, se canaliza "en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada"; se añade así, al art. 54 previsto en el texto de 31 de mayo (doc.: A/CN.4/L.602), la mención, junto a la de los "beneficiarios", del "Estado lesionado"

5. La decisión de posponer, en una oportunidad crítica como ésta, después de tantos años de trabajo, el paso adelante, tan necesario, capaz de arrojar luz sobre el tema de las contramedidas de terceros en casos de las

³⁷ Así, en el caso de que no hubiese un Estado lesionado las contramedidas de terceros sólo se permitan en casos de violación grave de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto para protección de sus intereses fundamentales (art. 54.2) (no en relación con la violación de obligaciones colectivas ni tampoco respecto de las violaciones no graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto).

³⁸ El Presidente del Comité de Redacción, Sr. TOMKA, explicó que el empleo, en vez del término "contramedidas", de "medidas" fue deliberado "a fin de no perjudicar ninguna posición" (Statement... cit. [nota 27], p. 63). En el mismo sentido, el comentario nº 7 al art. 54 del Proyecto definitivo de artículos... cit. supra (nota 25), loc. cit., p. 393.

³⁹ Doc.: A/CN.4/L.602/Rev.1 y Corr.1.

violaciones más graves del Derecho internacional, ya para un Estado ya en relación con víctimas no estatales, como los seres humanos y sus derechos, me parece lamentable; y criticable por tanto.

¿No era posible decir en un texto de esta naturaleza lo que hace más de diez años reconoció el Instituto de Derecho Internacional?, esto es, que, por ejemplo, en el supuesto de violaciones gravísimas por un Estado de los derechos humanos, otros pueden adoptar contramedidas no armadas?⁴⁰ ¿No era posible, dicho esto, exigir una mínima coordinación?. ¿Es mejor callar, y que una situación incierta, no cuajada sea la que regule los hechos? (como no se trate de lo de “a río revuelto...”).

Seguramente es cierto que la práctica existente no es definitiva. Como ya apuntara, en 1987, el profesor CONFORTI⁴¹, el examen de la práctica, que el Relator lleva a cabo minuciosamente, sobre la adopción de “medidas” que Estados no directamente lesionados desencadenan contra un Estado al que se considera culpable de violar obligaciones internacionales para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad en su conjunto⁴², lleva a una valoración cautelosa y prudente, básicamente por tres razones, que el Relator recoge⁴³: primera, que esta práctica está dominada por un grupo de Estados (el occidental); segunda, porque es selectiva dado que en casos similares a los que provocaron la “intervención”, nada se hizo; y, en tercer lugar, no siempre es posible entender o justificar las “medidas” de los Estados terceros como “contramedidas”, siendo en ocasiones actos

⁴⁰ Resolución de Santiago de Compostela de 13 de septiembre de 1989 sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, art. 2, párrafos 2º y 3º (Annuaire de l'IDI. Résolutions 1957-1991, Pédone, París, 1992, pp. 207-212).

⁴¹ B. CONFORTI: “In tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionale”, *Le Droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago, Giuffrè, Milán, III, 1987, pp. 99-111 (pp. 110-111)*.

⁴² CRAWFORD: *Troisième Rapport...doc.: A/CN.4/507/Add.4 cit. (nota 4), pp. 14-23, párrafos 391-406*.

⁴³ Doc.: A/CN.4/507/Add.4 cit., p. 19 (párrafo 396). También la reproduce la CDI en sus comentarios: Comentario nº 3 y 4 al art. 54, Proyecto definitivo vit., loc. cit. (nota 25), pp. 387-392.

de mera "retorsión" o, incluso, cobijándose bajo el principio del "cambio de circunstancias" como causa de denuncia, terminación o suspensión de los tratados ⁴⁴.

Para la CDI, en sus comentarios, esta práctica "es limitada y bastante embrionaria" (sic), es "incierta", "escasa y concerniente a un número limitado de Estados". De ahí que la Comisión concluya entendiendo que "en la actualidad no parece reconocerse claramente el derecho de los Estados mencionados en el art. 48 a adoptar contramedidas en interés colectivo", por lo que "en consecuencia no es apropiado incluir en los presentes artículos (...)" ⁴⁵.

Personalmente, lamento que la CDI se haya lavado las manos en este tema:

- Es verdad que la práctica existente es por las razones apuntadas incierta: medidas de Estados Unidos contra Uganda por violación masiva de los derechos humanos (1978), de Estados occidentales y Estados Unidos contra Polonia tras el golpe militar del General Jaruzelswky (1981), de Estados Unidos y la Unión Europea contra Argentina con motivo de la "Guerra de las Malvinas" (1982), de Estados Unidos contra África del Sur por la política de apartheid (1986), de la Coalición de Estados "amigos de Kuwait" con motivo de la "Guerra del Golfo" contra Irak, aunque en el marco (dicho

⁴⁴ Esta fue la justificación esgrimida por Países Bajos en las "medidas" contra Surinam (1982); asimismo, cuando la Comunidad Europea adoptó un reglamento en el que se decidía determinadas medidas de sanción contra Yugoslavia (1991), el TJ de la Unión, ante el que el asunto se presentó, dio por válido el reglamento en cuestión con apoyo en el Derecho de los tratados más bien que en el de la responsabilidad (vid. s. de 16 junio 1998, as. C 162/96, A. Racke GmbH & Co. C. Hauptzollent Mainz, párrafos 53-59).

No obstante, como el Relator señala, las estrictas condiciones y requisitos con que el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 reguló el "cambio de circunstancias" (vid. ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: Derecho Internacional Público, Trotta, Madrid, 1995, pp. 485-488 [párrafos 22-24]), como el TIJ ha reconocido en el asunto Gabcikovo-Nagymaros (sentencia de 25 de septiembre de 1997, CIJ Recueil 1997, p. 65, párrafo 104 in fine), permiten "dudar que esta doctrina sea aplicable en muchos casos" (Troisième Rapport...doc.: A/CN.4/507/Add.4, p. 19, en la nota 789).

⁴⁵ Comentarios 3 y 6 a su art. 54 (Proyecto definitivo de artículos cit. loc. cit. [nota 25], pp. 387 y 392-393).

sea en general) de la Carta de Naciones Unidas (1990-1991), o de la Unión Europea contra Yugoslavia con ocasión de "lo de Kosovo" (1998).

- Y, sin embargo, creo que la tendencia es clara ⁴⁶ y la conveniencia de regular de lege ferenda esta zona gris parecía razonable. Dado que en relación con las crisis humanitarias más graves no podemos ver, y no lo digo con alegría, en la ONU un "socio fiable", el cese de genocidios o limpiezas étnicas pudiera encontrar en una regulación de las contramedidas un arma considerable, capaz acaso incluso de jugar como un saludable aguijón que pinchado en la adecuada parte pudiera provocar la reacción institucional, preferible sin duda, de la ONU.

Hay, sí, una cierta contradicción entre defender la existencia de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto y no imponer, en caso de violación grave de las mismas, un sistema de contramedidas "centralizadas", "colectivas de verdad", a cargo, dicho sea sin más, de la ONU, sino, por el contrario, dejar las cosas sueltas, permitiendo contramedidas individuales y descentralizadas; como si se desconfiase de la existencia de una genuina comunidad, de su capacidad para ser justa y solidaria (temor a la política, al veto...). Pero más contradicción habría en defender la existencia de esas obligaciones para con la comunidad, no permitir contramedidas descentralizadas para que luego nada se haga (veto y política); ¿dónde estaría esa comunidad internacional en su conjunto en tal caso? ⁴⁷ Y si, tanto en una hipótesis como en otra, la idea de una comunidad

⁴⁶ De "tendencia" habla también FROWEIN, J.A.: "Reactions by not directly affected States to breaches of Public International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 248 (1994-IV), pp. 345-438 (p. 422, como conclusión de su análisis en pp. 416-422). Y, asimismo, incluso Gobiernos hostiles a aceptar la idea de contramedidas de terceros, como Polonia, reconocía que "en el Derecho internacional contemporáneo hay cierta tendencia en esa dirección..." (doc.: A/CN.4/515/Add.2... cit. [nota 23], p. 20).

⁴⁷ El principal obstáculo que veo a la insistencia en hacer de la autorización o coordinación del Consejo de Seguridad un requisito condicionante de la validez de contramedidas individuales (por ejemplo, BESNÉ MAÑERO, R.: *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 196-197) es éste: ¿Está asegurado que el Consejo de Seguridad responderá?

internacional organizada se tambalea, la tentación sería la de negar su realidad y suprimir la figura de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general (...). ¡Vade retro...!, porque con o sin instituciones el bebé está en su cuna (en el plano normativo); favorezcamos su futuro crecimiento dejándolo, como primera medida, que en ella siga reposando. Personalmente prefiero la incoherencia de contramedidas descentralizadas a tener que esperar sin seguridad de éxito a que las centralizadas se lleven a cabo. Y es que en cierto modo, como Ch. TOMUSCHAT ha mantenido, las contramedidas descentralizadas en casos de hechos ilícitos graves “representan no obstante un estado intermedio hacia una comunidad internacional mejor organizada. A falta de una autoridad ejecutiva internacional investida con poderes amplios, se elige la segunda mejor solución, a saber conferir a todo Estado el poder de actuar como un guardian de la legalidad internacional con relación a normas particularmente de alto standing”⁴⁸

Hubiera sido una saludable contribución al desarrollo progresivo regular las contramedidas de terceros (haya o no haya un Estado directamente lesionado). Lejos de ello, la CDI ha optado, parece, por dejar todo como está, y, por ende, por no tocar una situación “de tendencias”, incierta e imprecisa. La cláusula “sin perjuicio” del art. 54 provocará, sin duda, muchas cuestiones de interpretación que habrá que resolver en su momento.

¿Es ésta la contribución que los Estados y los Tribunales esperan (y aún merecen) de la Comisión tras medio siglo de trabajos?.

Me parece entender que el profesor FROWEIN, J.A. también cree ver en el reconocimiento del derecho de terceros Estados a adoptar contramedidas la consecuencia lógica de la admisión de normas para con la comunidad internacional en su conjunto (“El reconocimiento de reglas fundamentales del Sistema carecería de sentido si no existiesen procedimientos especiales para aplicarlas...”): “Reactions...” cit. (nota 46), pp. 422-433 (la cita textual en la p. 422); y en sentido similar J.A. CARRILLO SALCEDO: “Droit international et souveraineté des Etats. Cours Général de Droit International Public”, Recueil des Cours, 257 (1996), pp. 34-221 (pp. 204-207).

⁴⁸ “International Law: Ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General Course on Public International law”, Recueil des Cours, 281 (1999), pp. 9-438 (p. 377, párrafo 25).

6. Aunque bien pensado, yo me pregunto si por una vía indirecta e implícita el Proyecto de artículos no ha, al menos, legitimado (si es que no ha impuesto) las contramedidas no armadas de terceros en una determinada y concreta situación: si el art. 41.1 impone a todos los Estados el deber de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a una violación grave (la de obligaciones, además, emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general a las que se refiere el art. 40), cuando ésta no cese y el Estado autor no se avenga a hacer frente a su responsabilidad ¿qué otra cosa cabría que adoptar contra él, por todos los medios lícitos, medidas coercitivas? ¿no tendrían entonces todos los Estados, Estados "terceros" pues, que adoptar contramedidas no armadas?

7. En tanto en cuanto las contramedidas tienen por objeto que el Estado autor del hecho ilícito cese en su conducta, preste, en su caso, garantías y seguridades de no repetición y repare el perjuicio causado, y en tanto en cuanto parece claro que las contramedidas no armadas, en ciertos supuestos, no pueden detener la continuación del hecho ilícito (por ejemplo, es dudoso, como la práctica demuestra, que contramedidas de carácter económico puedan acabar por sí solas con un genocidio), es obligado cuestionarse si en ciertos casos de excepcional gravedad terceros Estados, a título de contramedidas, podrían llevar a cabo un uso temporal, proporcional y limitado de la fuerza armada, más allá, se entiende, del sistema de la Carta y sin contar con ésta.

Naturalmente, la comunidad internacional ha previsto y reconocido a todo Estado el derecho a usar la fuerza armada en caso de la comisión de violaciones graves de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales. Un Estado agredido, y mientras lo sea, puede luchar el legítima defensa (individual o colectiva, recuérdese). Puede hacerlo, por ejemplo, para que la situación se asemeje al tema de las contramedidas, durante todo el tiempo que su territorio siga ocupado por el agresor a fin de que este cese en su ilícito. Pero ¿y respecto de otras violaciones graves de normas imperativas, como el genocidio o el desconocimiento por la fuerza del derecho de un pueblo, que lo tenga, a su libre determinación? ¿cabe utilizar la fuerza armada a título de contramedidas?. Sabido es que algunos autores consideran que el tema sigue abierto y que la

utilización de la fuerza armada puntual, proporcional y limitada para detener un genocidio o una situación de violación gravísima y generalizada de los derechos humanos no debería considerarse contraria al Derecho internacional contemporáneo ⁴⁹. Entre nosotros, por ejemplo, el profesor CARRILLO SALCEDO sigue pensando que acaso ese uso de la fuerza pueda ser uno de los "usos menores" que el TIJ no considera contrario a la Carta ni al núcleo imperativo de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada⁵⁰, y que, en todo caso, el tema está abierto, aunque el profesor de Sevilla considera que un requisito sine qua non de la validez de estas contramedidas armadas sería el de que Naciones Unidas no pudiese actuar por el bloqueo de su Consejo de Seguridad ⁵¹.

¿Qué "dice" al respecto el Proyecto definitivo de artículos de la Comisión? No es fácil encontrar en él apoyo a esta idea: de una parte, al regularse las contramedidas como hemos visto, se prohíbe que estas afecten a la obligación de abstenerse de la amenaza o el uso de la fuerza regulado en la Carta de Naciones Unidas (art. 51 del Proyecto). De otra, el nuevo texto del art. 54, en cuya virtud nada de lo regulado en el Proyecto afecta al derecho

⁴⁹ FROWEIN, J.A.: The present state of research carried out by the english-speaking section of the Centre for Studies of the Hague Academy. The legal aspects of international terrorism (1988), Dordrecht, M. Nijhoff, 1989, pp. 55-96 (pp. 64 ss).

⁵⁰ CIJ Recueil 1986, p. 127, párrafo 249. Sobre este párrafo véase, por ejemplo, GUTIÉRREZ ESPADA, C.: El uso de la fuerza y el Derecho internacional después de la descolonización, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988, p. 34 (párrafo 3); ID.: "La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada (La conformación del hecho ilícito internacional)", Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1989, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1990, pp. 183-310 (pp. 302-304).

⁵¹ Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 124-130; y, antes, en Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'Etudes et de Recherche de l'Académie. Les aspects juridiques du terrorisme international. Centre d'Etudes... (1988), Dordrecht. M. Nijhoff, 1989, pp. 19-53 (en pp. 28 ss). En el mismo sentido, BESNÉ MAÑERO cit. (nota 47), pp. 127-128 y ss.

Sobre un eventual uso de la fuerza armada como respuesta a un "crimen internacional" véase DE HOOGH, A.: Obligations erga omnes and international crimes. A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 1996, pp. 286-339.

de los Estados partes en un tratado internacional violado que proteja un interés colectivo o todo Estado ante la violación de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto de tomar medidas contra el Estado autor para que cese en la violación y repare a los beneficiarios de la obligación violada, se especifica que esas medidas que el tercero puede tomar deben ser "lícitas", legales, conforme a Derecho por tanto, lo que parece apuntar a la exclusión de medidas de fuerza armada.

Cabría, con todo, razonar del modo siguiente: si todo Estado, en el caso precisamente de la violación grave de normas imperativas tiene la obligación de "cooperar para poner fin (...) a toda violación grave a las que se refiere el art. 40", ¿cabría pensarse que, con esta finalidad, y de ser preciso para poner fin a la misma, se admitieran las contramedidas armadas? Estaría personalmente tentado a responder que el Proyecto no prohíbe pues este tipo de medidas en tales casos, de no ser porque el texto del art. 41.1 adoptado por la Comisión añade (lo que no ocurría en el texto del art. 42 del Proyecto adoptado por el Comité de Redacción en agosto de 2000 [ni en el 53 del Proyecto de 1996]) que esa obligación de cooperar para poner fin a la violación grave se efectuará "mediante medios lícitos", legales, conforme a Derecho (...).

Por lo demás, ni en los comentarios al art. 54 ni al 41 la CDI aclara en modo alguno el calificativo de "lícitas"⁵²; en mi opinión este era un punto que merecía consideración expresa.

En suma, no creo que en el actual texto del Proyecto de la Comisión encuentre cobertura la tesis de la legalidad de contramedidas armadas en ciertos supuestos de violación grave de normas imperativas⁵³. Posiblemente ésta es una cuestión clave y de enorme alcance político y jurídico, que debe, porque debe en mi opinión afrontarse, resolverse fuera del marco

⁵² Véase el Proyecto definitivo de artículos cit., loc. cit. (nota 25), pp. 309-311 y 381-393.

⁵³ ¿Y en otras bases jurídicas tampoco, como, acaso, el estado de necesidad o una nueva causa de exclusión de la ilicitud (que permita, como se hace con la legítima defensa, las intervenciones de humanidad...)? No puedo abordar aquí una cuestión que no sería de rápido tratamiento; pero podrá hacerlo, si Dios lo quiere, en otro momento y lugar.

más concreto y técnico de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional de la responsabilidad, para, resuelto, ser tenido en cuenta por éste. Dicho en román paladino, la comunidad internacional debiera afrontar de una vez y resolver (y en el sentido de que no pueden consentirse ya a ningún precio atrocidades que todos conocemos) el dilema de o seguir fieles a un sistema en que el órgano clave, la ONU, actúa o no a golpe de tambor de las intereses de los miembros permanentes de su Consejo de Seguridad sea cual sea el horror que nos contempla o satisfacer las demandas de salvaguardar la dignidad, los derechos y libertades del ser humano allí donde se encuentre ⁵⁴.

II. Contramedias sin Estado lesionado.

8. El Relator CRAWFORD dejó claro que en ciertos supuestos de obligaciones internacionales multilaterales, entre ellas las obligaciones para la protección de intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, en los que la obligación violada no afectase directamente a un Estado sino a otros beneficiarios, como un pueblo, seres humanos o al conjunto de todos ellos, la humanidad, la comunidad internacional debía apoyar a esos beneficiarios que difícilmente podrían, en condiciones de igualdad, enfrentarse al Estado autor del hecho ilícito ⁵⁵. De ahí que se propusiera, y el Comité de Redacción aceptara (Proyecto de agosto de 2000, art. 49; luego art. 48 del texto definitivo), que en ciertos casos y con determinados requisitos Estados terceros podrían invocar la responsabilidad internacional del Estado responsable "en interés" de esos beneficiarios.

El Relator también consideró, en el tratamiento de las contramedidas, que en el caso en que el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito no cesase en la violación o se negase a reparar el perjuicio causado a un Estado lesionado o a otros beneficiarios, terceros Estados (en ciertos su-

⁵⁴ Vid. ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: "Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (La "Guerra de Kosovo")", Anuario de Derecho Internacional, XVII (2000), pp. 93-132 (pp. 119 ss., 122 ss., 125 ss).

⁵⁵ Ad ex. Troisième Rapport...doc.. A/CN.4/507/Add.4...cit. (nota 3), p. 9 (párrafo 379).

puestos y con ciertas condiciones) podrían adoptar contramedidas contra el Estado autor de la violación ⁵⁶.

9. El Comité de Redacción, al adoptar en segunda lectura (agosto de 2000) el Proyecto de artículos, endosó este planteamiento en el art. 54. En él distinguía dos situaciones: en la primera, se refería a las contramedidas de terceros cuando hay un Estado lesionado (art. 54.1), cuestión a la que ya me he referido (supra párrafos 1-7); en la segunda (art. 54.2), el Proyecto se refiere, en particular, al art. 41, esto es, a las contramedidas de terceros Estados en el caso de violación grave de obligaciones para la protección de intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto.

En el art. 54.2., los Estados terceros pueden adoptar contramedidas "en interés de los beneficiarios de la obligación violada". Al mencionar dicho texto sólo el término de "beneficiarios" (contrapuesto habitualmente al de "Estado directamente lesionado") hubiera podido pensarse que el Proyecto de artículos adoptado por el Comité de Redacción (2000) se refería en este párrafo únicamente al supuesto en que la violación de la obligación (una obligación grave ex art. 41) no lesionaba directamente a Estado alguno sino a otros beneficiarios (un pueblo, seres humanos, la humanidad...), y que el supuesto de violación grave en el que se perjudica directamente a un Estado caía bajo la regulación del párrafo 1 antes mencionado del art. 54. Ya sabemos que no es así, sin embargo, y debo repetirlo ahora. El Presidente del Comité de Redacción aclaró que en el término "beneficiario" debía entenderse incluido también, si fuera el caso, un "Estado directamente lesionado", de modo que quedara claro que en los supuestos de violaciones graves de obligaciones esenciales para la comunidad internacional en su conjunto (arts. 54.2 y 41), tanto si había Estado directamente lesionado como si se tratase de otros beneficiarios, los terceros adoptaban contramedidas, siempre, desde luego, "en interés de aquellos", motu proprio, sin estar supeditados a la voluntad del beneficiario (aunque se tratase de un Estado "directamente lesionado" y pese a lo dispuesto por el art. 54.1).

⁵⁶ Ad ex. en su Troisième Rapport...doc.: A/CN.4/507/Add.4 cit., pp. 15-23 (párrafos 391-406).

El resultado que arroja esta interpretación del Proyecto del Comité (2000) y en particular de su art. 54 sobre las contramedidas de terceros es el siguiente:

- En el caso de violaciones graves de obligaciones (multilaterales pues) esenciales para la comunidad internacional en su conjunto (arts. 41 y 42 del Proyecto), Estados terceros pueden desencadenar contramedidas contra un Estado autor que se niega a cesar en su violación o a reparar el perjuicio causado ya a un Estado directamente lesionado ya a otros beneficiarios, por su propia cuenta, es decir, sin depender del consentimiento o de la posición que adoptara ese Estado o esos beneficiarios; eso sí, las contramedidas se tomarán "en interés" de los mismos, esto es, para que el culpable les repare, "a ellos" (art. 54.2).

- En el supuesto de violación de una obligación bilateral, o de una obligación multilateral para la protección de intereses colectivos o de la violación ordinaria (no grave) de una obligación esencial para la comunidad internacional en su conjunto, el Proyecto sólo ha previsto contramedidas de terceros supeditadas a los deseos de un Estado directamente lesionado (art. 54.1), ergo cuando la violación perjudique a otros beneficiarios no caben contramedidas de Estados terceros.

10. Aclarado esto, lo importante es reseñar que el Proyecto del Comité (2000) ha previsto que Estados terceros puedan, aunque no haya Estado lesionado alguno (y si lo hay también) desencadenar contramedidas contra Estados que violan gravemente una obligación esencial para la comunidad internacional en su conjunto en perjuicio de los beneficiarios de la misma, como un grupo humano al que se intenta eliminar o cuyos derechos humanos básicos se vulneran gravísimamente, o a un pueblo colonial en su lucha por la autodeterminación.

Se trata, naturalmente, de una manifestación valiente pero al mismo tiempo contenida de desarrollo progresivo que debe destacarse ⁵⁷ en mi

⁵⁷ "Contenida" porque del art. 54.2 se deduce que las contramedidas de terceros, en casos en los que no haya un Estado directamente perjudicado (si lo hay, este decide siempre), sólo se permiten en supuestos de especial gravedad.

opinión⁵⁸. En todo caso, las contramedidas de los terceros Estados debían regirse por los mismos requisitos exigibles en el caso de una relación bilateral de Estado autor a Estado lesionado y, por tanto, los Estados terceros debían cooperar para que las contramedidas se adecuen a lo estipulado en el Capítulo (art. 54.3), tanto en lo referente a la finalidad de las contramedidas, a sus límites y condiciones, así como a la regla de la proporcionalidad.

Por lo demás, parece claro que, de acuerdo con el Proyecto del Comité de Redacción (2000), los terceros Estados que tomen contramedidas han debido antes haber invocado la responsabilidad del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito (art. 49)⁵⁹.

Esta interpretación se confirma acudiendo a las intenciones del Relator, que hace hincapié en sus Informes en que la práctica, en casos en los que las víctimas son no otros Estados sino pueblos o seres humanos, sólo conecta las contramedidas con violaciones de especial gravedad de los derechos del ser humano (véase los casos citados por el Sr. CRAWFORD en su Tercer Informe: doc.: A/CN.4/507/Add.4, pp. 15-17, párrafo 391, y pp. 19-20, párrafo 399). Añade el Relator que en tales supuestos graves, deben autorizarse contramedidas de terceros a modo de presión saludable, no refiriéndose a "intervenciones de humanidad" sino a medidas coercitivas no armadas (doc. cit., pp. 22-23, párrafo 405). "En términos de política [afirma el Relator], las dudas y preocupaciones sobre las contramedidas colectivas (en particular, el cuidado de un procedimiento equitativo para el Estado presentado como responsable, el problema de la intervención en una diferencia y el riesgo de agravar esta última) se reducen sustancialmente si la violación en cuestión es grave, bien establecida, sistemática y continuada (...)" (doc. cit., p. 22, párrafo 405).

⁵⁸ No, desde luego, en la del Gobierno del Japón: "El párrafo 2 del art. 54 es otra reminiscencia del crimen internacional (...). El derecho de cualquier Estado a tomar contramedidas tal como se estipula (...) va mucha más allá del desarrollo progresivo del Derecho internacional, Más bien debería calificarse de evolución 'innovadora' o 'revolucionaria' del Derecho internacional" (doc.: A/CN.4/515... cit. [nota 6], p. 93).

Ni tampoco de la de algún otro Estado que intervino en la Sexta Comisión de la Asamblea General: "No resulta adecuado alterar los principios de la Carta permitiendo la adopción unilateral de contramedidas colectivas, sin la participación del organismo central de la comunidad internacional y dejando a los Estados decidir por cuenta propia si se ha producido una violación grave, qué tipo de contramedida se debería aplicar y en qué circunstancias debería levantarse (...)" (doc.: A/CN.4/513... cit. [nota 17], p. 35, párrafo 181).

⁵⁹ Austria tenía dudas de si en caso de violaciones graves, los Estados terceros podían tomar contramedidas pese a no haber invocado previamente la responsabilidad del autor. Y

11. Sabemos, en fin, que al revisar el texto que adoptara su Comité de Redacción en agosto de 2000, la Comisión ha preferido no comprometerse en la regulación de las contramedidas de terceros y ha optado, en el Proyecto definitivo por una cláusula "sin perjuicio" (art. 54) aplicable en general a toda hipótesis de contramedidas por Estados terceros, es decir, tanto en los supuestos en los que hay un Estado lesionado como en aquellos en los que no. A los comentarios efectuados ya sobre la misma me remito (supra párrafos 4-7), bastando con añadir aquí dos ideas:

- Que con ella la "legalidad" de las contramedidas que Estados terceros adopten en interés ya de un Estado lesionado ya de los beneficiarios de la obligación violada dependerá de la práctica internacional del momento, práctica que como se señaló no es, hoy por hoy, definitiva⁶⁰ y que, con su negativa a asumirla expresamente como desarrollo progresivo, la CDI ha debilitado tanto su auctoritas como su dignitas, es decir, ha contribuido a hacerla más provisional e insegura normativamente hablando.

pidió, a fin de despejarlas, una conexión expresa entre el art. 54.2 y el 49.2.b: "En el texto actual del párrafo 2 del art. 54 no hay una conexión clara con el párrafo 2-b) del art. 49, lo que podría crear la impresión de que un Estado puede adoptar contramedidas sin haber hecho anteriormente una reclamación de conformidad con el párrafo 2-b) del art. 49. Cabría argüir que tal interpretación queda excluida indirectamente a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 53, pero en opinión de Austria, se debería hacer más evidente la conexión mediante una referencia expresa" (doc.: A/CN.4/515, p. 93).

Posiblemente, el párrafo 3 del art. 49 sea base suficiente para entender, y estamos en una "fase anterior" a la de las contramedidas, que todo Estado no directamente lesionado también está obligado a invocar la responsabilidad del autor del hecho, Acaso, entonces, las dudas austríacas eran excesivas.

⁶⁰ Es verdad que "(...)frente a las vulneraciones de las normas sobre derechos humanos los Estados han considerado, al menos en algunos casos, que, ante la inactividad de la estructura institucional, y si dejamos de lado el recurso al uso de la fuerza (...), el único medio de presionar y obligar al Estado infractor recalcitrante para que ponga fin al hecho ilícito consiste en la utilización de mecanismos de retorsión y represalias. No existe otra alternativa (...)" (FERRER LLORET, J.: Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos, Tecnos-Universidad de Alicante, Alicante, 1998, p. 239; en general 235-244, 149-204).

Sí, pero de práctica de ¿cuántos Estados hablamos? ¿actúan siempre, como del elemento material de la costumbre se exige, "de manera constante y uniforme"? (...).

- Recuérdese en fin (supra párrafo 4), que en la medida en que el nuevo art. 54 conecta las contramedidas de terceros con los Estados habilitados del art. 48 (que pueden ser los Estados implicados en obligaciones establecidas para la protección de intereses colectivos o todos ellos en el caso de obligaciones para con la comunidad internacional), parece admitir la posibilidad de las contramedidas de terceros, cuando no haya Estado lesionado⁶¹, en los supuestos de violación de esas obligaciones colectivas o respecto de violaciones no graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto, lo que en absoluto estaba claro según el Proyecto del Comité de Redacción (2000).

III. Contramedidas y arreglo de controversias.

12. Las contramedidas, tanto por su naturaleza misma como por las regulaciones que de ellas se hace en el Proyecto de artículos de la CDI, parecen invocar su control por un procedimiento de arreglo obligatorio, imparcial y vinculante. Esto es, parecen reclamar que una jurisdicción internacional, en un supuesto dado en que un Estado lesionado o habilitado para invocar la responsabilidad internacional de otro comprueba que éste se niega a aceptarla, por lo que considera la adopción contra el mismo de contramedidas, se pronuncie sobre si éste se encuentra legitimado o no para hacerlo, a la luz de las normas de Derecho internacional en vigor, y en qué condiciones.

Por su naturaleza, digo, puesto que las contramedidas constituyen una concesión del Derecho a la Política, lo que, siempre peligroso, debe controlarse estrictamente⁶². Asimismo, la conexión con un sistema fiable de arreglo de controversias viene también de la mano de las disposiciones concretas que las regulan tal y como han sido adoptadas por la CDI en su Pro-

⁶¹ De existir éste, el texto de agosto ya admitía contramedidas de terceros en estos supuestos, pero supeditadas a los deseos de ese Estado.

⁶² Vid. International Law Association (ILA): First Report of the ILA Study Group on the law of State responsibility (submitted by the chair of the study Group to the Special Rapporteur and the Chairman of the United Nations International Law Commission and the ILA Director of Studies), Peter Malanczuk, Chairman, La Haya, 8 junio 2000, pp. 1-55 (pp. 22-23, párrafos 70-71) (fuente: <http://www.ila.hq.org>).

yecto de artículos, y que pueden generar desacuerdos interpretativos; y en varios sentidos: naturaleza puramente "instrumental" de las contramedidas, condiciones de su ejercicio, ámbitos materiales en los que se excluyen, regla de la proporcionalidad, contramedidas de terceros Estados en ciertos supuestos (...).

Item más. El Proyecto de la CDI no excluye, aunque él no las regula, que Estados no lesionados directamente, en los casos de violación grave de normas imperativas (y aún en otros supuestos), puedan adoptar contramedidas contra el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito. Este caso, por su indeterminación tal y como ha quedado y, también, por referirse a violaciones muy graves del Derecho abunda en la necesidad de esa conexión a la que antes me refería entre contramedidas y un sistema de arreglo obligatorio, imparcial y vinculante, conexión, por lo demás, que interesa a los Estados cuanto más débiles sean, pues ellos serán normalmente las víctimas de las contramedidas ⁶³.

13. La CDI, en su Proyecto de 1996, entendió perfectamente semejante planteamiento. Según su texto, las controversias sobre aplicación o interpretación del Proyecto pueden acabar, si las partes no han podido resolverla por negociación, mediación o buenos oficios, mediante el recurso obligatorio a una Comisión de Conciliación que termina con una decisión no vinculante (arts. 54-57 y Anexo I). Pero, en el caso en el que un Estado decida adoptar contramedidas contra otro, al que acusa de no hacer frente a su responsabilidad, éste, es decir, el Estado acusado del hecho internacionalmente ilícito puede unilateralmente llevar el caso ante un arbitraje (art. 58 y Anexo II). Así, este órgano se pronunciará sobre el conflicto, incluido naturalmente la legitimidad del desencadenamiento de las contramedidas; por otra parte, y salvo las medidas provisionales para la preservación de sus derechos, la sumisión al arbitraje implicaría la imposibilidad de llevar a cabo (o en su caso de continuar) las contramedidas (art. 48). Aunque este

⁶³ Son, por el contrario, otros, los Estados "grandes", los que "viven muy confortablemente sin la ayuda de tales instituciones de la comunidad internacional organizada (...)" (CH. TOMUSCHAT: "International law: Ensuring..." cit. [nota 48], p. 368, párrafo 13).

sistema no estaba en principio pensado para su aplicación a los "crímenes", como finalmente no se regula de manera específica para éstos ni en relación con las contramedidas ni respecto del sistema de arreglo de controversias, parece lógico pensar que el mismo es aplicable a aquellos.

La instauración de la jurisdicción obligatoria sobre las contramedidas, lo que implicaba en términos generales una paralización de éstas hasta el desenlace del asunto, fue alabada como una importante contribución, pues eso era, al desarrollo progresivo, y criticada por entender que era un desarrollo "demasiado progresivo" y, por tanto, absolutamente inaceptable para la mayoría de los Estados:

- En mi opinión, desde luego, el someter la toma de contramedidas al control y supervisión de una jurisdicción internacional constituye un avance y debe aplaudirse en principios; en la línea, por ejemplo, del sistema de la OMC en el que no se permiten contramedidas unilaterales sin más (...) ⁶⁴.

- Para otros, el sistema de 1996 era "quimérico", "utópico", "extremadamente coactivo", primando además indirectamente el desencadenamiento de contramedidas ⁶⁵. El mismo Relator CRAWFORD se opuso tajantemente al sistema ⁶⁶.

⁶⁴ Vid. ad ex. CH. TOMUSCHAT cit., pp. 373-374 (párrafo 20).

En esta línea, por ejemplo, Karl ZEMANEK ha considerado también estas disposiciones positivas, por establecer un equilibrio entre los derechos de los Estados que legítimamente lesionados quieren una reparación y los derechos de un Estado considerado responsable injustamente por una autodenominada víctima ("The legal foundations of the international system. General Course on Public International Law", *Recueil des Cours*, 266 [1997], pp. 9-336, en p. 326, párrafo 696; o FERRER LLORET para el que el sistema "merece una valoración positiva" (Las consecuencias del hecho ilícito internacional [El Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la CDI en 1996]), Universidad de Alicante, Alicante, 1998, p. 256).

⁶⁵ PELLET, A.: "Remarques..." cit. (nota 16), pp. 29-30 (párrafos 31-33).

⁶⁶ "El Relator Especial consideró que no sería posible establecer un vínculo automático entre la adopción de contramedidas y la solución de controversias, sino que los artículos deberían adaptarse a los sistemas de solución existentes o que se estaban desarrollando (...)". (Informe de la CDI...doc.. A/55/10 cit. [nota 21], pp. 83-84, párrafo 312).

14. El Proyecto adoptado por el Comité de Redacción en segunda lectura (agosto de 2000) eliminó toda referencia al sistema de arreglo de controversias; y lo mismo ha hecho el Proyecto definitivo de artículos adoptado por la Comisión en agosto de 2001.

15. Que el sistema de control de las contramedidas por medio de la jurisdicción obligatoria es una propuesta de *lege ferenda* nadie lo discute; seguramente, el Derecho internacional consuetudinario no obliga a un Estado que desee adoptar contramedidas sino, antes de hacerlo, a cumplir determinadas exigencias mínimas de tipo procesal (requerir el cumplimiento y al acaso advertir de las contramedidas)⁶⁷; acaso ni siquiera a ofrecer negociaciones como el Proyecto de la CDI establece finalmente.

Pero si los Proyectos de la CDI tuvieran que limitarse siempre a codificar normas ya existentes tan sólo ¿qué habría sido del progreso del Derecho internacional? Dada la naturaleza de las contramedidas y su regulación es muy conveniente que su desencadenamiento y realización se vean sometidos a un sistema obligatorio de apreciación por un tercero imparcial. Que lo ideal es que, además, éste sea una Corte o tribunal que finalice su labor con una decisión jurídicamente obligatoria me parece asimismo indiscutible⁶⁸; comparto pues la opinión que se expresó por uno de los Gobiernos en la Sexta Comisión, debatiendo el Proyecto del Comité de Redacción (2000), de que resulta peligroso separar la cuestión de las contramedidas de las del

⁶⁷ Sentencia de 9 de diciembre de 1978 en el asunto sobre el Acuerdo relativo a los servicios aéreos concluidos entre Estados Unidos y Francia el 27 de marzo de 1946, Report of International Arbitral Awards/Recueil des Sentences Arbitrales, XVIII, pp. 415-493, en párrafos 90-96; sentencia de 25 septiembre 1997, asunto sobre el Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, CIJ Recueil 1997, pp. 7 ss., párrafo 84.

Vid. ad ex. OKOWA, PH.W. "Defences..." cit. (nota 3), pp. 407-408; CONDORELLI, L.: "La règlement des différends en matière de responsabilité internationale des Etats: Quelques remarques candides sur le débat à la CDI", European Journal of International Law, 5 (1994), nº 1, pp. (pp. 111-113); CARRILLO SALCEDO, J.A.: "Droit international..." cit. (nota 47), pp. 197-198; ILA: First Report... cit. (nota 62), pp. 22-23 (párrafos 70-72) y 26-27 (párrafos 88-89).

⁶⁸ Indiscutiblemente "cándido" acaso, sí (pero "¿por qué la Comisión no debería encargarse (...) de enriquecer, completar –en suma, desarrollar– este mecanismo?": CONDORELLI: "Le règlement..." cit., p. 111).

arreglo pacífico de controversias, por lo que ese Gobierno reclamaba “la inclusión de disposiciones sobre procedimientos vinculantes de arreglo de controversias (por ejemplo, en un artículo separado, inmediatamente después del art. 50) (...)”⁶⁹.

Si los Estados, hoy, se empeñaran en no aceptar en ningún caso esta idea y puesto que en sus manos está elevar o no el Proyecto a Convenio, al menos un sistema obligatorio de Conciliación permitiría que un tercero ajeno a las partes se pronunciara sobre tan crucial cuestión.

⁶⁹ Doc.. A/CN.4/513... cit. (nota 17), p. 30 (párrafo 147).

PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD EN EL
ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.
INCOHERENCIAS SISTÉMICAS

Zlata Drnas de Clément*

El párrafo décimo y el artículo 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), de 17 de julio de 1998, establecen el carácter complementario de la Corte (CPI) en su relación con las jurisdicciones penales internas de los Estados Partes¹.

* - Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Córdoba y de Teoría de las Relaciones Internacionales en la Universidad Católica de Córdoba. Miembro Titular de la AADI.

¹ El Décimo párrafo del Preámbulo del ECPI expresa: "(...) la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales". Por su parte, el Art. 1 establece: "Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (...)". En otro orden de cosas, hacemos presente que hacemos referencia en este párrafo a Estados Partes y no a Estados Contratantes, a pesar de no hallarse aún en vigor el ECPI (56 instrumentos de ratificación depositados al 23 de marzo de 2002, frente a los 60 instrumentos de ratificación requeridos por el Estatuto para su entrada en vigor, de conformidad al Art. 126), debido a que la "complementariedad" de la Corte en relación a las jurisdicciones penales internas recién será efectiva con la entrada en vigor del ECPI.

Consideramos que tal complementariedad no resulta coherente con la naturaleza del derecho penal internacional (I), ni con la percepción jurídico-socio-histórica de los más graves crímenes de derecho internacional que son de la competencia de la Corte (II).

I- NATURALEZA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

a) Naturaleza en relación al tipo de responsabilidad

Los publicistas, mayoritariamente, señalan que, a diferencia de la "responsabilidad internacional" del derecho internacional clásico que tiene como sujeto pasivo al Estado en tanto que persona de derecho internacional, el sujeto pasivo de la "responsabilidad penal internacional" es el individuo. Ocasionalmente, y "de lege ferenda", se ha sostenido la idea de que el Estado, en tanto que persona jurídica internacional debería también ser sujeto de responsabilidad penal internacional². Al respecto sostenemos que, en el estadio actual de desarrollo del Derecho internacional, el Estado es sujeto de responsabilidad penal internacional ya que ambos tipos de responsabilidad forman un complejo unitario en el que la sanción penal internacional es sólo una de las modalidades de castigo al Estado: sanción en la persona de sus individuos.

Si bien el ejercicio de la jurisdicción penal internacional es de surgimiento reciente, también lo es la percepción, a nivel de la comunidad internacional en su conjunto, de la necesidad de sancionar los crímenes internacionales (atribuibles al Estado) de modo particular, agregando a la responsabilidad de la persona ideal la de los individuos a quienes se imputa la realización material de esos crímenes (dirigentes, organizadores, instigadores, cómplices...). Constituye esto una doble sanción al Estado en tanto, a más de responder internacionalmente por los actos de Estado, éste

² MUNICH, F.- "State Responsibility in International Criminal Law" en la obra colectiva de BASSIOUNI, Ch. y NANDA, V. P. (comp. y ed.)- A Treatise on International Criminal Law, Springfield, Illinois, 1973, p. 149 y ssgtes. MALEKIAN, F.- International Criminal Law, Upsala, 1991, pp 31-40. (Cf. RAMA MONTALDO, M.- "Acerca de Algunos Conceptos Básicos Relativos al Derecho Penal Internacional y a una Jurisdicción Penal Internacional", p. 865).

ve sustraído a uno de sus miembros (nacional o no nacional³) a su jurisdicción. Si el Estado ha adoptado todas las medidas a su alcance para impedir o sancionar efectivamente las graves violaciones a normas internacionales que se hayan producido en el territorio bajo su jurisdicción, la responsabilidad internacional ni del Estado, ni del individuo habrán de entrar en juego.

Percibiendo esta dimensión integradora, pero no distinguiéndola es que, tanto el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º Período de Sesiones (2001)⁴, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluyen este esquema de relación en su estructura.

Así, el primero, en su Art. 26, establece en relación al cumplimiento de normas imperativas que:

“Ninguna disposición (...) excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general”.

A ello agrega el Art. 58 que:

“Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre del Estado”⁵.

El ECPI, por su parte, en el Art. 25 (4) dispone que:

“Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme el derecho internacional”⁶.

³ Tal el caso de un extranjero que haya cometido crímenes de derecho internacional en el territorio de un Estado.

⁴ Informe de la CDI, 53º Período de Sesiones (2001). Asamblea General de Naciones Unidas. Doc. Of. 56º Período de Sesiones. Supl. Nº 10 (A/56/10).

⁵ El resaltado nos pertenece.

⁶ El resaltado nos pertenece.

Asimismo, es de tener presente que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su Art. 7 expresa:

"1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional (...).

2. El presente artículo no impedirá el juicio o el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas"⁷.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 15, establece:

"1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional (...).

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional"⁸.

Bien conocemos que el objeto del sistema de protección internacional de los derechos humanos frente a violaciones que pueden atribuirse a los Estados, no es el de imponer penas a las personas culpables de las violaciones sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados reponsables⁹.

En los textos de los documentos citados precedentemente encontramos que los tres "tipos de responsabilidad" han sido tenidos en considera-

⁷ El resaltado nos pertenece.

⁸ El resaltado nos pertenece.

⁹ Pár. 134 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29 de julio de 1988, en el Caso Velásquez Rodríguez (Comisión Interamericana de Derechos Humanos vs. Estado de Honduras).

ción en los tres complejos normativos relativos a responsabilidad internacional: responsabilidad internacional interestatal tradicional, responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos, responsabilidad penal internacional por violaciones graves al derecho internacional humanitario. Todos esos tipos, nacen de obligaciones no cumplidas de los Estados. Poseen características diferentes de satisfacción de conformidad al tipo de daño causado y de reparación requerida, si bien constituyen un sistema complejo unitario. Así, el crimen internacional genera consecuencias jurídicas distintas a la de los delitos. Estos últimos exigen al Estado cumplir con la obligación violada, hacer cesar la violación, ofrecer garantías y seguridades de no repetición, reparación, ya sea restituyendo, indemnizando, dando satisfacción. Los crímenes dada su gravedad y la escisión entre el Estado violador y la sociedad internacional que importan, generan la necesidad de castigar internacionalmente a las personas físicas que fueron el instrumento material de la acción. Dado que las violaciones de competencia de la Corte lesionan a la comunidad internacional en su conjunto y a que las condiciones que acompañan a ese tipo de crímenes implican su comisión en el marco de los actos de Estado, ese castigo sólo puede ser efectivo si es internacional.

La distinción entre 'crímenes' y 'delitos' introducida en 1976 en la codificación del Derecho internacional por el art. 19 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados¹⁰, adoptada por la CDI en primera lectura en 1980, si bien no hace referencia a la naturaleza diferente entre esos tipos de responsabilidad, en el caso de los crímenes internacionales, la gravedad de la conducta ilícita¹¹ hace que la propia naturaleza del tipo de responsabilidad adquiera una nueva dimensión, lo que

¹⁰ Anuario de la CDI, 1976, Vol. II. Segunda Parte, Cap. III, Responsabilidad del Estado, Sección B, Art. 19.

¹¹ Art. 19 (2) del Proyecto de la CDI, aprobado en primera lectura en 1980, establece: "El hecho internacionalmente ilícito resultante de la violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación esté reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional".

ha llevado a afirmar que los crímenes internacionales, a más de la doble responsabilidad señalada (Estado e individuo) implican i.a.: * la obligación de los Estados de prohibir, prevenir, y castigar esos crímenes independientemente de las prescripciones de su derecho interno¹²; * el deber de juzgar al inculcado o bien el deber de extraditarlo a esos fines, a falta de tribunales internacionales competentes¹³; * la imposibilidad de invocar el carácter político del crimen como causa de denegación de la extradición; * la inviabilidad de invocar inmunidad alguna en razón de comisión del ilícito en ejercicio de función pública; * la imprescriptibilidad del crimen y la no aplicación del principio de irretroactividad¹⁴; * el derecho de constituir tribunales internacionales permanentes o ad hoc para su juzgamiento¹⁵.

Si bien la diferenciación terminológica entre crímenes y delitos ha desaparecido del Proyecto de Artículos de la CDI adoptado en el año 2001¹⁶, la diferenciación conceptual subsiste. Así, el Cap. III hace referencia a "violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general", contemplando consecuencias particulares para

¹² Obligación no sólo para el Estado bajo cuya jurisdicción fueron cometidos los hechos (condición sine qua non para que la acción no se transforme en acto de Estado cuando fuere ejecutada por particulares) sino también para los otros Estados en virtud de tratarse de violaciones a normas de jus cogens. En tal sentido el Art. 41 del Proyecto de la CDI aprobado en 2001 establece que los Estados deben cooperar para poner fin a toda violación de norma imperativa de derecho internacional general, no reconociendo como lícita ninguna situación creada por una violación de norma imperativa de derecho internacional, ni prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación. El Art. 3 del mismo proyecto dispone que la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional, no siendo tal calificación afectada por el hecho de que el acto sea considerado lícito en el derecho interno.

¹³ En el caso de los crímenes más graves, algunos publicistas entienden que los Estados deben aplicar la competencia universal aún faltándoles base convencional, atento a que son violaciones erga omnes de conformidad al derecho internacional general.

¹⁴ V. infra lo relativo a Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y al juzgamiento por Alemania de los crímenes cometidos por los "Mauerschützen".

¹⁵ V. nuestro trabajo "Jurisdicción Internacional Penal", en Revista de la Facultad, Nueva Serie, N° 4, Vol. 2, Año 1997, pp. 155-182.

¹⁶ V. Informe de la CDI, 53° Período de Sesiones. Asamblea General de Naciones Unidas. Op. cit.

ese tipo de ilícitos. La violación de una norma imperativa de derecho internacional general, en sí misma implica grave lesión. No obstante, el Proyecto le agrega peso al tipo de violación, haciendo referencia a "violaciones graves". Es decir, se refiere a lo más grave de lo grave. Indudablemente, se refiere a lo que el ECPI considera "crímenes más graves" atento a la pista que el Proyecto da en su Art. 40 (2): "incumplimiento flagrante y sistemático de la obligación del Estado responsable"¹⁷.

A menudo, y equívocamente, se ha criticado a algunos autores de haber confundido "la intención" de la CDI al introducir la noción de 'crimen', entre ellos a Bassiouni, por haber señalado:

"(...) presently the principal source for the proposition of state criminal responsibility for international crimes is found in the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility which established in Article 19 the criminal responsibility of States for wrongful (...) "¹⁸.

También, el referido publicista ha sido observado por haber señalado, en relación al Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad:

"(...) at first the drafters (International Law Commission) had departed from the basic premise of individual criminal responsibility on which international criminal responsibility was based since Nuremberg and Tokyo war crimes trials, recognizing State criminal responsibility but then in 1985 they abandoned that course"¹⁹.

Entendemos con Malekian que el Art. 19, al distinguir entre 'crímenes' y 'delitos' ha "construido el concepto de responsabilidad criminal internacional de los Estados"²⁰.

¹⁷ V. infra: * crímenes de competencia de la Corte y * percepción jurídico-socio-histórica de los crímenes de derecho internacional.

¹⁸ A Draft International Criminal Code and Draft State for an International Criminal Tribunal, M. Nijhoff, Dordrecht, 1987, p 50-51.

¹⁹ BASSIOUNI, Ch.- Op cit. "A Draft (...)", p. 51.

²⁰ International Criminal Law, Upsala, 1991, Vol. I, p. 25.

La CDI, en sus comentarios, reiteradamente ha tratado de evitar toda confusión entre 'crimen internacional' y 'crimen de derecho internacional'. El primero, consistente en hechos atribuibles al Estado, el segundo, en hechos imputables a los criminales (individuos-órganos del Estado involucrados en la perpetración del 'crimen internacional'). Sin embargo, algunos autores han entendido que la CDI ha utilizado las palabras 'crimen' y 'delito' sin darles una connotación penal²¹. Por nuestra parte creemos que ha usado esos términos para señalar que, en el caso de los crímenes internacionales, la gravedad de los ilícitos y la repulsa que su comisión inspira en la conciencia de la comunidad internacional, desencadena a la par de la responsabilidad tradicional estatal la responsabilidad personal de los individuos-órganos del Estado que realizaron tales actos.

Abona esta posición lo establecido en el Cap. II del Proyecto de la CDI de 2001, relativo a la atribución de un comportamiento al Estado²², el que dispone que se considerará hecho del Estado el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado, incluso cuando se haya extralimitado en su competencia o contravenido instrucciones. Expresamente, el Art. 4 (2) del Proyecto señala que "se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado". También será atribuible al Estado: * el comportamiento de una persona o entidad que sin ser órgano del Estado, está facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público y actúe en tal calidad, aun cuando se haya extralimitado en sus facultades; * el comportamiento de un órgano puesto a disposición de otro Estado, que actúe en ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra, aun cuando se haya

²¹ V. GRAEFRATH, B.- "International Crimes and Legal Consequences", en XVI Curso de Derecho Internacional, Comité Jurídico Interamericano (1989), Washington, 1991, p. 169-176, particularmente, Secc. 3.

²² Capítulo que posee escasas diferencias sustanciales con las previsiones del Proyecto de la CDI en la materia, aprobado en 1980.

extralimitado; * el comportamiento de una persona o grupo de personas, en ejercicio de atribuciones del poder público, en ausencia o defecto de la acción de autoridades oficiales, en circunstancias que justifiquen la intervención; * el comportamiento de movimientos insurreccionales o de otra índole, cuando éstos se conviertan en gobierno del nuevo Estado o nuevo gobierno del Estado. Si bien el Proyecto no hace referencia a la responsabilidad del Estado por actos de los particulares en caso de daño internacional y falta de diligencia estatal en la prevención o represión de tales actos, el Art. 11 viene a cubrir tal situación al establecer que el comportamiento que no es atribuible al Estado en virtud de las disposiciones contenidas el respecto, se considerará, no obstante, hecho de ese Estado en el caso y en la medida en que ese Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio. Al respecto, es de tener en cuenta lo dictaminado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su sentencia de 24 de mayo de 1980, en el Asunto Relativo al Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán en relación a la responsabilidad del Estado por actos de los particulares: "la política oficial iraní de permitir que se mantenga ocupada la embajada y la retención de los rehenes" "transforma en acto del Estado el comportamiento de los 'militantes'" ²³.

Los crímenes más graves hacen que el "contenido" de la responsabilidad internacional del Estado tenga características particulares (consecuencias jurídicas diferenciadas)²⁴. La mediatización del hombre, en el caso de

²³ CIJ Recueil 1980, pár. 30-45, 57-58, 74, 87.

²⁴ Es notoria la debilidad del proyecto de la CDI al no haber desarrollado en profundidad las consecuencias jurídicas especiales, diferenciadas, para la violación de las normas imperativas. Resulta feble e insatisfactorio que sólo haya hecho referencia a obligaciones tales como: * continuidad del deber de cumplir la obligación internacional (Art.29), * cesación y del ofrecimiento de seguridades y garantías de no repetición (Art. 30), * reparación del perjuicio causado (Art. 31). La reparación se halla regulada en los Arts. 34 a 39 inclusive. Las formas de reparación incluidas son: * restitución (restablecimiento a la situación anterior); * indemnización, si el daño no ha podido ser reparado por la restitución, lo que incluye el lucro cesante e intereses sobre la suma principal desde la fecha en que debió pagarse y la fecha de efectivo cumplimiento; * satisfacción en la medida que no pueda haber reparación mediante restitución o indemnización (reconocimiento de la violación, expresión de pesar, disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada). En el caso de los crímenes más gra-

los crímenes internacionales, no es admisible, llevando a la par de la responsabilidad del Estado por el crimen internacional, la responsabilidad del individuo por los crímenes de derecho internacional cometidos.

En el caso la responsabilidad penal internacional que acompaña a la internacional, nos encontramos con una manifestación de evolución del Derecho internacional, dado que el Estado ve limitados sus derechos, siendo sancionado en la persona de sus individuos, en pos de la construcción de un orden público internacional. En el caso de las normas cuya violación dé lugar a la aplicación del derecho internacional penal, el individuo se ve obligado en virtud del derecho internacional a actuar de determinado modo²⁵. No obstante, las personas físicas no son las destinatarias directas de las normas internacionales, aún cuando deban responder personalmente por sus actos criminales. Bien señala Zoller que una visión realista del derecho internacional universal en la actualidad presenta un alto grado de ficción en la insistencia sobre el lugar común que considera al individuo como persona internacional, ya que el individuo puede ser responsable de crímenes de derecho internacional sin poseer personalidad jurídica internacional²⁶.

Los tres tipos de responsabilidad responden a un solo complejo coherente, en el que las consecuencias de los hechos ilícitos adquieren modalidades diferentes, por lo que, también, han dado lugar al desarrollo de distintos sistemas procesales²⁷. Ninguno de esos tres tipos de responsabilidad entra en juego a menos que se haya cometido un ilícito internacional.

ves, una de las formas de reparación es el castigo al individuo que cometió los hechos, lo que cumple función no sólo de sanción-satisfacción, sino también de garantía de no repetición, al menos no por parte de ese individuo.

²⁵ HEYDTE, von der- "L'Individue et les Tribunaux Internationales", en RCADIH, 1962-III, Vol. 107, p. 346.

²⁶ ZOLLER, E.- "The Status of Individuals under International Law", en GUINSBURGS, G. y KUDRAVTSEV, V. N. (edit.)- The Nuremberg Trial and International Law, M. Nijhoff, Dordrecht, 1990, p. 102.

²⁷ Estos tres tipos son fácilmente observables en el caso de las responsabilidades de la Yugoslavia por crímenes internacionales. Así, ante la CIJ se diligencia el proceso de Bosnia-Herzegovina contra Yugoslavia (Serbia-Montenegro) por violaciones a la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio; ante el TPIY se ventilan los crímenes de derecho inter-

b) Naturaleza en relación al tipo de norma violada

La competencia de la CPI ha sido limitada a los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”: crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión²⁸.

Tal como lo resaltáramos en el punto anterior, los crímenes internacionales se caracterizan por su gravedad especial y por la particular repulsa que su comisión inspira en la conciencia de la comunidad internacional organizada, lo que lleva a responsabilizar penalmente a quienes personalmente han contribuido a su comisión (crimen de derecho internacional).

Así el Preámbulo del ECPI expresa en los Párrafos

4. “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo (...)”.

5: “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

9 “Decididos (...) en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional (...) que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”²⁹.

nacional imputados a los individuos; ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el Comité de Derechos Humanos de NU (Cte.DH) se ha reclamado por violaciones a los derechos humanos (Tal el caso, i.a.de CEDH, File 41399/98 y Cte.DH, Communication N° 744/1997).

²⁸ Art. 4 del ECPI. Es de observar que resulta débil la referencia a los crímenes más graves como “de trascendencia” para la comunidad internacional en su conjunto, ya que se trata de violaciones a normas de jus cogens, que socavan los cimientos mismos de la sociedad internacional. En consecuencia, no sólo son de mera “trascendencia”, importan, generalizados un daño a la subsistencia misma de la comunidad internacional.

²⁹ Tal como se señalara precedentemente, los Arts. 1 y 5 del ECPI reiteran la naturaleza “grave” de los crímenes de competencia de la Corte. No obstante, de modo poco consecuente con esa condición, el Estatuto al tipificar los crímenes de guerra contempla acciones que por sí solas no responden a la gravedad requerida ni a la percepción jurídico-socio-histórica de los crímenes internacionales y crímenes de derecho internacional. Tal el caso de los

La inclusión del crimen de agresión entre las figuras penales de competencia de la Corte, sin duda, responde al contexto de guerra en el que históricamente se construyó el sistema de responsabilidad penal internacional. No obstante, tiene una textura diferente a la de los otros tipos de crímenes ya que, tanto el genocidio como los crímenes de lesa humanidad y de guerra implican daño a personas físicas, en tanto la agresión, en sí, es un ataque a una persona jurídica que, si bien, generalmente, deriva en violaciones a las personas humanas no conlleva necesaria e independientemente ese tipo de daño. Si bien, los Estados, mayoritariamente, al igual que las organizaciones no gubernamentales, durante la Conferencia de Roma han apoyado la inclusión de la agresión como crimen, la percepción de diferencias entre la agresión y los otros crímenes de competencia de la Corte ha conducido a que el ECPI prevea el aplazamiento de la jurisdicción de la Corte en la materia hasta que se llegue a un acuerdo en una Conferencia de Revisión del Estatuto por los Estados Partes sobre la definición, elementos y condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte en materia de crimen de agresión³⁰. Además, la diferencia sustancial del crimen de agresión en relación a los otros crímenes ha colocado a la Corte en relación de subordinación al Consejo de Seguridad a la hora de determinar si ha se ha producido un acto de agresión. Atento a lo dispuesto en el Art. 103 de la Carta de NU (CNU) resulta inadecuada (por sobreentendida y sobreabundante) la frase incorporada en el Art. 5 (2) in fine del ECPI: "Esa disposición [las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión] será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas".

siguientes artículos e incisos del ECPI: Art. 7 (e) "Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; Art. 7 (h) "Persecución de un grupo o colectividad (...) en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo (...)", Art.8: "IV) destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; V) obligar a un prisionero de guerra u a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga; VI) privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; VII) someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales", etc.

³⁰ Arts. 5. (2), 121, 123 del ECPI.

La remisión de una situación al Consejo de Seguridad, es razonable aunque innecesaria en virtud de lo establecido en la propia Carta de Naciones Unidas, ya que se basa en la competencia que le otorga el capítulo VII, que es obligatoria y legalmente ejecutable en todos los Estados. Cuando es el Consejo de Seguridad el que, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Cap. VII de la Carta, remite al Fiscal una situación en que parezca que se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte, la jurisdicción se torna obligatoria aún cuando ni el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen ni el Estado cuya nacionalidad posee el acusado sean partes en el Estatuto. Ello en virtud de lo dispuesto en la Carta de Naciones Unidas y no en base a la fuerza normativa del Estatuto. En estos casos, la Corte Penal Internacional ayuda al Consejo de Seguridad a mantener la paz mediante la investigación y el enjuiciamiento. Esta jurisdicción, que resulta de una remisión del Consejo de Seguridad, resalta la función de la Corte en la ejecución de las normas del derecho penal internacional. Es de observar que los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra, aún cuando diferentes al crimen de agresión, en la mayoría de los casos lo presuponen³¹.

Sur ha observado, por un lado, la internacionalización del Derecho penal al abarcar las graves violaciones al Derecho internacional humanitario³² y, por otra parte, ha remarcado el objeto del Derecho penal: sustituir la

³¹ Ya se trate de agresión a un Estado o a un pueblo o grupo étnico.

³² Expresamente, el autor ha señalado que la CPI no se ocupa de las violaciones a los derechos humanos. Esta distinción no pretende separar ambos tipos de responsabilidad (violación del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos), aún cuando procesalmente esta diferenciación resulta útil para señalar las consecuencias diferentes y los procedimientos particulares aplicables en el caso de los más graves crímenes internacionales. La visualización unitaria de la responsabilidad internacional tradicional, la responsabilidad penal internacional y la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos, permite captar la compleja estructura de reparación adoptada por el ECPI en sus Arts. 75 y 77. El Art. 75 regula los principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación de las víctimas o sus causahabientes a cargo del condenado, en tanto el Art. 77 enuncia las penas a aplicar al condenado (reclusión, multa, decomiso). V. SUR, S.- "Le Droit International Pénal entre l'État et la Société Internationale", en *Actualité et Droit International (ADI)*. Informe presentado en el Coloquio sobre "Internacionalización del Derecho Penal", Universidad de Ginebra, 16 y 17 de marzo de 1999, p. 2.

venganza privada, la aplicación de la ley del talión, el contagio del desorden y las violaciones de derecho por una justicia independiente, objetiva, imparcial³³ ³⁴. La aplicación de un sistema de castigo por los mismos afectados, a falta de acción efectiva de contención y sanción por parte del Estado o a nivel internacional, llevaría a la expansión al infinito de los más graves crímenes, destruyendo las bases mismas de la comunidad internacional.

Tal como lo señalara Condorelli, el EPCI importa un condicionamiento sin precedentes a la soberanía de los Estados, representando el único instrumento convencional con vocación general en materia de Derecho Internacional Humanitario, que prevé un mecanismo jurisdiccional destinado a desembocar en decisiones obligatorias de castigo a quienes cometan crímenes de derecho internacional³⁵. Si bien se trata de derecho material preexistente, importa una relevante codificación y desarrollo de un complejo normativo particular que hasta el Estatuto se ha mantenido disperso en diversos instrumentos de distintas épocas, predominantemente manifestados a través de la costumbre con contornos a menudo inciertos y controvertidos³⁶.

Antes de la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el derecho consuetudinario no establecía directa y expresamente la responsabilidad criminal de los individuos por violaciones al derecho de guerra, aún cuando tal tipo de incriminación ya fue contemplado con anterioridad³⁷.

Es de tener presente que los crímenes de competencia de la Corte forman parte del bloque duro de normas imperativas no negociables del Dere-

³³ Ibidem.

³⁴ Una Corte permanente de la naturaleza de la contemplada en el EPCI permitirá romper las bases de la reiterada crítica que recibieron los tribunales penales ad hoc conocidos hasta ahora, consistente en considerar a tales sistemas de sanción como "justicia de los vencedores".

³⁵ CONDORELLI, L.- "La Cour Pénale Internationale: Un Pas de Géant (pourvu qu' il soit accompli...)", en RGDIP, 1999-1, p. 8.

³⁶ Ibidem, p. 9.

³⁷ V. infra incidencia del tipo de responsabilidad y de crímenes sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno de los Estados.

cho internacional, de los “principios intransgredibles del Derecho internacional consuetudinario”, al decir de la Corte Internacional de Justicia³⁸. Por tratarse de ese tipo de normas es que, adecuadamente, el ECPI, haciéndose eco de las posturas más firmes de los Estados negociadores (i.a. Alemania), no supeditó la jurisdicción de la Corte al arbitrio de los Estados Partes³⁹, ni a la decisión del Consejo de Seguridad⁴⁰ y otorgó al Fiscal la capacidad de iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte. Y, si bien, cuando estime que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, deberá presentar a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para investigar, junto con la documentación justificatoria, tiene facultades, en caso de rechazo, para presentar ulteriormente otra petición a la Sala basada en nuevos hechos o pruebas relacionados a la misma situación⁴¹.

La gravedad de los crímenes, ha llevado a que los Estados que no son partes en los convenios que recogen normas de Derecho Internacional Humanitario, en particular las relativas a crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, se hallen vinculados a esas normas en virtud de una obligación consuetudinaria^{42 43}.

³⁸ V. Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, en el Asunto Relativo a la Licitud del Recurso a la Amenaza o Uso de Armas Nucleares. CIJ, Recueil 1996, p. 79.

³⁹ Es de tener presente que en las negociaciones se consideró la posibilidad de “un régimen de aceptación estatal para cada procedimiento individual” y el modelo “opt in/opt out”, el que hubiese equivalido a una jurisdicción “a la carta”.

⁴⁰ El texto adoptado por el ECPI respaldó la propuesta de compromiso de Singapur, en el sentido de que el Consejo de Seguridad únicamente pueda bloquear un procedimiento una vez que haya adoptado una resolución conjunta, con el voto de nueve Miembros, incluidos los votos de los cinco Miembros Permanentes. La Conferencia rechazó la posición según la cual el Consejo de Seguridad podía bloquear la persecución penal por el mero hecho de estar “ocupándose” de “situaciones determinadas”. Así, el Art. 16, requiere para la suspensión de la investigación o el enjuiciamiento una “resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”.

⁴¹ V. Art. 15. Además es de tener en cuenta que, de conformidad al Art. 42, la Fiscalía actúa en forma independiente, como órgano separado de la Corte.

⁴² PÉREZ GONZÁLEZ, M.- “Las Relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, en Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Vol. 1, 1997, edit. Aranzadi, p. 331.

Incluso los Estados que han sido reacios a aceptar la idea de la existencia de normas de jus cogens, en diferentes oportunidades, han reclamado para este tipo de violaciones tal carácter. Tal el caso de la posición de los Estados al adoptarse la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (AG NU) de 11 de diciembre de 1946, la que surgiera a propuesta del propio Presidente de los EE.UU., H. Truman. La referida resolución señala que los “principios de Nuremberg” constituyen normas de derecho internacional general⁴⁴. En 1947, la AG NU, receptando el informe del Secretario General de la organización, Trygve Lie, reiteró la declaración relativa a la condición de los “principios de Nuremberg” como parte del derecho internacional general. Además, es de tener presente la posición de los EE.UU. en el Asunto Relativo a las Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, al invocar el carácter de norma consuetudinaria general para el derecho natural a la legítima defensa⁴⁵.

Acorde con la visualización de los crímenes de la competencia de la Corte como violaciones a normas de jus cogens, es que el ECPI, en su Art. 120 ha dispuesto la no admisión de reservas bajo ningún concepto, no pudiendo invocarse razones de orden público ni de seguridad nacional en la perpetración o tolerancia de tales actos. Además, dado que tales actos lesionan la conciencia de la humanidad, cualquiera sea la circunstancia en la

⁴³ La gravedad de los crímenes de la jurisdicción de la Corte torna objetable algunas de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal contempladas en el Art. 31. Tal el caso del inc. b) relativo al estado de intoxicación, ya que la exigencia para la imputabilidad de que la acción haya sido “a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera”, resulta excesiva y difícilmente probable. También resulta criticable el Art. 32 al considerar que en violaciones como las que son de competencia de la Corte quepa considerar la posibilidad de un error de hecho que haga desaparecer el elemento de intencionalidad criminal.

⁴⁴ Los “principios de Nuremberg” están conformados por los principios de Derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de Londres, 8 de agosto de 1945 (Arts. 6 a 8 del documento) y los contenidos en la sentencia del Tribunal de 1 de octubre de 1946. No se consideran manifestación de derecho consuetudinario los principios contenidos en las sentencias de los doce procesos seguidos entre el 18 de octubre de 1946 y el 17 de febrero de 1947, también en Nuremberg.

⁴⁵ CIJ Recueil 1986, pár. 183-225.

que se produzcan, es que el Estatuto, en el caso de los crímenes de guerra, no lo limitó a los conflictos armados internacionales, sino que los extendió a los conflictos armados internos⁴⁶.

El hecho de que en julio de 1988, en Roma, 160 países trataran el establecimiento de una Corte Penal Internacional permanente para juzgar a los individuos responsables de lo que han considerado como "los más graves crímenes" que afectan al mundo, ha llevado a afirmar a muchos de los delegados que la adopción del acuerdo tenía tanta importancia como la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, como también, al Secretario General de las NU, Kofi Annan, que el Estatuto era un "paso gigantesco a favor de los derechos universales del hombre y del imperio de la ley"⁴⁷.

En el caso de los crímenes que son de competencia de la CPI (los más graves tal como expresa el Art. 5 del Estatuto), en todos los casos existirá la doble responsabilidad del Estado ya que ninguno de los crímenes de competencia de la Corte, de conformidad a sus elementos, puede trascender al plano internacional sin que haya mediado acto de Estado, dadas las características de esas violaciones. Así, la figura del "genocidio" requiere que los actos se perpetren con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, lo que implica uso de fuerza y continuidad de acción en el tiempo, situación impensable si ha habido contención por parte del Estado, aún cuando la acción genocida hubiese sido llevada adelante por particulares. Los "crímenes de lesa humanidad" requieren que los actos se cometan como "parte de un ataque generalizado o

⁴⁶ V. Art. 8 inc. c), d) , e). No empece esta observación el hecho de que el inc. f) del mismo artículo disponga que "no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas", ya que, en circunstancias de esa naturaleza, difícilmente podrían producirse las violaciones graves que configuran el tipo de delito, salvedad hecha de las observaciones formuladas en relación a la debilidad de ciertos enunciados de los elementos del crimen en los Art. 7 y 8. (V. Nota 29).

⁴⁷ El Estatuto fue adoptado por 120 votos a favor, 7 en contra (EE.UU., India, Israel, Bahrein, Qatar, China y Vietnam) y 21 abstenciones. Posteriormente, Bahrein, EE.UU. e Israel han suscripto el Estatuto (11 de diciembre de 2000, 31 de diciembre de 2000 y 31 de diciembre de 2000, respectivamente).

sistemático"⁴⁸, en tanto, los "crímenes de guerra" requieren para su configuración que los actos se cometan como "parte de un plan o política", "a gran escala", lo que lleva a situación equivalente a la de genocidio en lo que hace a la condición de acto de Estado y, con ello, base de la doble responsabilidad: la del Estado como persona jurídica por el acto de Estado (crimen internacional) y la personal del individuo brazo ejecutor del crimen de derecho internacional.

Precisamente, como lo hemos desarrollado y tal como lo observara Sperduti, dos características principales distinguen los crímenes internacionales de otras acciones humanas que causan perjuicio a bienes e intereses internacionalmente protegidos: "a) la gravedad del perjuicio (...) que toca a la sociedad internacional en su conjunto; b) las características excepcionales de medidas de represión que autoriza el derecho internacional contra los individuos culpables, medidas que derogan las limitaciones que el derecho internacional impone de ordinario a la autoridad de los Estados para salvaguardar a la persona humana y más especialmente para salvaguardar a los extranjeros y las personas que poseen calidad de órganos del Estado"⁴⁹.

c) Incidencia del tipo de responsabilidad y de crímenes sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno de los Estados

La incorporación del principio de complementariedad de la jurisdicción penal internacional frente a las jurisdicciones nacionales ha sido una

⁴⁸ Este crimen fue instrumentado por primera vez, bajo esa denominación, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945 (Tribunal de Nuremberg), como sometido a situaciones de guerra. La figura penal ha evolucionado y ha sido receptada en el ECPI fuera del entorno bélico, pero no fuera del contexto del crimen de Estado, dado el grado de organización que requiere la política criminal para conformar un ataque generalizado o sistemático. Es de tener presente que esta figura delictiva se corresponde con la que en las definiciones del Tratado de Versalles fue designada como "ofensas a la moralidad internacional". (V. JUROVICS, Y.- *Réflexions sur la Spécificité du Crimen contre l' Humanité*, Librerie Générale Droit et Jurisprudence, París, 2002; ZAKR, N.- "Approche Analytique du Crime contre l' Humanité en Droit International," en RGDIP, Tomo 105, 2001-3).

⁴⁹ SPERDUTI, G.- "L' Individu et le Droit International", en RCADIH, 1956-II, N° 90, p..772.

consecuencia de circunstancias políticas existentes en el seno de la CDI y de la Conferencia diplomática de Roma. A pesar de resultar incoherente con el tipo de responsabilidad internacional penal e implicar una reducción de las facultades de la Corte⁵⁰, ha permitido que el Estatuto fuera aprobado por una gran mayoría de Estados⁵¹. No obstante, tal como lo observáramos en los puntos desarrollados precedentemente, atento a que los graves crímenes de competencia de la Corte sólo son pensables en el marco de un acto de Estado y a que, cuando entra en juego la responsabilidad internacional por la comisión de esas violaciones, sólo cabe la sanción internacional⁵², es que consideramos que la proclamada "complementariedad" es una incoherencia en la visualización del sistema

La condición de violación a normas de jus cogens que revisten los crímenes de competencia de la Corte, también hace que resulte improcedente la aplicación del principio *nullum crimen nulla pena sine lege*, tal como han sido enunciado en los Arts. 22 a 24 del ECPI, en tanto ningún sujeto podrá argüir que desconocía que el genocidio o las conductas configurativas de los crímenes de lesa humanidad o crimen de guerra constituían violaciones graves a normas no negociables del derecho internacional. Además, es de observar que estos principios no condicen con el principio de imprescriptibilidad enunciado en el Art. 29 del Estatuto. Si los "crímenes más graves" violan normas consuetudinarias de carácter general, ajenas a la idea de contractualidad, consensualidad, imprescriptibles, resulta impensable la no retroactividad. Bien ha expresado S. Sur. "Au passage, car on va y revenir, peut se demander si cette non rétroactivité est dans son esprit bien cohérente a le caractère imprescriptible des crimes visés"⁵³.

Es correcto invocar, en general, para la aplicación del principio *nullum crimen nulla pena sine lege* que la propia naturaleza de las normas obliga y

⁵⁰ POLITI, M.- "Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: Le Point de Vue d'un Négociateur", en RGDIP, 1999-4, p. 825.

⁵¹ WECKEL, Ph.- "La Cour Pénale Internationale. Présentation General, en RGDIP, 1998-4, p. 984.

⁵² V. infra.

⁵³ SUR, S.- Op. cit. "Le Droit International Pénal (...)".

que por ello toda disposición jurídica debe ir dirigida hacia el futuro. No obstante, tal como los señala Oliver Calderón, en todo ordenamiento, incluso el penal, se admiten excepciones al principio de irretroactividad⁵⁴. El mismo autor, recuerda que sólo se puede considerar culpable una conducta, si en el momento de su ejecución el autor sabía que ella estaba prohibida, que haya conocido o podido conocer la antijuricidad de su conducta. Atento al tipo de crímenes de competencia de la Corte tal conciencia de antijuricidad se halla asegurada. Oliver Calderón y Saborit⁵⁵, además, señala que no es necesario conocer la medida exacta de pena con la que la ley amenaza y que sólo deben ser irretroactivas las leyes que tipifican nuevos delitos. Resulta útil recordar que, en los procesos penales tras la reunificación alemana por delitos cometidos en la República Democrática Alemana, se habló de la necesidad de que no queden sin sanción ciertas conductas llevadas a cabo en la RDA. Tal el caso del juzgamiento de los Mauerschützen (“tiradores del Muro”), en el que no se tomó en cuenta el principio de irretroactividad de la ley penal, señalando el Tribunal Constitucional alemán que “el principio de irretroactividad no es absoluto, sino que reconoce excepciones”⁵⁶. Más aún, Reshetov entiende que el recurso a la legislación penal nacional para el sistema de penas se hace innecesario dado que la calificación de un hecho como crimen de derecho internacional implica un cambio en los efectos temporales del derecho aplicable, de manera que en derecho internacional la reglamentación ex post facto de las sanciones no es contraria al principio de irretroactividad de las leyes. La particularidad, aclara, se explica en el hecho de que al principio de irretroactividad de las leyes se superpone el principio básico de la “inevitabilidad del castigo”, principio enunciado por CDI en su codificación de los principios reconocidos por el Estatuto y por la Sentencia del Tribunal de Nuremberg, en los siguientes términos: “Toda persona que cometa un acto que constituya de-

⁵⁴ OLIVER CALDERÓN, G.- “El Fundamento del Principio de Irretroactividad de la Ley Penal”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXI, Valparaíso, Chile, 2000, p. 95.

⁵⁵ SABORIT, F. I. Error Juris. El Conocimiento de la Antijuricidad y el Art. 14 del Código Penal, Editorial Atelier, Barcelona, 2000, p. 108 y ssgtes

⁵⁶ Ibidem, p. 209.

lito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeto a sanción”⁵⁷. Por su parte, el mismo Tribunal Militar de Nuremberg señaló: (...) in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished”⁵⁸.

Si bien, desde el inicio de los trabajos preparatorios conducentes a la adopción del ECPI, se dio un entendimiento amplio entre los delegados en el sentido de que la relación entre la Corte y las jurisdicciones nacionales no debía ser como en los tribunales ad hoc, de primacía del Tribunal⁵⁹, sino de complementariedad en relación a los jueces internos, resulta imposible hablar de responsabilidad internacional, cualquiera fuera el tipo, si el Estado ha cumplido diligentemente con sus obligaciones internacionales, aún cuando no haya podido evitar que los hechos dañosos se hayan producido. Tal el caso cuando el Estado adopta medidas para evitar que las violaciones se produzcan o bien, inmediatamente, ha procedido a la sanción de los que cometieron tales actos. En tal caso no hay “complementariedad”. Simplemente ha funcionado un sistema, no necesitando que entre en funcionamiento otro. En tal situación resulta más adecuado hablar de “subsidiariedad” que de “complementariedad”.

La Corte se concibió llamada a intervenir sólo en las cuestiones más graves en las que los sistemas de justicia penal interna resultan -según la expresión de la CDI- “inexistentes o ineficaces”⁶⁰. Numerosos Estados señalaron la conveniencia de no desresponsabilizar las jurisdicciones criminales nacionales en los crímenes previstos por el Estatuto. Poco sentido tiene tal afirmación, en tanto, la responsabilidad de los Estados, frente al

⁵⁷ Anuario de la CDI, 1950, Vol. II.

⁵⁸ Cf. RESHETOV, A.- “The Temporal Operation of Norms on Criminal Responsibility”, en *The Nuremberg Trial and International Law*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1990, p. 113-114 y p. 217.

⁵⁹ Estos Tribunales responden a otro tipo de lógica. Tienen origen unilateral y coercitivo. (SUR, S.- “Vers une Cour Pénale Internationale: La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité”, en *RGDIP*, 1999-1, p. 42-45; SUR, S.- “Le Droit Pénal International (...)”, Op. cit, p. 8-10). V. infra en relación a los Tribunales Penales Internacionales ad hoc.

⁶⁰ Rapport de la CDI, sur les travaux de sa quarante-sixième session (A/49/10), p.47.

derecho internacional, en ciertos casos (como las violaciones a normas imperativas) siempre ha existido. Por ello, resulta fuera de contexto la preocupación por el hecho de que la justicia penal interna exista o no, sea eficaz o no. El derecho interno frente a derecho internacional es un simple hecho. No hay necesidad alguna de señalar todos los hechos posibles con los que se puede configurar un ilícito internacional. Poco interesa por qué o por qué vías el Estado ha cometido la violación de una norma imperativa. Simplemente ha cometido el ilícito o lo ha hecho suyo. Esta afirmación resulta más evidentemente fundada cuando se tiene en cuenta que, en el caso de los crímenes de competencia de la Corte, el Estado no puede invocar circunstancias excluyentes de la ilicitud (consentimiento, legítima defensa, contramedidas, fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad, circunstancia de derecho interno). Bien señala el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001), en su Art. 26 que “ninguna disposición del presente Capítulo (Cap. V. Circunstancias que Excluyen la Ilícitud) excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”. Por otra parte el Art. 3 expresa que la calificación de ilícito se rige por el derecho internacional siendo irrelevante su condición del acto en el derecho interno.

La complementariedad receptada por el ECPI, en el párrafo décimo del preámbulo y en el Art. 1, se completa en el Art. 17, el que establece que:

“1) La Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del Preámbulo y el Art. 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo⁶¹;

⁶¹ No parece razonable la referencia a si el Estado está o no “dispuesto” o si “puede” o no investigar o enjuiciar a los criminales, cuestiones discutibles y de difícil prueba. Basta que el Estado no lo haya juzgado para que la Corte tenga competencia. De todos modos, tal

- b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo⁶²;
 - c) La persona de que se trata haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del Art. 20 ⁶³;
 - d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte⁶⁴.
- 2) A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios

como se señalara anteriormente, de haber "hecho" el Estado lo que debía, los crímenes no se hubiesen podido perpetrar o bien, al haber adoptado todas las medidas a su alcance para prevenirlo, minimizarlo o sancionarlo, no habría desencadenado su responsabilidad internacional por ilícito.

⁶² Esta redacción también es objetable ya da la impresión que lo que debe tenerse en cuenta es la "decisión" en sí del Estado y sus "intenciones".

⁶³ Art. 20 Cosa Juzgada. Párr. 3: "La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los Arts. 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia". No parece adecuada la referencia a "otro tribunal", como si la Corte y los tribunales nacionales tuvieran idéntica jerarquía y función, perteneciendo a un mismo sistema jurídico. Resulta evidente que, si el Estado ha obrado conforme al derecho internacional, castigando al violador no ha de cargar con la responsabilidad por el hecho del mismo, ni se verá llamado a los estrados internacionales para ser sancionado en la persona de uno de sus individuos por un crimen de derecho internacional, por cuanto tampoco se ha configurado el "crimen internacional". Por otra parte la referencia a una instrucción independiente, imparcial, con garantías procesales, pone en evidencia una confusión de tratamientos ya que aparecen mezclados intereses distintos y diferentes titulares.

⁶⁴ Resulta difícil pensar que en caso de los crímenes de competencia de la Corte pueda darse "un asunto" falto de gravedad suficiente.

de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el Art. 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia⁶⁵;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia⁶⁶.

3) A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o el hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio⁶⁷.

⁶⁵ Aparece objetable la referencia a la "intención", lo que lleva la cuestión al plano de los distintos niveles judiciales internos y a la necesidad de precisar cuando se ha definido tal intención. Por otro lado, resulta contradictorio hablar, de "demora injustificada en el juicio" y, por otro, de la falta de intención de "hacer comparecer a la persona de que se trata ante la justicia". Si hay demora en un juicio se presume que el inculpado ha sido llamado a comparecer.

⁶⁶ Idéntica observación de incompatibilidad lógica puede hacerse a esta formulación ya que, si el proceso se está sustanciando (bien o mal), se supone que el inculpado ha sido llamado a comparecer.

⁶⁷ Difícilmente la Corte esté preparada para evaluar el "colapso total o sustancial" de la administración de justicia de un Estado o la inexistencia de la misma. Por otra parte, todo el artículo resulta innecesariamente y negativamente casuístico, atento a las normas consolidadas en materia de responsabilidad internacional.

Un control de complementariedad se da en la autorización que da la Sala de Cuestiones Preliminares al Fiscal para que inicie la investigación. También se da cuando la Corte debe cerciorarse de ser competente, pudiendo ser causa de incompetencia el hecho de que el Estado que tiene jurisdicción en la causa esté investigándola o enjuiciándola o lo haya hecho antes [Art. 19 (1) (b)]⁶⁸.

La debilidad de la Corte y su incoherencia con el tipo de responsabilidad que viene a regular, se torna notoria no sólo en la declaración de "complementariedad" y en la aplicación sin particularidades especiales de los principios penales de garantía procesal, sino también en la Parte IX del ECPI, relativa a la cooperación internacional y a la asistencia judicial. Así, el Art. 87 establece que la Corte estará "facultada para formular solicitudes de cooperación a los Estados Partes" (inc. 1. a.); que "podrá "invitar a cualquier Estado que no sea Parte" a prestar asistencia (inc. 5); que "podrá solicitar a cualquier organización intergubernamental que le proporcione información o documentos" (inc.6). No obstante, si un Estado Parte, en contravención a lo dispuesto en el Estatuto se niega a dar una solicitud de cooperación formulada por la Corte, ésta sólo podrá hacer una constatación en tal sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de Estados Partes o a al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto. Todo ello sin mayores consecuencias establecidas para el incumplidor. Y, si bien, en el Art. 93 dispone que los Estados Partes "deberán" cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con las investigaciones o enjuiciamientos penales, el deja una importante puerta abierta al incumplimiento a través del inc. 4 del mismo dispositivo legal y del Art. 72 del Estatuto, referidos a los intereses de seguridad nacional del Estado. Este bloque normativo contraviene la jerarquía de intereses en juego y resulta no coherente con lo dispuesto para los crímenes internacionales en el Pro-

⁶⁸ El Art. 19 del ECPI, Impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa, dispone: "(...) 2.-Podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el art. 17, o impugnar la competencia de la Corte: (...) b) el Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes (...)". Es de observar la confusa redacción de la versión en español ya que no es la "causa" la investigada o enjuiciada.

yecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, en particular su Cap. V. Además, en relación a la cooperación, debe tenerse en cuenta que el Cap. IX consagra la cooperación (obligación general) pero ella debe organizarse de conformidad a los procedimientos nacionales (Art. 88), es decir que la instancia internacional estará acompañada seguramente de procedimientos y contenciosos nacionales.

Dado que el concepto de 'crimen internacional' se refiere a aquella conducta cuyo carácter penalmente ilícito no está determinado por el derecho interno del Estado sino por el propio derecho internacional, ya por norma consuetudinaria o convencional y, atento a que los crímenes de derecho internacional contemplados en el Estatuto son de ejecución imposible a menos que se hayan producido en el marco de acciones atribuibles al Estado (crimen internacional), resulta insensato pensar en la posibilidad de que el mismo Estado criminal se juzgue a sí mismo.

Dado que el derecho-deber de juzgar los crímenes de derecho internacional, nace en el instante inmediato a su ejecución, ni siquiera es dable pensar en la posibilidad de juzgamiento por el Estado a quien son atribuibles los crímenes (en la persona de sus funcionarios o personas que han actuado bajo su responsabilidad), ya que el Estado no es más que el pueblo organizado, el mismo que consintió y toleró los actos criminales. Aún cuando se admitiera que una porción importante de la ciudadanía se opuso o no colaboró con la ejecución de los hechos criminales, la porción restante que, indefectiblemente, debió haber dado apoyo al Gobierno responsable de los crímenes internacionales, sería de tal envergadura que tornaría imposible el juzgamiento y sanción de los ejecutores sin que ello significara nuevas causas de conflicto social interno y, probablemente, en su contención (acción-reacción) la comisión de nuevos crímenes.

Aún cuando el párrafo sexto del Preámbulo del ECPI – el que expresa que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"⁶⁹ - no se refiriera al Estado de co-

⁶⁹ Es de observar que debió decir "crímenes de derecho internacional".

misión de las violaciones sino a otros Estados, que tienen el derecho-deber de ejercer la competencia universal en casos de genocidio, crimen de lesa humanidad o crímenes de guerra⁷⁰, tal modalidad procesal no es la más deseable por múltiples razones. Por un lado, genera inevitables fricciones interestatales⁷¹. Además, tratándose de los crímenes aberrantes que afectan a la sociedad internacional en su conjunto, la aplicación de un sistema como el del ejercicio de la competencia universal, que carece de supervisión internacional, llevaría a situaciones en que, el derecho interno (habilitado por el derecho internacional), diferente según los países, aplicaría condenas de distinta envergadura por similares hechos, debilitando la base de justicia que debe consolidarse a nombre de la comunidad internacional en su conjunto⁷².

En un todo coherente con la gravedad de los crímenes de competencia de la Corte y su incidencia en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, el ECPI establece que el Consejo de Seguridad puede solicitar que La Corte difiera una investigación o enjuiciamiento por un período renovable de doce meses cuando está ejerciendo los poderes de ejecución o de mantenimiento de la paz que le confiere el Capítulo VII. Esta prórroga tiene el propósito de asegurar que los esfuerzos del Consejo de Seguridad en favor de la paz no se vean afectados por la investigación o la acción

⁷⁰ No incluimos el crimen de agresión, no solo por las razones invocadas supra, sino atento a que luce imprudente e impertinente que un tercer Estado pretenda juzgar un crimen de agresión (menos aún el lesionado), como lo sugieren el párrafo sexto del Preámbulo y el Art. 1 del ECPI.

⁷¹ Recuérdese lo señalado precedentemente en el sentido de que todos los "crímenes de derecho internacional" de competencia de las Corte implican el "crimen de Estado".

⁷² Maisson señala que la represión de los crímenes de derecho internacional deben ser reprimidos por un tribunal penal internacional en tanto interesan a la comunidad internacional en su conjunto y atento a las dificultades que conlleva la aplicación de la competencia universal, particularmente en lo que hace a la igualdad de derechos de los inculcados de conformidad a los sistemas jurídicos de los diferentes Estados, a la "confiscación" de la capacidad de investigación por órganos del ejecutivo, a la capacidad de ser parte en los procedimientos de la víctima o sus derechohabientes. (MAISON, R.- "Les Premieres Cas d' Application des Dispositions Pénales des Conventions de Genève par les Jurisdictions Internes", en EJIL, 1995, p. 260-273).

judicial de la Corte. Tal capacidad del Consejo de Seguridad resulta adecuada si se tiene en cuenta que, incluso la Asamblea General de Naciones Unidas se ve obligada a "ceder" lugar al Consejo cuando éste se está ocupando de una cuestión de paz o seguridad internacionales⁷³.

Por otra parte, el Consejo, de modo indirecto, viene a poseer facultad de supervisión de la Corte en lo sustancial ya que, si bien, de conformidad la ECPI, los Estados Partes supervisan el trabajo de la Corte y vigilan al Presidente, al Fiscal y a la Secretaría en las cuestiones relativas a la administración de la Corte, toman decisiones en cuanto a su presupuesto, deciden sobre el cambio del número de jueces y estudian cualquier cuestión relativa a la no-cooperación, el Consejo de Seguridad puede impedir sine die, una investigación o enjuiciamiento⁷⁴. Esta condición del Consejo viene a incrementar la percepción de incompatibilidad de la idea de "complementariedad" entre el sistema penal internacional y el de los derechos internos.

Además, nuestra visualización viene a ubicar otras cuestiones en el lugar exacto de una estructura jurídica sistemática y coherente. Así, nuestra posición hace que pierda sentido la cuestión en torno a si la CPI "violará" las jurisdicciones nacionales. No será un reemplazo de las jurisdicciones nacionales. Los tribunales nacionales seguirán teniendo, como siempre, no "prioridad en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes en su jurisdicción" como suele decirse, sino obligación internacional de hacerlo. De no suceder así, surgirá su responsabilidad internacional, la que dada la naturaleza de las violaciones incluye la responsabilidad penal internacional. El que la CPI no intervenga, salvo circunstancias especiales, mientras el Estado esté juzgando al individuo que cometió el crimen de derecho internacional o cuando ya lo haya condenado no es más que una puesta en evidencia de que la diligencia debida del Estado ha actuado.

⁷³ Art. 12 de la Carta de Naciones Unidas.

⁷⁴ El Art. 16 del ECPI, si bien dispone que el pedido del Consejo es por un plazo que no puede exceder los doce meses, permite la renovación del mismo sin limitaciones.

También, esta percepción hace que resulte innecesario cuestionarse si la sumisión a la CPI de los miembros de las fuerzas nacionales o de las misiones de paz, en sí, puede causar algún tipo de violación de normas internacionales. Los Estados en cuyo territorio se hayan cometido genocidios, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, o cuyos nacionales sean víctimas de tales crímenes, tendrán el derecho y la obligación legal de investigar y enjuiciar a las personas acusadas de cometer tales crímenes⁷⁵.

En otro orden de cosas, la idea lingüística de complementariedad, implica que se está haciendo referencia a un agregado no imprescindible a la funcionalidad de un sistema o bien que se está indicando un elemento destinado a llenar sus lagunas o falencias. Es reconocido que el sistema internacional entra en funcionamiento cuando el derecho interno no ha dado satisfacción por comportamientos lesivos de derechos considerados fundamentales y necesarios o convenientes de ser resguardados desde la acción internacional. El solo hecho de que un genocidio se haya perpetrado o cualquiera de los otros crímenes de competencia de la Corte, sin más, pone en evidencia la falencia del Estado. Por ello, uno de los principios aplicables en materia de los más graves crímenes internacionales y de derecho internacional es que el individuo violador no puede escudarse tras el Estado ya que las obligaciones internacionales trascienden la obediencia que el Estado impone al individuo, como tampoco puede el Estado eximirse de responsabilidad por el hecho de que los individuos criminales hayan sido internacionalmente sancionados⁷⁶.

Además, quienes sostienen la conveniencia de la condición complementaria de la Corte olvidan que, en la práctica, la Corte, de conformidad a

⁷⁵ Téngase presente que los países que contribuyen con sus tropas en misiones de paz siguen teniendo jurisdicción penal sobre los miembros de esas misiones. En relación a la responsabilidad de los Estados por actos u omisiones en ese ejercicio, recuérdese los Arts. 26, 32, 41 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, aprobado en 2001.

⁷⁶ Si el Estado de comisión del crimen de derecho internacional hubiese actuado diligentemente, es improbable que las violaciones se hubiesen podido configurar, atento la masividad de resultado, la sistematicidad, la planificación requeridas.

sus atribuciones, se puede constituir en un ente supervigilante de las jurisdicciones nacionales y de las condiciones internas de un país al definir si un Estado de la jurisdicción ha estado o no dispuesto a llevar adelante una investigación o enjuiciamiento, si puede o no hacerlo en la realidad, si ha tenido o no independencia en los juzgamientos, etc. Incluso, la Corte podría llegar a desconocer resoluciones judiciales estatales basadas en determinado tipo de instituciones constitucionales, vg.: la amnistía.

Cabe preguntarse si la sola enunciación de la complementariedad, más allá del peso de su significación, no lleva a banalizar violaciones monstruosas de obligaciones universales, las que hallan amparo bajo el paraguas de presuntas garantías de legitimidad de carácter general, no compatibles con la gravedad de los crímenes⁷⁷.

Así como no cabe la idea de complementariedad en materia de responsabilidad internacional de los Estados por ilícitos internacionales, tampoco cabe en la internacional penal, la que constituye con la doble sanción, una manifestación de gravedad de los crímenes internacionales.

II- PERCEPCIÓN JURÍDICO-SOCIO-HISTÓRICA DE LOS MÁS GRAVES CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL QUE SON DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Si bien el proceso de construcción del Derecho Penal Internacional con sus características actuales se inicia al término de la Segunda Guerra Mundial, la idea de que ciertas conductas, que afectan a la comunidad internacional, a la conciencia colectiva, deben ser penadas internacionalmente, tiene raíces mucho más antiguas. En todos los casos, la percepción de las violaciones punibles se ha focalizado en los "más graves crímenes".

Schiffrin recuerda expresiones de Hugo Grocio, anticipatorias de la idea de jurisdicción penal internacional. Así cita el siguiente párrafo: "También debe saberse que los reyes, y aquellos que tienen un poder igual al de los reyes tienen el derecho de infligir penas no sólo por las injusticias co-

⁷⁷ Cf. SUR. S- Op. cit "Vers una Cour Pénale (...)", p. 45.

medidas contra ellos y sus súbditos, sino aun por aquellos que no los afectan particularmente y que violan hasta el exceso el derecho de la naturaleza o de gentes, respecto de cualquiera que sea [el autor de los excesos](...)"⁷⁸.

Bassiouni evoca intentos milenarios por regular el uso de la fuerza en conflictos armados y señala que "la criminalización de los actos que contravienen las leyes, normas y regulaciones de la guerra evolucionó gradualmente, lo mismo sucedió con la persecución internacional de los provocadores de guerras injustas o de agresión y los infractores de las reglamentaciones del modo de desarrollar la guerra"⁷⁹.

Algunos autores consideran que el primer proceso criminal de carácter internacional fue desarrollado en Nápoles en 1268, contra Conradin von Hohenstafen por haber iniciado una guerra injusta y que el primer juicio penal internacional habría sido el realizado en 1474 en Breisach, Alemania, habiéndose juzgado a Peter von Hagenbach por un tribunal de veintiocho miembros elegidos en el ámbito de cuatro ciudades-libres del Sacro Imperio Romano Germánico. El acusado fue condenado a muerte por violaciones "al derecho de Dios y de los hombres" (asesinatos, violaciones y pillaje durante la ocupación de Breisach).

La sensibilidad frente a las violaciones que conmovían a la conciencia de la comunidad humana, llevó a Antoine Marini y a Jeremías Bentham a proponer la creación de una jurisdicción internacional criminal. Así, el primero, incluyó tal aspecto en su Proyecto de "Pacto de Alianza y Federación entre le Rey Luis XI, el Rey Jorge de Bohemia y el Gran Ducado de Venecia" (1461). El segundo, abordó la cuestión en su obra "A Plan for an Universal and Perpetual Peace" (1789).

⁷⁸ SCHIFFRIN, L.- "Pro Jure Mundi", en Revista Jurídica de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 1998, I-II, p. 22.

⁷⁹ BASSIOUNI, Ch.-"El Derecho Penal Internacional: Historia, Objeto y Contenido", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, enero-abril de 1982, tomo XXXV, fascículo I, p. 16.

Gustave Moynier presentó en 1872 la propuesta de creación de un tribunal criminal, en el entendimiento que “una sanción puramente moral (es) insuficiente para contener las pasiones desencadenadas”⁸⁰.

El Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, en sus artículos 227 a 230 estableció la responsabilidad penal del individuo por delitos contra la paz y contra las leyes y costumbres de guerra, aunque no llegó a conformar el tribunal internacional previsto⁸¹. En 1920, la ley de punición de criminales y crímenes de guerra de la República de Weimar, tuvo el efecto de evitar las extradiciones de los inculcados a los Aliados para su juzgamiento, pero mostró la incapacidad del Estado de la jurisdicción para castigar a los culpables⁸².

El Proyecto de Estatuto de la Alta Corte de Justicia Internacional Penal de 1920, elaborado por el Comité Consultivo de Juristas bajo la Presidencia del Barón Descamps), no fue aprobado por la Sociedad de Naciones por considerar prematura la instauración de una jurisdicción penal internacional. El Proyecto derivó más tarde en la constitución de la Corte Permanente de Justicia Internacional, ajena a lo penal.

Al igual que el proyecto de de 1920, los Proyectos Pella de 1927 y 1935, contemplaron la sanción penal de los crímenes más graves, vinculados a situaciones de guerra.

⁸⁰ Bulletin International des Sociétés des Secours aux Militaires Blessés, abril de 1872, N° 11, cit. en Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 145, marzo de 1998, p. 63 y ssqtes.

⁸¹ El Tribunal internacional a constituirse debía tener competencia en tres tipos de crímenes: a) “ofensas a la moralidad internacional”, las que más tarde habrían de conocerse bajo el nombre de “crímenes contra la humanidad”; b) “ofensas a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados”, más adelante designadas “crímenes contra la paz” y c) “acciones contrarias a los derechos y a las costumbres de guerra” o “crímenes de guerra”. V. MERIGNHAC, A.- “De la Responsabilité Pénale des Actes Criminels Commis au Cours de la Guerre de 1914-1918”, en *Révue de Droit International et Législation Comparée*, 1930, Vol. 1 pp. 33-42.

⁸² Numerosos internacionalistas observaron la circunstancia y tildaron a los procesos de “parodia de justicia”. Tal el caso de G. Battle (“The Trial Before the Leipzig Supreme Court of Germans Accused of War Crimes”, en *Virginia Law Review*, N° 8, 1926).

La "Cláusula Martens" contenida en el Preámbulo de la Segunda Convención de La Haya de 1899, sobre Leyes y Costumbres de Guerra, expresa: "Esperando, pues, que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidas entre naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". Esta cláusula se reiteró en la Cuarta Convención de La Haya de 1907 y fue incorporada en términos equivalentes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, disponiéndose que la denuncia de los Convenios "no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública"⁸³.

El Estatuto, de Londres, de 8 de agosto de 1945, creó el Tribunal Militar Internacional con competencia para "juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje" que, como individuos o como miembros de organizaciones hubiesen cometido algunos de los crímenes de competencia del Tribunal: crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad en conexión con cualquiera de los dos primeros⁸⁴. Este Estatuto, tanto en lo que hace a los elementos sustanciales de los crímenes⁸⁵ como a ciertos principios característicos del dere-

⁸³ V. Arts. 63, 62, 142 y 158 de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente.

⁸⁴ Ello, para hallar aval a la no aplicación del principio de irretroactividad en sanciones a esos crímenes en el derecho general. Vg.: las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y de Ginebra de 1929 para los delitos de guerra y en el Pacto Briand Kellogg para los delitos contra la paz.

⁸⁵ Téngase en cuenta que aún no se había adoptado la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio.

cho internacional penal⁸⁶, ha sido una de las principales bases para la construcción de los distintos sistemas de jurisdicción penal internacional que habrían de sucederle⁸⁷.

La Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció por primera vez la necesidad de un mecanismo permanente para enjuiciar los asesinatos en masa y los criminales de guerra en 1947, después de los juicios de Nuremberg que siguieron a la II Guerra Mundial. Así, la AG NU, en 1947, ha percibido la necesidad de un mecanismo permanente para enjuiciar a los asesinatos en masa y a los criminales de guerra, solicitando a la CDI en su Res. 177 /II, de 21 de noviembre, que: *- formule los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto de Londres de 8 de agosto de 1945 y las sentencias del Tribunal del Nuremberg, y *- que prepare un Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Además, mediante Res. 260-B/III, de 9 de diciembre de 1948, pidió a la CDI que estudiara la posibilidad de crear un Tribunal Penal Internacional para juzgar el genocidio⁸⁸ y otros crímenes contra la humanidad.

La CDI designó Relator a J. Spiropoulos quien elaboró en 1950 un Proyecto de Principios y Delitos, si bien todos los comportamientos contemplados constituían lo que hoy conocemos como crímenes de derecho internacional. El Proyecto definió los "delitos contra la paz, delitos de guerra y contra la humanidad", sin alejarse de los principios de Nuremberg. En 1954, la CDI presentó a la AG NU el Proyecto con enmiendas, no obstante, la Asamblea por Res. 897 (IX) de 4 de diciembre de 1954 consideró que el Proyecto presentaba problemas en lo que hace a la definición de "agresión"⁸⁹, por lo que decidió aplazar su examen hasta que la Comisión especial encargada de definir la agresión se expidiera. Aún cuando la AG NU adoptó en base al informe de esa Comisión la Res. 3314 (XXIX), de 4 de

⁸⁶ Vg.: no aplicación del principio penal de irretroactividad, inexcusabilidad por acción en ejercicio de función pública, inexcusabilidad por acción en cumplimiento de órdenes superiores.

⁸⁷ V. infra.

⁸⁸ La Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio fue adoptada por la AG NU, por unanimidad, ese mismo día, entrando en vigor el 12 de enero de 1951.

diciembre de 1974, Definición de la Agresión, la labor de la CDI sobre el tema no se reactivó hasta 1981, año en que la AG NU, por Res. 36/106 de 10 de octubre, invitó a la CDI a reanudar su labor, con miras a la elaboración de un Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. En 1982, la CDI nombró a Doudou Thiam como relator, habiéndose aprobado el proyecto en primera lectura en 1991. Atento a que la AG NU, por Res. 45/41 de 28 de noviembre de 1990 instó a la CDI a continuar con la preparación del Código pero considerando la posibilidad de instauración de una Corte Penal Internacional, el relator dedicó sus Informes 11° y 12° íntegramente al diseño de un Tribunal Internacional Penal, llegándose en 1994 a la aprobación por la CDI de ese Proyecto de Estatuto⁹⁰, recomendándose a la AG NU la convocatoria a una Conferencia Diplomática Internacional con miras a la adopción de una Convención sobre el tema⁹¹. El proyecto fue sometido a un Comité especial que se ocupó de la viabilidad de la creación de un Tribunal de ese tipo y luego a un Comité Preparatorio, el que centró su actuación en el análisis del texto del Estatuto, desembocando en la Conferencia de Roma de julio de 1998, en la que se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Las normas universales y regionales relativas al derecho humanitario y a normas básicas de derechos humanos establecidas desde la Segunda Guerra Mundial, hicieron pensar que las violaciones a gran escala de derechos

⁸⁹ Dificultad que aún hoy subsiste en el ECPI, tal como se señalara y fundara precedentemente.

⁹⁰ Proyecto desarrollado en 60 artículos. En su breve parte preambular señala que la Corte "tendrá competencia únicamente respecto de los más graves de los crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto" (pár. 2) y que "tendrá por finalidad complementar los sistemas judiciales nacionales en materia penal en aquellos casos en que en esos sistemas no existan o no sean eficaces tales procedimientos de enjuiciamiento" (pár. 3), lo cual es obvio en todo sistema internacional de intervención. También resulta objetable el párrafo primero que desdibuja aún más el rol de la Corte y que expresa que desea "fomentar la cooperación internacional para mejorar el enjuiciamiento y la represión efectivos de los crímenes de trascendencia internacional y, con tal fin crear una corte penal internacional" (el resaltado nos pertenece).

⁹¹ Cf. Nuestro trabajo "Jurisdicción Internacional Penal", Op. cit, p. 165-167.

humanos básicos y de derecho internacional humanitario no volverían a suceder fácilmente, al menos no en el continente europeo. Y, que si tal tipo de violaciones volvían incidentalmente a suceder, instrumentos adecuados estarían disponibles para poner fin a tales violaciones y prevenir las futuras. El conflicto de la escisión de la República Federativa Socialista de Yugoslavia ha tirado por tierra tal convencimiento en considerable medida⁹².

El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY), creado por Res. del Consejo de Seguridad de NU, en el marco del Cap. VII de la Carta (Res. N° 808/93 y 827/93), constituye la primera manifestación en más de cincuenta años de jurisdicción internacional en materia penal. Fue creado para juzgar a las personas inculpadas de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y la fecha a determinar cuando se alcanzara la paz. Este Tribunal, tal como lo fundáramos en un trabajo anterior, puede ser considerado verdaderamente internacional, tanto por su instancia de creación, por su conformación, como por las normas que aplica⁹³. Si bien, a fines de 1994 apenas contaba con cuatro detenidos, en estos momentos se puede vanagloriar de haber logrado sentar en el banquillo de los acusados a quien fuera Presidente de Yugoslavia, Slobodan Milosevic.

El Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR), también fue creado por Res. del Consejo de Seguridad (N° 955/94) para juzgar a las personas inculpadas de genocidio y graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario en el territorio de Ruanda y a ciudadanos ruandeses acusados por violaciones de tal tipo cometidas en el territorio de los Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

⁹² HEBEL, H. von- "An International Tribunal for the Former Yugoslavia: An Act of Powerless or a New Challenge for the International Community", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 4, 1993, p. 437.

⁹³ Cf. "Jurisdicción Internacional (...)", op. cit, p. 175- 177. V. asimismo, "Algunas Consideraciones sobre Jurisdicción Nacional e Internacional en Caso de Violación de los Derechos Humanos", en *Anuario Argentino de Derecho internacional*, Córdoba, Año 2000, p.180 y ssgtes.

En el caso de los dos tribunales, cualquiera sea su denominación, el eje de los crímenes se ha centrado en violaciones a normas de jus cogens en situaciones de conflicto armado. Así el TPIY tiene competencia en materia de crímenes de lesa humanidad (durante el período de guerra), crímenes de guerra (violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, a los Protocolos Adicionales I y II de 1977, al IV Convenio de La Haya y al Reglamento Anexo de 1907) y genocidio⁹⁴. No incluyó el crimen de agresión, probablemente, por un lado, para evitar que ello lleve a investigar sobre los tratados violados y la legitimidad de la constitución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y, por otro lado, por haberse iniciado la crisis yugoslava como conflicto armado no internacional. El TPIR tiene competencia en materia de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (violaciones al Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional II de 1977), atento a que el conflicto en Ruanda no fue un conflicto armado internacional⁹⁵.

La reciente creación del Tribunal Penal Internacional para Sierra Leona, basada en la Res. 1315/2000 del Consejo de Seguridad de las NU y en el Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona de 16 de enero de 2002, está dirigido al juzgamiento de los responsables de crímenes de guerra y otras violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario, crímenes contra la humanidad y crímenes de conformidad a las reglas pertinentes del derecho de Sierra Leona. El Acuerdo entre la Organización y el Gobierno del país ha dado un tinte particular a la competencia *ratione materiae* del Tribunal.

En toda la evolución histórica, la que brevemente hemos tratado de visualizar en este punto, la responsabilidad internacional penal del individuo ha sido aplicada en el caso de los crímenes más aberrantes -los que mantuvieron a través de la historia sus figuras penales sin mayores modificaciones sustanciales- y ha estado acompañada de la responsabilidad del

⁹⁴ El Estatuto se limitó a transcribir los Arts. 2 y 3 de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio.

⁹⁵ Razón por la cual tampoco cabía considerar el crimen de agresión.

Estado u otro sujeto internacional por esos mismos actos⁹⁶. Tal percepción socio-jurídica evolutiva contraviene la idea de relación de complementariedad entre el sistema judicial de la Corte y el de los Estados, dando sustento al cuestionamiento de coherencia que formulamos.

CONCLUSIONES

Atento a que el siglo XX ha sido testigo de las peores crueldades y violencias que registra la historia de la humanidad, resulta plausible que se haya arribado a un acuerdo sobre el establecimiento de un sistema de justicia penal internacional permanente, el que habrá de actuar en forma más rápida de lo que lo que pudieron o pueden hacer los tribunales ad hoc en el castigo de los crímenes más graves, configurando un decisivo instrumento sancionatorio y preventivo⁹⁷, aún cuando ese documento no haya captado en toda su dimensión -tal como lo señaláramos al discutir el principio de complementariedad entre la Corte y las jurisdicciones nacionales- la esencia de la jurisdicción penal internacional como parte integrante de la idea de orden público de la comunidad internacional⁹⁸.

⁹⁶ En el caso de Sierra Leona la percepción adquiere características especiales en tanto el Estado ha buscado poner a salvo su diligencia a través del Acuerdo con las Naciones Unidas, en tanto la Organización se ha dado por satisfecha con cubrir, al menos en parte, los requerimientos de responsabilidad penal internacional. Es de tener en cuenta que la competencia *ratione temporis*, no figuraba en la Res. del Consejo de Seguridad y sí en el Acuerdo: 30 de noviembre de 1996 (fecha del Acuerdo de Paz de Abidján entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario). Con ello los crímenes cometidos entre 1991 y 1996 han de quedar sin castigo.

⁹⁷ Por la sola condición de permanente, la Corte actuará disuasivamente frente a los Estados e individuos y estimulará a los Estados para que investiguen y enjuicien a los criminales bajo su jurisdicción ya que, de no hacerlo, la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia sobre ellos, más allá de que el Estatuto haya declarado a la Corte institución simplemente complementaria de los sistemas judiciales nacionales.

⁹⁸ Un sistema jurídico internacional coherente exige un tratamiento integral de todas las formulaciones normativas en materia de responsabilidad: *responsabilidad internacional de los Estados por ilícitos, *responsabilidad internacional de los Estados por actos no prohibidos por el derecho internacional; *responsabilidad por violaciones a los derechos humanos internacionalmente protegidos, *responsabilidad penal internacional. Sólo así, el encaje entre los mismos permitirá visualizar al conjunto como un verdadero sistema complejo, permitiendo que los subsistemas normativos adquieran una dimensión de significación, plena, unitaria, al servicio de la justicia.

Tal como lo señalara Bassiouni, ninguna sociedad puede ni debe abstenerse de instaurar un sistema represivo para asegurar la defensa de sus intereses superiores⁹⁹. La Corte Penal Internacional viene a cubrir en buena medida, a pesar de las incoherencias de su modelo, tal necesidad.

⁹⁹ BASSIOUNI, Ch.- Derecho Penal Internacional, Tecnos, Madrid, 1984. Cf. GUIER, E. N.- "El Fundamento Jurídico y la Competencia del Tribunal Internacional Encargado de Juzgar las Infracciones al Derecho Humanitario Cometidas en la Antigua Yugoslavia", en Revista IIDH, Vol 21, 1995, p. 67.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

LA COOPERACIÓN Y EL ÚLTIMO CONVENIO
APROBADO POR ARGENTINA DE LA CONFERENCIA
DE LA HAYA

Adriana Dreyzin de Klor*
Teresita Saracho Cornet*

SUMARIO: I. Precisiones preliminares. 1. La cooperación jurídica internacional. 2. La Conferencia de La Haya como ámbito de producción normativa. II. La Conferencia de La Haya de 1965 sobre comunicación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial. 1. Ambito de aplicación. 2. Vías de transmisión y sujetos legitimados para intervenir en el diligenciamiento. 3. Recaudos. 4. Ley aplicable. 5. Cumplimiento. Posibilidad de denegarlo. 6. Cláusulas de compatibilidad. 7. Gastos y costas. 8. Solución de controversias. III. Algunas reflexiones.

1. PRECISIONES PRELIMINARES.

1.1. La cooperación jurídica internacional.

El crecimiento de las relaciones privadas internacionales ha determinado un paralelo incremento de los litigios suscitados en torno a las situa-

* Profesoras de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Argentina.

ciones de tráfico externo. En consecuencia, las hipótesis que se plantean cada vez con mayor habitualidad ante los tribunales y la consulta profesional están vinculadas, entre otras, a la condición procesal del litigante extranjero, al valor de los instrumentos públicos o privados provenientes de un estado e invocados en procesos iniciados en otro, a los recaudos necesarios para notificar una demanda articulada en extraña jurisdicción, así como demás actos procesales que requieren de notificación, a la producción de medidas probatorias, a la información y prueba del derecho extranjero, a la eficacia de las medidas cautelares cuyo cumplimiento en un territorio diferente a donde fue ordenada es necesario para asegurar la efectividad del derecho sustancial comprometido y al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales dictados en otra jurisdicción.

La justicia, en tanto cometido esencial del Estado, no puede verse trabada por fronteras nacionales que obstaculicen procesos iniciados en un Estado que requieren actividad procesal en otros. Para su adecuado funcionamiento en las relaciones internacionales es imprescindible la existencia de normas claras reguladoras de la cooperación o auxilio jurisdiccional internacional¹.

Tradicionalmente la cooperación internacional se fundamentó en razones de conveniencia, en la teoría de la "comitas gentium" o en el principio de reciprocidad. Sin perjuicio de que tales argumentos no son excluyentes sino complementarios, actualmente la base o el fundamento de la asistencia radica en la credibilidad común de las naciones respecto a que, en tanto la

¹Acerca del significado de la cooperación internacional puede verse, OPERTTI BADÁN, Didier: Exhorto y Embargo de Bienes Extranjeros, Medios de Cooperación Judicial Internacional, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, Montevideo, 1976, págs. 31-47; DREYZIN DE KLOR, Adriana: "El Derecho procesal en el Mercosur" en Temas de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración", Ed. Advocatus, Córdoba, 1998; CIURO CALDANI, Miguel A.: "Cooperación judicial internacional en el Mercosur" en El Derecho Procesal en el Mercosur, U.N.Litoral, Santa Fe, 1997; FERNÁNDEZ ARROYO Diego: "Cooperación internacional en el ámbito de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras: realizaciones y tendencias", Jornadas Uruguayas-Santafesinas. Libro de Ponencias, Santa Fe, 1997; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia: Integración Regional, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996.

justicia es una función esencial del estado, no puede verse trabada por fronteras nacionales. Esta concepción de alguna manera implica ver a la "comitas gentium" no como una necesidad fáctica sino como una *necessitas iuris*, esto es, como un deber internacional².

El auxilio no está sujeto a la discrecionalidad del tribunal exhortado sino que existe una obligación de prestarlo tal como se refleja en numerosas convenciones que receptan esta temática. Teniendo en cuenta el reciente depósito del instrumento de ratificación efectuado por nuestro país de la Convención de La Haya de 1965 sobre comunicación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales³, estimamos propicia la oportunidad para abordar el análisis de los tópicos más relevantes de la misma y la compatibilidad que presenta con los otros textos vigentes que provienen del mismo foro de codificación.

1. 2. La Conferencia de La Haya como ámbito de producción normativa.

Los Países Bajos propiciaron la celebración de la primera Conferencia de La Haya que, si bien nace con un marcado tinte europeo, demuestra luego su vocación universal. Se trata de una organización intergubernamental de carácter permanente. Sus integrantes pertenecen a culturas jurídicas diferentes ya que participan naciones socialistas, musulmanas, estados del common law y países con sistemas codificados. No obstante ello, los une un objetivo común cual es la unificación progresiva de las normas de DIPr⁴.

En sus comienzos, la Conferencia se planteó la disyuntiva entre elaborar convenios que unifiquen normas de conflicto o aprobar leyes uniformes, optándose por el empleo de la primera de estas técnicas legislativas.

² Conf. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo: "La cooperación jurisdiccional internacional entre los Estados Partes del Mercosur"; Libro de Ponencias, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N. del Litoral. Santa Fe. 1997, pág. 378.

³ Vigente para Argentina desde el 2 de febrero de 2001.

⁴ Los textos de los convenios vigentes para Argentina, pueden consultarse en DREYZIN DE KLOR, A. URIONDO DE MARTINOLI, A. Textos fundamentales de Derecho Internacional Privado; Edit Zavalía, Buenos Aires. 2000.

Se trata de una codificación sectorial, que emplea una metodología mixta, pues se vale de reglas conflictuales y materiales⁵.

2. LA CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1965 SOBRE COMUNICACIÓN Y NOTIFICACIÓN EN EL EXTRANJERO DE DOCUMENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES EN MATERIA CIVIL O COMERCIAL

Durante la X Sesión de la Conferencia de La Haya de DIPr se signó la Convención sobre comunicación y notificación en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial⁶. Consta de un preámbulo y tres capítulos en los que aborda la comunicación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y de documentos extrajudiciales, y un último capítulo referido a disposiciones generales. Contiene además un anexo correspondiente a "Modelos de petición y certificación" y otro sobre "Elementos esenciales del documento", discriminando este último, según se trate de un documento judicial o un documento extrajudicial.

⁵ La mecánica de trabajo es la siguiente: a. El tema a tratar se elige a propuesta de un gobierno, de una organización internacional o de la propia Conferencia en sesión plenaria. b. Esa propuesta se eleva a la Comisión de Estado Holandesa. c. Para ser aprobada, se requiere que el organismo eleve la propuesta en consulta a los países miembros. d. Una vez aprobada, la Oficina Permanente con sede en La Haya hace un estudio preliminar y un informe que pasa a los organismos nacionales de los Estados partes. e. Se redacta luego un Anteproyecto de Convenio que es expuesto por un relator. f. Ese anteproyecto, con las nuevas observaciones de los Estados partes obra como documento base en la sesión plenaria, y se convierte en un proyecto de convenio, que se abre a la firma de los estados.

Los convenios aprobados se refieren a los siguientes temas: 1. Formas (disposiciones testamentarias, legalización de actos públicos extranjeros). 2. Procesal y cooperación (notificación de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial; obtención de pruebas en el extranjero; reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras). 3. Jurisdicción (elección del foro). 4. Sociedades y personas jurídicas (reconocimiento de la personería jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras). 5. Contratos (de intermediación y representación; venta internacional de mercaderías; ley aplicable a los contratos sobre compraventa internacional). 6. Responsabilidad (por la fabricación de productos). 7. Menores y alimentos (protección de menores; adopción; aspectos civiles de la sustracción de menores; obligaciones alimentarias). 8. Matrimonio y divorcio (régimenes matrimoniales; divorcio) 9. Sucesiones (administración internacional de sucesiones). 10. Accidentes (de circulación por carretera).

En el preámbulo se señala la importancia que reviste mejorar la cooperación en el ámbito internacional; a tal efecto se considera necesario que la comunicación o notificación de los documentos se realice en tiempo oportuno simplificando el procedimiento, el que se lleva a cabo imbuido del principio de celeridad.

Por este Convenio se sustituyen los artículos 1 a 7 de los Convenios de La Haya de procedimiento civil de 1905 y 1954; en consecuencia reemplaza, en las relaciones entre los Estados que lo ratifiquen, a las mencionadas Convenciones, en la medida en que dichos estados sean parte de uno u otro.

2. 1. Ámbito de aplicación.

El ámbito de validez material de la Convención surge del artículo 1°. Se aplica en el orden civil o comercial en todos los casos en que un documento judicial o extrajudicial deba enviarse al extranjero para su comunicación o notificación⁷. Quedan excluidos de su aplicación los casos en que se desconoce el domicilio del destinatario.

⁶ Signada en La Haya el 15 de noviembre de 1965. Ley 25.097 (B.O. 24/5/99).

⁷ En un caso planteado ante los tribunales norteamericanos, el actor demanda a la filial de Volkswagen de Alemania radicada en EEUU por la muerte de sus padres en un accidente automovilístico (que atribuye a defectos mecánicos del vehículo). La filial alegó que se había limitado a importar el automóvil por lo que el demandante se dirigió también contra la Volkswagen alemana para lo cual intentó notificarla a través de la filial estadounidense como agente suyo. La filial consideró que la notificación era defectuosa al no haberse ajustado al procedimiento previsto por el Convenio de La Haya de 1965, opinión que no fue compartida ni por los Tribunales de Illinois ni por la sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU del 15 de junio de 1988.

Los argumentos vertidos por el Tribunal fueron que el Convenio de La Haya de 1965 no es aplicable cuando la notificación se puede presentar eficazmente en el Estado del foro también a una filial de la demandada. Se estimó que la notificación por sustitución podía desplegar sus efectos frente a la Volkswagen alemana sosteniéndose que: a) aunque el derecho interno no puede prevalecer sobre el internacional, de un análisis del texto del convenio, en especial su art. 1°, se desprende que éste no contiene una definición de la notificación al extranjero, esto es, cuándo se considera que una persona se encuentra en el extranjero. Dado que el estatuto "long arm" de Illinois reconocía el efecto inmediato de la notificación a través de una sociedad filial de la empresa demandada no cabe plantearse siquiera que dicha

Aunque la convención no lo dice expresamente estimamos que, al igual que en el Convenio de 1954, tanto las personas físicas como las jurídicas quedan captadas por sus disposiciones⁸.

2. 2. Vía de transmisión y sujetos legitimados para intervenir en el diligenciamiento

A los fines de la comunicación o notificación de los documentos judiciales, la Convención prevé:

- a) que el órgano requirente (autoridad o funcionario ministerial o judicial competente según sus propias leyes) remita el documento al

notificación sea inexcusable conforme al Convenio de La Haya. b) El Convenio de La Haya de 1965 establece la obligatoriedad de la notificación dentro de su ámbito de aplicación pero no lo precisa; recurriendo a preámbulo como instrumento interpretativo del Convenio se advierte que el objetivo que persigue no es otro que asegurar la defensa en tiempo útil. Esta se puede conseguir no sólo por los medio previstos en el Convenio sino también mediante una filial efectivamente controlada ("Volkswagen Aktiengesellschaft vs. Schlunk"). El precedente citado ha sido extraído de Calvo Caravaca-Carrascosa González: Introducción al Derecho Internacional Privado, edit. Comares, Granada, España, 1997, pág. 613.

⁸ El ámbito de aplicación de dicha Convención surge de sus artículos 1 y 8. Se aplica en materia civil o comercial a fin de llevar a cabo la notificación de documentos a personas que se encuentren en el extranjero, como así también para obtener la ejecución de un procedimiento o acto judicial. La amplitud de la terminología empleada dio lugar a sostener que en su ámbito quedan captadas tanto las personas físicas como jurídicas. Así lo ha entendido la jurisprudencia al pronunciarse sobre la improcedencia de la excepción de arraigo articulada en una causa iniciada en contra de una sociedad anónima; la mayoría entendió que el art. 17 (norma específica de la Convención sobre la "cautio judicatum solvi") es aplicable tanto a las personas físicas como jurídicas dada la falta de distinción en el Convenio. Cám. Nac. Apel. Com. de la Cap. Fed. Sala "A", "Miserocchi c. Icer S.A.". citado por Boggiano, Antonio: Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 167. En el mismo sentido, Cám. Nac. Ap. Civ. y Com. Fed. Bs. As., Sala 1°, "General Europea S.A. v. General Assistance S.A. s/ oposición registro de marca", 23/3/90; "Societe des Auteurs des Arts visuels v. La Nación S.A. s/ propiedad intelectual" 29/9/91, inéditos. La reseña de los fallos citados como inéditos está publicada en la recopilación efectuada por Noodt Taquela-Argerich: "Convenciones de La Haya de Derecho Internacional Privado: Su aplicación en la Argentina". J.A. N° 5971, 7/2/96. pág. 15 y ss.

estado requerido (autoridad central: arts. 2 y 3, o a otras autoridades, art. 18);

b) cada estado requirente tiene la facultad de utilizar la vía consular remitiendo los documentos a la autoridad designada por el estado requerido (art. 9);

c) frente a circunstancias excepcionales, no precisadas en el Convenio, los estados contratantes pueden emplear la vía diplomática (art. 9 in fine);

d) salvo oposición del estado requerido la comunicación o notificación de documentos judiciales puede realizarse:

1. directamente por correo a los interesados (art. 10 inc. a);

2. entre funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes de los estados involucrados;

3. por el interesado en un proceso judicial, directamente a través de los funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes del estado requerido.

e) Además, se faculta a los Estados contratantes a consensuar que la comunicación o notificación de documentos se realice a través de sus autoridades respectivas.

Cuando se trata de documentos extrajudiciales emanados de autoridades o funcionarios ministeriales de un estado requirente, el convenio remite a las modalidades adoptadas para los documentos judiciales (art. 17).

2. 3. Recaudos

En función de los principios que la inspiran –simplificar y agilizar las comunicaciones o notificaciones de documentos– la convención omite referirse a los recaudos formales (datos de procedencia, hechos o motivos que justifican la petición, etc.). Se exige, en toda solicitud, completar los formularios modelo de petición y elementos esenciales del documento que integran su anexo.

La petición debe acompañarse con el documento judicial o su copia (en cualquier caso, en doble ejemplar). Cuando se dirige a la autoridad central del estado requerido no requiere de legalización alguna (art. 3).

Repárese que el único supuesto en que se exige de legalización a los documentos base de la petición, se configura cuando el trámite se realiza vía autoridad central⁹.

En cuanto al idioma, debe efectuarse una distinción según se trate de los formularios o de los documentos. Respecto a los primeros, se exige que los formularios modelo se confeccionen en francés o inglés; sin perjuicio de ello, se faculta a presentarlos en una de las lenguas oficiales del estado de origen. Los espacios en blanco deben completarse en el idioma del estado requerido, en inglés o en francés (art. 7). Con respecto a los segundos, cuando la comunicación o notificación deba cumplimentarse conforme a la ley del estado requerido, la autoridad central puede solicitar que sea redactado o traducido a la lengua oficial de su país (art. 5).

2. 4. Ley aplicable

Siguiendo los mismos lineamientos de la Convención de La Haya de 1954, aunque con mayor flexibilidad, la comunicación o notificación se efectuará de acuerdo a la forma establecida por la *lex fori* o de conformidad al modo particular solicitado por el requirente, siempre que no se oponga a la legislación del estado requerido¹⁰. Cuando no se solicita una forma particular, el documento puede ser entregado al destinatario que lo acepte voluntariamente (art. 5). Tales posibilidades están expresamente recogidas en el formulario modelo de petición.

⁹ En el caso de Argentina la autoridad central es el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

¹⁰ El art. 14 de la Convención de La Haya de 1954 sobre procedimiento civil establece: "La autoridad judicial que proceda a la ejecución de un exhorto, deberá aplicar las leyes de su país en cuanto a las formas a ser observadas. Pero deberá acceder al pedido de la autoridad requirente de proceder según una forma especial, siempre y cuando dicha forma no sea incompatible con la legislación del estado requerido".

Cuando un emplazamiento de comparendo en juicio o documento equivalente sea remitido al extranjero a los fines de su comunicación o notificación, y el demandado no comparezca en el proceso que dio lugar al pedido de cooperación, el juez (requirente) está obligado a suspender la prosecución del trámite, siempre que se hayan observado las prescripciones del Acuerdo. Ello, hasta tanto se establezca que la comunicación o notificación (efectuada conforme a las formas previstas por la ley del estado requerido o por simple entrega al interesado) tuvo lugar en tiempo oportuno para que el demandado pudiera defenderse.

Los estados contratantes están facultados a declarar que sus jueces pueden proseguir con la marcha del proceso sin que se haya acreditado la circunstancia anterior; a tal efecto deben concurrir acumulativamente tres recaudos:

a) que el documento se haya emitido de conformidad a lo prescripto por el Convenio;

b) que haya transcurrido desde la fecha del envío, un plazo cuya apreciación queda a cargo del tribunal para cada caso particular, aunque no podrá ser menor de seis meses;

c) que no se haya obtenido la certificación que acredita la comunicación o notificación, no obstante haberse realizado las diligencias oportunas ante el estado requerido (art. 15).

Ante situaciones de urgencia, se autoriza que el juez del proceso ordene medidas provisionales o cautelares.

La Convención denota un importante avance en orden a garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa que le asiste al demandado, a la vez que le reconoce al juez requirente un rol protagónico. Al haberse dictado sentencia en contra del demandado que no compareció, se lo habilita a solicitar el levantamiento de la preclusión operada. Queda sujeto al prudente arbitrio judicial evaluar la admisibilidad de la solicitud para lo cual debe tenerse en cuenta: a) que la incomparecencia sea resultado de la falta de conocimiento en tiempo oportuno de la decisión recaída en autos, b) que no haya mediado culpa del demandado, c) que los alegatos tengan

fundamentación suficiente y d) que la solicitud se efectúe dentro de un plazo razonable a computar desde que el demandado tuvo conocimiento de la sentencia (art. 16).

Como en otras oportunidades, los estados contratantes pueden efectuar una declaración en la que fijen el plazo dentro del cual debe presentarse la solicitud de levantamiento de la preclusión. Aunque no se impone un término máximo, se establece uno mínimo que es de un año computable desde la fecha de la sentencia.

Hasta aquí la regulación normativa; la hermenéutica de los artículos 15 y 16 del Convenio conducen a sostener que, si bien se advierte una preocupación relevante por garantizar el derecho del demandado, al dejarse librado a los estados contratantes la fijación del término dentro del cual puede articularse la solicitud de levantamiento de la preclusión, se genera una desprotección de los intereses de otros sujetos cuyos derechos merecen ser tutelados de igual manera que los del demandado. Nos referimos al accionante y a los terceros de buena fe pues, ante la inactividad de los estados -no ejercitar la facultad acordada por la norma convencional de presentar la declaración- queda resentida la seguridad jurídica, valor éste que reconoce igual jerarquía que el que se pretende proteger.

A nuestro entender existen dos plazos que debieran estar expresamente establecidos: el término dentro del cual el demandado puede ejercitar su derecho (que en la Convención no se fija y se delega al juez de la causa establecerlo "dentro de un plazo razonable"), y el plazo de caducidad que necesariamente debe computarse desde el dictado de la sentencia y no desde que "el demandado tuvo conocimiento de la sentencia". Estamos en presencia de una tensión axiológica entre dos valores cuales son la seguridad jurídica y el derecho de defensa del demandado.

A fin de no recaer en una opción dilemática sino integrar ambos valores, los estados contratantes debieran operativizar la facultad que les reconoce la Convención. Ello coadyuvará a la consecución de la previsibilidad, certeza y en definitiva a la seguridad jurídica que debe presidir la dimensión que comprende las relaciones internacionales.

Ante la falta de la declaración expresa de los estados, parece adecuado que los jueces tomen como pauta orientadora el término mínimo de un año establecido para el supuesto en que los estados realicen la declaración.

2. 5. Cumplimiento. Posibilidad de denegarlo

La petición se tendrá por diligenciada cuando la autoridad competente del estado requerido expida la certificación -que debe consignarse siguiendo el formulario modelo que integra el anexo- y que será remitida directamente al solicitante.

Cuando no ha intervenido la autoridad central ni la judicial, es facultad del requirente solicitar que tal certificación sea refrendada por algunas de éstas (art. 6).

El formulario modelo, en el que constan los elementos esenciales del documento, se remitirá al destinatario (art. 5 in fine).

Se mantiene como causal de incumplimiento lo previsto en la Convención de 1954 en cuanto determina que el mismo podrá rehusarse si el estado requerido entiende que la ejecución atenta contra su soberanía o su seguridad¹¹.

Resulta ilustrativo un caso referido a una sucesión presuntivamente vacante que tramitaba ante los tribunales argentinos por encontrarse el último domicilio del causante en el país. A pedido de la apoderada del Consejo Nacional de Educación, se remitió un exhorto internacional a las autoridades francesas requiriendo la transferencia de fondos depositados a nombre de la causante en una institución bancaria de París, a la orden del juzgado argentino interviniente. El exhorto se diligenció por vía diplomática y no se obtuvo respuesta luego del transcurso de seis años de remitido.

¹¹ En opinión de SOSA, Gualberto L., al analizar la Convención de La Haya de 1954, una diferencia que supera al criterio interamericano y que contribuye a potenciar el auxilio judicial internacional, aflora al sustituirse el límite del orden público internacional, estableciendo causales taxativas verdaderamente excepcionales; aut. cit. en: "Cooperación judicial internacional en el proceso civil: un enfoque desde la realidad normológica y sociológica argentina"; Revista Colegio de Abogados de La Plata, año XXXVI, N° 57, 1996, pág. 251.

De acuerdo a lo manifestado por la Cámara de Apelaciones, el pedido a la autoridad francesa excedía los límites del auxilio judicial internacional en materia civil y comercial en razón de que la medida solicitada implicaba el reconocimiento del poder jurisdiccional del Estado requirente sobre bienes situados en el estado requerido. Se consideró que era facultad denegar el exhorto si la rogatoria afecta la soberanía o la seguridad del país por la posible invasión de la jurisdicción del Estado requerido y que el supuesto debatido en la causa, podría reputarse como afectando la soberanía jurisdiccional¹². Si bien el Tribunal se fundamenta en la Convención de 1954, es válida su proyección atendiendo a que la causal que se invoca es la misma que la receptada en la Convención en análisis.

Está excluida expresamente la posibilidad de invocar como causal de incumplimiento, la competencia judicial exclusiva del estado requerido. Tampoco podrá alegarse la inexistencia de la acción promovida en el ordenamiento interno del país al que se solicita el pedido (art. 13).

Estas soluciones son una manifestación del espíritu cooperante que impregna a esta convención; en definitiva, la oportunidad para efectuar el control jurisdiccional y salvaguardar las normas internas atributivas de competencia internacional del estado requerido será al tiempo de expedirse sobre el reconocimiento o ejecución de la sentencia pronunciada en el proceso que motivó el pedido de asistencia¹³. La misma argumentación resulta válida para el caso de inexistencia de la acción, si se viera afectado el orden público internacional del Estado requerido.

Desde el punto de vista formal, la falta de cumplimiento de las disposiciones del convenio autoriza a la autoridad central del estado requerido a denegar la ejecución, informando los impedimentos (art. 4).

¹² Cám.Nac.Ap.Civ., Sala 1, 2/4/91 en "Dumas de Castex, Luisa s/ sucesión vacante". Inédito. Citado por NOODT TAQUELA-ARGERICH, "Convenciones...", pág. 15.

¹³ Véase de nuestra coautoría, "La eficacia de las sentencias en un espacio integrado". Buenos Aires, LL, 15/3/96.

2. 6. Cláusulas de compatibilidad

En una regulación amplia el Convenio se expide sobre la compatibilidad de sus disposiciones con otras normas de origen nacional o convencional (arts. 19 y 25); es decir que no se opone a la aplicación de la ley interna de los estados partes en tanto contemplen otras formas de comunicación o notificación de documentos. Tampoco se opone a la aplicación de los convenios existentes entre los estados partes o que puedan suscribirse y que se expidan sobre la misma temática. Quedan aquí comprendidos los Convenios de La Haya de 1905 y de 1954 y sus acuerdos adicionales, en todo lo que no han sido reemplazados.

Asimismo, admite que los estados partes firmen entre sí acuerdos que inclusive, pueden derogar normas contenidas en la Convención; las materias pasibles de derogación están taxativamente precisadas en los cuatro incisos de su artículo 20.

Párrafo especial merece la disposición contenida en el artículo 23, por la que se admite la aplicación de un instituto no regulado particularmente por el Convenio, y que fuera previsto en las convenciones de 1905 y 1954: el beneficio para litigar sin gastos o la defensa gratuita. En este caso no se trata de una cláusula de compatibilidad sino de permitir que las partes utilicen dicho beneficio siempre que se empleen los mismos sistemas de comunicación establecidos en los acuerdos precitados. Recordemos que el artículo 20 de la Convención de 1954 establece que los nacionales de cada uno de los estados contratantes gozarán en los demás estados partes del beneficio de defensa gratuita "en un mismo pie de igualdad con sus nacionales" conforme a la ley del estado donde el beneficio sea reclamado¹⁴.

¹⁴ CSJN, 13/11/90 in re: "Stoffregen de Schereyer, Friederick, C.M.M. c/ Gonzalez Dazzori, Edgardo J. y otros". ED 141-596/599 y LL 1991-C-57/58. El beneficio para litigar sin gastos está regulado en el Capítulo IV de la Convención, en los arts. 20 a 24. En ellos se establece cuándo procede, las autoridades competentes para expedir el certificado o la declaración de indigencia, el procedimiento para recabar información sobre la situación económica del requirente, el alcance de la facultad de control de la autoridad ante la que se pretende hacer valer el beneficio, y el mecanismo para obtenerlo cuando la persona indigente se encuentre en un país diferente de aquél donde debe solicitar la defensa gratuita. En el

Este instrumento, al haber admitido acuerdos entre los estados contratantes derogando exigencias a fin de facilitar en mayor grado la cooperación, ha sido considerado una "convención marco"¹⁵.

2.7. Gastos y costas

El requirente sólo está obligado a abonar o reembolsar los gastos ocasionados por la intervención de las autoridades del estado requerido o por el empleo de una forma especial, ya que las comunicaciones o notificaciones están eximidas de toda erogación (art. 12); al igual que en los Convenios de 1905 y 1954, se adopta el principio de la gratuidad.

2.8. Solución de controversias

Las desinteligencias surgidas por la notificación de documentos judiciales se resolverán por la vía diplomática (art. 14).

Al haberse establecido que sólo los conflictos generados por la transmisión de dichos documentos son discernidos por esa vía, estimamos que se pretendió propender a la agilización de los trámites. Sin embargo, no contemplar un mecanismo resolutorio para las diferencias que puedan originarse por la comunicación de instrumentos extrajudiciales induce la pro-

precedente citado el Alto Tribunal se encargó de precisar el alcance de la facultad de control de la autoridad ante la que se pretende hacer valer el beneficio; sostuvo que "El artículo 22 de la Convención de La Haya sobre procedimiento civil, del 1/3/54, que regula las relaciones entre Alemania y Argentina, restringe las facultades de la autoridad encargada de decidir acerca del pedido de asistencia judicial gratuita. Esta autoridad puede solamente controlar el certificado y solicitar informaciones complementarias. Ello significa que el juez argentino debe dar fe a las constataciones de hecho sobre la situación económica del requirente proporcionadas por la autoridad de su residencia habitual. El juez debe asegurar al extranjero el goce del beneficio en un pie de igualdad con el nacional que hubiere demostrado carencia de medios equivalente".

¹⁵ Conf. PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: "La Convención de La Haya de 1965 sobre Notificación de documentos en el extranjero y su vigencia en Venezuela", Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 102, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997.

ducción de un efecto refractario. La exclusión señalada conducirá a las partes a acudir a la vía judicial para efectuar la notificación a fin de obtener el objetivo propuesto, asegurándose la eficacia del resultado.

3. ALGUNAS REFLEXIONES

1. El principal obstáculo que se pretende superar a través de esta Convención es el engorroso trámite que la vía diplomática o consular establecida en los convenios anteriores ocasionaba para el diligenciamiento de las solicitudes.

2. Se destaca como innovación en este foro productor de normas, la incorporación de autoridades centrales, sin perjuicio de mantener las vías previstas en los anteriores convenios. El único supuesto en que se exime de legalización a los documentos es cuando se han transmitido a través de tales autoridades.

3. La Convención gira en torno a dos ejes fundamentales: el estímulo de la cooperación, a través de la implementación de un mecanismo ágil y predeterminado y la garantía del derecho de defensa del demandado, a punto tal que incorpora la exención de la preclusión en los supuestos que expresamente contempla. Se advierte asimismo, el rol protagónico que se reconoce al juez del proceso, quien tiene a su cargo la facultad de admitir o denegar el instituto referido.

4. Si bien refleja una preocupación relevante por garantizar el derecho del demandado en el proceso que motiva la solicitud de asistencia, al dejarse librado a los estados contratantes la fijación del término dentro del cual puede articularse la solicitud de levantamiento de la preclusión, se genera una desprotección de los intereses de otros sujetos cuyos derechos merecen ser tutelados de igual manera que los de aquel. A fin de no recaer en una opción dilemática sino integrar los valores comprometidos (defensa en juicio y seguridad del acreedor y de los terceros de buena fe), los estados contratantes debieran operativizar la facultad que les reconoce la Convención en su artículo 16. Ello coadyuvará a la consecución de la previsibilidad,

certeza y en definitiva a la seguridad jurídica que debe presidir la dimensión que comprende las relaciones internacionales.

5. Ante la existencia de otros instrumentos provenientes del mismo ámbito de codificación que regulan la misma temática, resulta necesaria la previsión del sistema de compatibilidad que habrá de adoptarse. Este convenio se expide expresamente sobre la articulación con los ordenamientos procesales nacionales de los Estados Partes, con los convenios relativos al Procedimiento Civil de La Haya de 1905 y 1954, y con otros convenios en que los Estados contratantes sean o puedan llegar a ser partes.

UN NOVEDOSO PASO EN EL CAMINO DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA INTERAMERICANA

Jan Kleinheisterkamp*
Diego P. Fernández Arroyo**

I. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA CIDIP VI

1. La celebración de la CIDIP VI

De las seis ediciones que lleva hasta ahora la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), que funciona como órgano codificador del DIPr de la Organización de los Estados Ame-

* Max-Planck-Institut (Hamburgo). Observador de la República Federal de Alemania en la CIDIP VI.

** Universidad Complutense de Madrid y Universidad Nacional de Córdoba. Invitado especial de la OEA a la CIDIP VI.

¹ Sobre esta etapa del proceso de codificación del DIPr americano, comenzado, como se sabe, en el siglo XIX, pueden consultarse, entre otros, los trabajos de J. SAMTLEBEN, "Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht", *RabelsZ*, 1980, pp. 57 ss.; id., "Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht", *RabelsZ*, 1992, pp. 1 ss.; id., "Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea", en España y la codificación internacional del Derecho internacional privado, Madrid, 1993, pp. 259 ss.; D. OPERTTI BADÁN, "L'oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel", en *Liber Amicorum Georges A.L. Droz, La Haya y otras*, 1996, pp. 269 ss.; id. "Compatibilidad e interacción de la codificación regional interamericana con los ámbitos de producción jurídica universal y subregional. Balance de los veinte primeros años de la CIDIP", en *El Derecho internacional privado interamericano*

ricanos (OEA) desde 1975¹, ninguna estuvo tan marcada por la incertidumbre como la última. En efecto, la CIDIP VI, inicialmente prevista para 1999 en Guatemala no pudo celebrarse hasta 2002, después de un arduo proceso durante el cual llegó incluso a pensarse que no se llevaría a cabo. La reunión tuvo lugar finalmente en la sede de la OEA, en Washington, D.C., entre el 4 y el 8 de febrero², bajo la presidencia del Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay y protagonista esencial del proceso de codificación interamericano, Didier Operti Badán. Pese a tan corto tiempo, la Conferencia discurrió más o menos como se preveía, con gran parte de la atención centrada en los dos temas que habían concitado más interés desde el inicio de las labores preparatorias (transporte terrestre y garantías mobiliarias), lo que no impidió un intenso intercambio de opiniones acerca de los problemas suscitados por el tercer tema (responsabilidad civil por contaminación transfronteriza) ni una larga sesión dedicada al "futuro de la CIDIP". La centralización del interés en aquellos temas, hizo posible la aprobación, en la sesión plenaria celebrada en la tarde del viernes 8 de febrero de 2002, de la "Ley Modelo Interamericana sobre Garantías

en el umbral del siglo XXI, Madrid, 1997, pp. 217 ss.; G. PARRA-ARANGUREN, *Codificación del Derecho internacional privado en América*, Caracas (vol. 1, 1982 y vol. 2, 1998); L. PEREZNIETO CASTRO, "Some Aspects Concerning the Movement for Development of Private International Law in the Americas Through Multilateral Conventions", NILR, 1992, pp. 243 ss.; id., "La codificación interamericana en Derecho internacional privado, ¿es todavía una opción?", *Rev. Mexicana DIPr*, 1996, pp. 71 ss.; T.B. DE MAEKELT, "General Rules of Private International Law in the Americas. New Approach", *Recueil des Cours*, 177 (1982), pp. 193 ss.; J.L. SIQUEIROS, "La codificación del Derecho internacional privado en el continente americano", *Jurídica*, 1982, pp. 235 ss.; id., "El aporte del sistema interamericano al desarrollo del Derecho internacional privado", *Rev. Mexicana DIPr*, 1996, pp. 33 ss.; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, 1994, pp. 173 ss.; id., *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, Buenos Aires, 2000, pp. 45 ss y 81 ss.

² La celebración de la CIDIP VI fue aplazada varias veces y la sede se desplazó de Guatemala a Washington. Cuando después de todas las postergaciones aparecía como inamovible la semana del 12 al 16 de noviembre de 2001, los acontecimientos de septiembre de ese año motivaron su aplazamiento para la semana del 3 al 7 de diciembre y después para la fecha en la que finalmente se realizó.

³ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/RES.5/02.

Mobiliarias”³ y de dos modelos de “Carta de Porte Directa Uniforme Interamericana” (uno negociable y otro no)⁴. Para que todo esto se hiciera realidad, las jornadas de trabajo fueron inusualmente prolongadas, extendiéndose en algún caso hasta más allá de las 3 de la mañana.

2. Los temas escogidos y el trabajo previo

La agenda de la CIDIP VI no se perfiló oficialmente como tal hasta diciembre de 1998, cuando la Primera Reunión de Expertos preparatoria de la CIDIP VI (celebrada en Washington) concretó el temario previsto para dicha Conferencia. Aquella Reunión de Expertos podrá ser recordada en el futuro como la sede en la cual se confirmó el golpe de timón al rumbo que las actividades de la CIDIP venían manteniendo desde sus orígenes. Utilizamos el término “confirmó”, porque ese cambio venía ya sugerido desde la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP-CP) de la OEA y avalado por el más que relativo interés demostrado por los Estados miembros la Organización en responder al cuestionario remitido por aquella: sólo ocho de los treinta y cuatro miembros efectivos de la Organización se tomaron el trabajo de contestarlo. Así fue que los dos temas relativos al comercio internacional (el relativo al documento único para el transporte de mercaderías –tema I- y el de las garantías mobiliarias –tema II-) salieron de la Reunión como prioritarios (en especial el de las garantías), el tema de los aspectos de DIPr de la contaminación transfronteriza –tema III- quedó claramente en un segundo plano, y el otro tema incluido en la agenda (el de la

⁴ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/RES.8/02.

⁵ Ver J. SAMTLEBEN, “Versuch über die Konventionen von Mexiko über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht”, IPRax, 1998, pp. 385 ss.; E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht”, IPRax, 1998, pp. 378 ss.; F.K. JUENGER, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts-Some Highlights and Comparisons”, A.J.C.L., 1994, pp. 381 ss.; G. PARRA-ARANGUREN, “The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (Mexico City, 14-18 March, 1994)”, en *Liber Amicorum Georges A.L. Droz, La Haya y otras*, 1996, pp. 299 ss.

llamada reconciliación entre las distintas versiones idiomáticas de la Convención de México sobre derecho aplicable a los contratos internacionales⁵) desapareció con más pena que gloria⁶.

El cambio de rumbo de la CIDIP se caracteriza, especialmente, por dos elementos: la "comercialización" y la "privatización" del proceso de codificación. El primero aparece con mucha claridad, si bien sería falta de rigor referirse al mismo como un dato nuevo, cuando desde la primera CIDIP, celebrada en Panamá en 1975, el Derecho del comercio internacional se hizo presente nada más y nada menos que con la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, vigente hoy en 16 países⁷. Del mismo modo, se aprobaron Convenciones sobre sociedades⁸ y transportes⁹, con limitada suerte. Pero estos antecedentes no impiden que se observe que la CIDIP VI parece ir marcando otro rumbo, que aproximaría la agenda de la codificación interamericana al marco de libre comercio "desde Alaska a Tierra del Fuego" preconizado por el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). La mayoría de los temas en principio sugeridos para la CIDIP VII no hacen más que confirmar esta tendencia: desarrollo de un sistema de registro computarizado interamericano, transporte multimodal, valores de

⁶ Lo que parece tirar por tierra las esperanzas de que algún día Canadá y Estados Unidos decidieran ratificar dicha Convención. De hecho, en la *Chart of Private International Law Priorities – A Functional Approach* (preparada anualmente por el Ministerio de Justicia canadiense), dicha ratificación ha pasado a la zona de "prioridad baja" después de haberse mantenido bastante tiempo en la zona de "prioridad media", pese a que en la versión 2000 del documento al que acompaña cada año la anterior (*Activities and Priorities of the Department of Justice in Private International Law. Report to the Uniform Law Conference of Canada*, pp. 18-19) todavía podía leerse: "dada la sustancial compatibilidad de la Convención con el derecho canadiense, Canadá podría posiblemente considerar la adhesión a ella si los problemas lingüísticos fueran resueltos satisfactoriamente". El mismo tipo de problemas fue invocado en la carta que se envió a F.K. Juenger desde el Departamento de Estado de los Estados Unidos, como respuesta a su insistente interés para lograr la ratificación norteamericana de dicha Convención.

⁷ Ver R. Santos Belandro, *Arbitraje comercial internacional*, 3ª ed., México, 2000, pp. 145 ss.

⁸ Aprobada en la CIDIP III, La Paz, 1984.

⁹ Aprobada en la CIDIP IV, Montevideo, 1989.

inversión, insolvencia comercial transfronteriza, comercio electrónico, carácter transferible de bienes tangibles e intangibles en el comercio internacional¹⁰.

Respecto del segundo elemento, uno puede tener la impresión de que los vientos (huracanados) privatizadores que han recorrido América desde finales de los años 80, han alcanzado también a la metodología del más que secular proceso de codificación internacional del DIPr americano. Los documentos para los dos temas señalados como prioritarios de la CIDIP VI, la centralización del trabajo previo, la organización de las reuniones preparatorias, etc., han correspondido casi totalmente al National Law Center for the International Free Trade (NLCIFT) que ha contado para esa tarea con significativa financiación privada¹¹. Pero, como nada es totalmente lo que parece, ese centro "privado" cuya sede está en Tucson (Arizona), a veces opera indistintamente como delegación norteamericana¹² y tiene –ostensiblemente– un diálogo muy fluido con el Departamento de Estado del Gobierno norteamericano.

Mientras que para los temas relativos al transporte y a las garantías se planteó un plan de trabajo más o menos preciso, para el tema de la contaminación transfronteriza sólo se designó a un país como "Relator" (Uruguay) y se creó un supuesto grupo de trabajo con atribuciones nada concretas. El plan de trabajo para los temas prioritarios fijado en la Primera Reunión de Expertos consistía en asumir que los mismos serían desarrollados en el

¹⁰ Cf. Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/RES.1/02, por el que solicita a la Asamblea General de la OEA que convoque la CIDIP VII. En esa lista tentativa sólo se incluyen dos temas no comerciales: movimientos transfronterizos y flujos migratorios de personas, por un lado, y protección internacional de incapaces adultos, por otro.

¹¹ En la invitación para la Reunión de Expertos de Miami (noviembre de 2000), organizada conjuntamente por la OEA y el NLCIFT, se agradece a los siguientes auspiciantes: Astigarraga Davis Mullins & Grossman, Federal Express Corporation, Ford Motor Credit Company, Greemberg Traurig, Banco Interamericano de Desarrollo, Lucent Technologies, MasterCard International Incorporated, Microsoft Corporation, NIC Conquest, Oracle Corporation, the Summit of the Americas Center at Florida International University (Miami), y 3Com Corporation. Esta financiación tuvo que ser bienvenida por la OEA que, carente de fondos, no estaba en disposición de hacerse cargo de ninguna reunión preparatoria.

Centro de Tucson, y preveía la celebración de otras dos reuniones de expertos que debían desarrollarse durante 1999, con la idea de celebrar la CIDIP VI a finales de ese año. Dicho plan se cumplió, pero no en los plazos fijados, como es obvio. En concreto, 1999 fue un año de transición, la Segunda Reunión de Expertos tuvo lugar en Washington en febrero de 2000 y la Tercera en Miami en noviembre del mismo año. En tales ocasiones se discutió exclusivamente sobre los temas prioritarios; a punto tal que la Tercera Reunión de Expertos se llamó en realidad "Reunión del Comité de Redacción" (de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias). Bien diferente fue la preparación del "tema III", llevada a cabo en solitario por Uruguay y sin reuniones de expertos de por medio.

3. ¿Hacia un Derecho internacional privado interamericano "blando"?

De diferente naturaleza pero tan importante como los cambios que venimos de señalar, resulta la modificación operada en la técnica de reglamentación adoptada por la CIDIP para aprobar los textos antes mencionados. Como puede observarse, la CIDIP se ha apartado por primera vez, después de más de 25 años de vida, de la técnica tradicional de las convenciones. En el origen de este cambio seguramente ha influido una idea –nada novedosa, por cierto– de que dicha técnica tradicional se presenta muchas veces como demasiado "dura", desprovista de la flexibilidad necesaria para lograr una aceptación satisfactoria de parte de los Estados a los que va destinada la Convención¹³. En el ámbito interamericano una decisión como esta vendría avalada por la constatación de un descenso en el número de ratificaciones de las convenciones aprobadas en las últimas reuniones de la

¹² El Director del NLCIFT ofició en la CIDIP VI como Vicepresidente de la Comisión II, dedicada a las garantías mobiliarias.

¹³ Ver J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Éfforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique", *Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, La Haya y otras, 1996, pp. ss.

¹⁴ Ver L. PEREZNIETO CASTRO, "La codificación interamericana en Derecho internacional privado, ¿es todavía una opción?" (supra, nota 1), p. 82.

CIDIP, comparado especialmente con el de las dos primeras¹⁴. Las dificultades de algunos gobiernos para lograr la ratificación de algunas convenciones, pareciera confirmar tal hipótesis¹⁵.

Es indudable que el texto final de las convenciones (y las interamericanas no son precisamente una excepción) se aprueba en un tiempo muy acotado, bajo una gran presión por concluir el trabajo, lo que obliga a adoptar soluciones de compromiso que a la larga no satisfacen por entero a ninguna de las partes. Los Estados se encuentran así frente a un texto "cerrado", que deben aceptar o rechazar, optando muchas veces por la segunda opción, aun cuando reconozcan la importancia y la oportunidad de la reglamentación de la materia en cuestión. Es verdad que existe el recurso a la reserva, instrumento cuya función específica es la de facilitar la incorporación de los Estados a un tratado internacional mediante la evitación de las normas de éste que se consideran inaceptables o incompatibles con principios fundamentales del ordenamiento nacional. Pero también es verdad que el abuso de las reservas termina por desnaturalizar el texto convencional, conspirando contra el éxito del mismo, como pasó en América Latina respecto del célebre "Código Bustamante".

Aun cuando pueda darse por válido todo lo anterior, pensamos que la razón última de la adopción de esta técnica de soft law para la codificación realizada en el seno de la OEA, debe buscarse principalmente en otro lado. A nuestro entender, la decisión es mucho más pragmática que técnica y está directamente vinculada con los temas regulados y, sobre todo, con el contenido de dicha regulación. Utilizar la técnica de la convención internacional como cauce para aprobar un documento "único" para ser utilizado en el transporte por carretera no parece ser lo más apropiado. Después de todo el documento va dirigido a los operadores del sector, quienes podrán utilizarlo sin que sea necesaria la intermediación de los Estados a través de su ratificación. Coincidentemente, la Resolución que aprueba sendas cartas de porte se limita a "recomendar a los Estados miembros que divulguen el

¹⁵ Por ejemplo, los problemas que han impedido la ratificación de la Convención sobre contratos internacionales de 1994 en Uruguay. Ver D. OPERTTI BADÁN / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Contratos comerciales internacionales*, Montevideo, 1997, pp. 55 ss.

texto de la carta de porte y promuevan su utilización en todas las partes de las Américas por entidades comerciales pertinentes de los Estados miembros¹⁶. La CIDIP actuaría en este punto como órgano de codificación de la *lex mercatoria*, dando un paso más en el camino abierto por la atención prestada al “Derecho transnacional” en la Convención de México sobre contratos¹⁷. Respecto del tema de las garantías mobiliarias, la metodología de la ley modelo se presentó como la única posible, habida cuenta del contenido de la reglamentación propuesta. En efecto, los principios básicos de ésta son tan extraños para los ordenamientos latinoamericanos (a quienes va destinada la exportación del modelo norteamericano-canadiense) que una convención no sólo nunca hubiera sido ratificada por sus destinatarios sino que probablemente ni siquiera hubiera podido aprobarse como tal. De hecho, cada vez que en la CIDIP VI se produjo un debate acerca de aspectos controvertidos de la reglamentación propuesta, el argumento para seguir avanzando en la discusión de los demás artículos del texto fue que, tratándose de una ley modelo, cada país sería libre después de reflejar en su legislación autónoma las cuestiones de principio invocadas por sus representantes en el trámite de aprobación.

Por último, nos parece importante destacar que, sin restar ningún mérito a la utilización de esta nueva metodología por la CIDIP, en realidad, las convenciones interamericanas de DIPr han venido jugando en gran medida como leyes modelo, aunque esa no haya sido su finalidad. Nos referimos a que cuando se critica la falta de aplicación de algunas convenciones y la falta de ratificación de otras, no se suele tener en cuenta un dato fundamental: la CIDIP ha venido operando una extraordinaria transformación de los sistemas estatales de DIPr latinoamericanos y una notable influencia en el marco subregional del MERCOSUR, tal como ha puesto de manifiesto J. Samtleben¹⁸. Las convenciones de la CIDIP pueden estar más o menos ra-

¹⁶ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/RES.8/02.

¹⁷ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado interamericano* (supra nota 1), pp. 60 ss.

¹⁸ Ver J. SAMTLEBEN, “Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea” (supra nota 1), p. 302: “en las convenciones de la CIDIP, el DIPr de los países latinoamericanos ha encontrado un modelo y un punto de orientación que asegura

tificadas, pueden aplicarse en más o en menos casos, pero lo que es indudable es que muchas de sus normas se han colado en los sistemas nacionales. En efecto, aunque resulte admisible que la jurisprudencia de aplicación de las convenciones interamericanas es más bien escasa y de difícil localización, es mucho más cierto que la CIDIP se ha erigido en el punto de referencia clave para los legisladores nacionales, al menos, los de los países latinoamericanos¹⁹. Prácticamente en todas las reformas a de los códigos civiles y procesales que afectaron, en mayor o menor medida, a las normas de DIPr se puede constatar la influencia de los criterios establecidos para la regulación de las relaciones de tráfico privado externo en la instancia interamericana, lo cual implica de algún modo un efecto «modernizador» producido a través de los mismos²⁰. De igual modo se advierte el impacto de las soluciones consagradas en la CIDIP sobre varias leyes o disposiciones especiales de Estados miembros de la OEA, como por ejemplo, la Ley de sociedades uruguaya de 1989, las normas sobre arbitraje de varios países, las normas sobre adopción que, incorporando el concepto de la adopción plena, aparecen en la legislación de algunos Estados mexicanos²¹, y, la sin dudas más importante de todas, la Ley venezolana de DIPr de 1998²².

su constante evolución y modernización y tal vez una cierta armonización en un no remoto futuro". Es difícil imaginar un mejor modo de resumir lo que, a nuestro modo de ver, constituye la justificación esencial de la labor de la CIDIP a lo largo de todos estos años.

¹⁹ Brevemente, la idea ya aparece en R. HERBERT, *Del Congreso de Lima a la CIDIP-III. El derecho internacional privado en América Latina (1878-1984)*, Saarbrücken, 1984, p. 18.

²⁰ Cf. L. PEREZNIETO-CASTRO, «Las influencias recíprocas entre la codificación interamericana y los sistemas de derecho internacional privado», *El derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 1997, pp. 253-254, y G. Parra-Aranguren, «La aplicación del derecho internacional privado en el derecho interno a través de los tratados internacionales, en particular en los foros de La Haya y de la Organización de los Estados Americanos», *XXIV Curso CJI -1997-*, pp. 24-27.

²¹ Cf. J. SAMTLEBEN, «Neue interamerikanische ...» (supra nota 1), 1992, pp. 81-84.

²² Ver G. PARRA-ARANGUREN, «La loi vénézuélienne de 1998 sur le droit international privé», *Rev. crit. d.i.pr.*, 1999, pp. 213 ss.; E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, «Nueva Ley venezolana de Derecho internacional privado», *Rev. Fac.Cs. Jcas. y Pol. Univ. Central de Venezuela*, 1999, pp. 243 ss.; T.B.de MAEKELT, «Ley de derecho internacional privado venezolano. Comentarios generales», en *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, vol. II, Caracas, 2001, pp. 91 ss.

II. DOCUMENTACIÓN UNIFORME PARA EL TRANSPORTE TERRESTRE

1. El panorama previo

En la base del interés por obtener un texto aceptable en esta materia está el fracaso de la Convención interamericana sobre contratos de transporte internacional de mercaderías por carretera, hecha en la CIDIP IV (1989)²³, que ostenta el raro "privilegio" de ser la única convención de la CIDIP que no ha recibido ni una sola ratificación. Frente a esta situación, los Estados partes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en lugar de promover la revisión de aquella o la elaboración de un protocolo adicional a la misma, venían mostrando su interés por elaborar unos documentos únicos multilingües en la materia, ya que al parecer la carencia de los mismos dentro de este sistema de integración no sólo se traduce en la producción de numerosos conflictos sino también en un sustancial aumento de los costes del transporte²⁴. La elección del mecanismo no es mera anécdota, sobre todo si en dichos documentos se incorporan condiciones generales para el contrato de transporte referidas a aspectos controvertidos como la elección de la ley aplicable, la limitación de la responsabilidad del transportista, etc. La clave está en que, como antes dijimos, los documentos mercantiles no deben pasar por el muchas veces arduo trámite de ratificación en cada uno de los Estados, sino que simplemente se convierten en un producto que se ofrece a los operadores del sector. Éstos, en ejercicio de la autonomía material con la que desarrollan sus actividades mercantiles, podrán contratar entonces sobre la base de ese modelo, sin que a los Estados les quepa más función que divulgar y promover la utilización del mismo. Se trata, por otro lado, de algo que ya sucede en la práctica de los países del Cono Sur, donde es habitual la utilización del formulario estandarizado adoptado en el Acuerdo de alcance parcial

²³ Para un comentario crítico, ver J. BASEDOW, en *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, vol. 7, 1997, p. 882. Ver también P. LARSEN, "International Carriage of Goods by Road in the Americas: Time to Revise the Inter-American Convention?", *Unif. L. Rev.*, 1999-1, pp. 33 ss.

²⁴ Ver P. LARSEN, nota anterior, pp. 37 y 41.

sobre transporte internacional terrestre (ATIT), celebrado en 1991 entre los países del Mercosur, Bolivia, Chile y Perú²⁵.

Fue con este talante que Estados Unidos (a través del NLCIFT), como presidente del Grupo de Trabajo creado al efecto en la Segunda Reunión de Expertos celebrada en febrero de 2000, encaró la redacción del proyecto que fue utilizado como documento de base en la materia y que llevaba por título: Carta de porte directa uniforme interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera – Términos y condiciones²⁶. La versión “definitiva” de dicho documento fue hecha circular entre los miembros del Grupo de Trabajo en el mes de noviembre de 2001. A fines de enero, pocos días antes del inicio de la CIDIP VI, Uruguay presentó un proyecto alternativo sobre la base del norteamericano, canalizado a través de tres documentos: uno incluyendo comentarios a cada uno de los artículos del proyecto de Estados Unidos²⁷, otro planteando la propuesta propia²⁸ y el tercero explicando las razones de fondo que avalan su propuesta²⁹. Si de un lado resulta evidente que este planteamiento debería haberse presentado mucho tiempo antes (entre la creación del Grupo de Trabajo y la CIDIP VI pasaron justo dos años), de otro debe reconocerse que Uruguay fue el único país que se tomó el trabajo de elaborar una alternativa razonada al documento único presentado por los norteamericanos. Y no sólo eso: la delegación uruguaya, y en concreto los delegados Fernando Aguirre y Cecilia Fresnedo de Aguirre (autores intelectuales de la propuesta uruguaya), desplegó una febril actividad en el transcurso de las deliberaciones en defensa de sus posiciones. La legítima actitud de ambas partes no

²⁵ Ver la Exposición de motivos del borrador de carta de porte uniforme interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera, presentado por la delegación uruguaya. Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.14/02.

²⁶ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.5/02.

²⁷ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.12/02 (Borrador. Carta de porte uniforme interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera – Términos y condiciones).

²⁸ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.13/02 (Borrador de condiciones generales para carta de porte uniforme interamericana para el transporte de mercaderías por carretera).

²⁹ Ver supra nota 25.

hace sino reflejar los intereses contrapuestos de un país que cuenta con una economía basada en la exportación y con una fortísima industria de transportes, frente a otros que han devenido cada vez más importadores y que cuentan con una significativa estructura en materia de seguros³⁰.

2. Los dos documentos “uniformes”

Constituida la Comisión I bajo la presidencia de la delegada norteamericana Mary Helen Carlson³¹, lo primero que quedó claro fue que el título de la misma sólo obraría como un parámetro muy general. En efecto, a pesar de que la agenda lo describía como “Documentación mercantil uniforme para el transporte internacional con particular referencia a la Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera, de 1989, y la posible incorporación de un Protocolo adicional sobre conocimiento de embarque”, tal referencia consistió en la práctica en descartar cualquier eventual intento de revisión de la misma, tanto mediante la adopción de una nueva como a través de su complementación con un protocolo. Los comentarios de Uruguay al documento norteamericano dejan negro sobre blanco la subsistencia de las discrepancias que en su día hicieron de aquella Convención un producto demasiado alambicado y, por ende, destinado al fracaso³²; pero además surgieron otras específicas, del mismo documento y de las discusiones en el seno de la CIDIP.

³⁰ No en vano la voz cantante en la delegación norteamericana la tuvo Ken Hoffman – presidente de la Asociación de Abogados de Transportes de Estados Unidos- y la de la uruguaya le cupo a Fernando Aguirre Ramírez, uno de los más brillantes abogados de seguros del Uruguay (y también de transportes).

³¹ La vicepresidencia fue ejercida en forma rotatoria por las diferentes delegaciones presentes y la secretaría de la Comisión recayó en la uruguaya Cecilia Fresnedo de Aguirre.

³² Ver Exposición de motivos ... (supra nota 25), pp. 12-17 y 19-25, donde se hace responsable de dicho fracaso a la falta de fidelidad de la Convención con el proyecto que le sirvió de base, preparado por P. Bendomir y M. Solari. En el mismo sentido, C. FRESNEDO DE AGUIRRE y F. AGUIRRE RAMÍREZ, “Transporte internacional de mercaderías por carretera en el Mercosur y en América: la Convención de Montevideo de 1989 ¿requiere ser revisada o actualizada?”, J.A., núm. 6154, 1999, pp. 1 ss.

Dejando de lado las de carácter terminológico y otras que aun siendo de fondo se presentan como simples opciones, las controversias más álgidas se centran en el carácter negociable o no negociable de la carta de porte, en el ámbito de aplicación de la misma, en la determinación de la ley aplicable, y en las limitaciones de la responsabilidad del transportista. Las dificultades para acercar las muy alejadas posiciones sobre cada uno de estos puntos, llevó a la constitución, en el seno de la Comisión, de un Grupo de Trabajo que originariamente debía encargarse específicamente del tema de la ley aplicable, pero que después terminó abocándose a una especie de pre y post discusión de todos los temas controvertidos³³.

La imposibilidad -y acaso la inconveniencia- de sintetizar dichas posiciones condujo a una solución de compromiso repleta de pragmatismo pero que no deja de ser paradójica: la aprobación de dos modelos de carta de porte "uniforme", uno basado en la propuesta norteamericana y otro que recoge los puntos irrenunciables para la delegación uruguaya. Es verdad que ambos protagonistas dieron muestras de generosa flexibilidad negociadora renunciando a determinados contenidos o expresiones que indudablemente les eran más queridos que los plasmados al final en ambos textos, y que por ello se pudo alcanzar una redacción que en su mayor parte es idéntica. Pero mientras el modelo de América del Norte descarta la posibilidad de negociar con la carta de porte, el modelo del Cono Sur parte precisamente de su carácter negociable (que en los países de esta región permite, entre otras cosas, utilizar la carta de porte para financiar las operaciones de comercio exterior), pudiendo ser al portador o a la orden, endosable o no (art. 1.3 de la carta de porte "uruguaya"); de allí que el título de la carta de porte "norteamericana" vaya precedido de la expresión "no negociable" y el de la "uruguaya" de la expresión "negociable". Sin salir de la definición del ámbito de aplicación se planteó también una intensa batalla dialéctica sobre la presencia dentro del mismo de otros tipos de transporte; dicho de otro modo: sobre la aplicabilidad o no de las reglas del documento uniforme al trans-

³³ La presidencia del Grupo de Trabajo recayó en el delegado brasileño Guido Fernando Silva Soares, quien había propuesto la creación del mismo. Ver Informe del Relator de la Comisión I (Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/Com. I/ doc.3/02).

porte multimodal. La discusión se originó porque la delegación de Uruguay consideró que el proyecto norteamericano no era claro sobre este punto y que era del todo inconveniente regular otra cosa que no fuera el transporte por carretera. La cuestión fue excluida de ambas cartas de porte, pero el texto uruguayo (art. 1.2) es bastante más claro que el norteamericano³⁴.

Respecto de las posibilidades de limitar la responsabilidad del transportista y del alcance de dichas limitaciones, también se planteó un arduo debate. Sin embargo, ambas cartas de porte contienen textos sustancialmente iguales, sobre la base de concesiones mutuas. Así, por ejemplo, la delegación uruguaya aceptó la inclusión, entre las causales de exoneración de responsabilidad (art. 5.1.1, al lado de "fuerza mayor" y "caso fortuito"), de la referencia a "enemigo público", pese a que no le convenía para nada; por su parte, la delegación norteamericana aceptó la eliminación, de la misma lista de causales, de la consideración del "embargo" como una "obligación legal o gubernamental" (art. 5.1.4). Ambos textos consagran que "(L)a responsabilidad del transportista contractual por cualquier pérdida o daño a las mercaderías no excederá bajo ninguna circunstancia el valor real de las mismas, en el tiempo y lugar determinado por la ley aplicable, más el flete y otros costos en caso que hubieren sido abonados" (art. 6.1); ambos prevén también la posibilidad de otras limitaciones autorizadas por la ley aplicable (art. 6.3). Donde no hubo acuerdo fue en el alcance de la modificación del límite de la responsabilidad del transportista mediante acuerdo escrito entre éste y el cargador: mientras la carta "uruguaya" sólo contempla la posibilidad –bastante improbable– de aumentar dicho límite, la "norteamericana" admite tanto el aumento como la disminución, en la medida que lo autorice la ley aplicable (art. 6.2)³⁵.

³⁴ Art. 1.2 carta "norteamericana": "Si cualquier parte del transporte de la mercadería se realiza por ferrocarril, agua o aire, el transportista efectivo por ferrocarril, agua o aire se regirá por los términos, condiciones y limitantes de responsabilidad especificados por las leyes pertinentes aplicables a estos modos de transporte".

Art. 1.2 carta "uruguaya": "Esta Carta de Porte no regirá el transporte de mercaderías realizado a través de otros modos, en todo o en parte".

³⁵ En los comentarios uruguayos al proyecto norteamericano (Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.12/02) puede leerse: "no parece adecuada esta posibilidad de pactar la dismi-

Un comentario aparte merece la cuestión de la determinación del derecho aplicable. La propuesta norteamericana contenía una remisión a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales³⁶, "a menos que esta carta de porte disponga lo contrario". Es cierto que la fórmula no era la más apropiada, porque se pretendía hacer primar la autonomía de la voluntad de los contratantes como excepción a unas reglas que precisamente consagran como regla de base la autonomía de la voluntad³⁷. Sin embargo, no dejaba de guardar coherencia con la propia labor de la CIDIP³⁸. La oposición uruguaya en este punto era de prever. El sempiterno fantasma de la autonomía de la voluntad presente en la doctrina de este país³⁹, se hace todavía más fuerte en este ámbito debido, básicamente, a la consideración del contrato de transporte como contrato con parte débil. Es indudable que también aciertan los comentarios uruguayos al señalar que la inclusión en la carta de porte de una cláusula de elección del derecho no tendría ninguna eficacia en los países que no admiten que las partes puedan elegir el derecho aplicable a los contratos (o a los de transporte en particular). En particular, afirman que del mismo modo que lamentan la inexisten-

nación de la responsabilidad del transportista entre éste y el fletador o cargador, ya que en definitiva esa cláusula está destinada a ser impuesta al receptor o consignatario de la mercadería, que será quien sufra sus consecuencias, y que no tendrá ninguna posibilidad de pactar ni consentir nada". Debe tenerse en cuenta que esta facultad, sin embargo, está prevista en el art. 12 de la Convención de 1989.

³⁶ Ver supra nota 5.

³⁷ Ver los comentarios uruguayos al proyecto norteamericano (Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.12/02).

³⁸ Al calor de la discusión en el seno de la Comisión I, la delegación mexicana propuso que dicha Comisión incluyera en el Proyecto de Resolución a ser presentado en la Sesión Plenaria una recomendación para que los Estados miembros de la OEA se incorporen a la Convención de México sobre contratos, pero no fue posible obtener consenso al respecto. Ver Informe del Relator de la Comisión I (Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/Com. I/doc.3/02).

³⁹ Ver en general C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, 1991. Ver también Q. ALFONSÍN, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, 1950, pp. 13-27; R.B. SANTOS BELANDRO, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, 1996, pp. 51-54. No obstante, una actitud bastante más pragmática se observa en D. OPERTTI BADÁN, «La CIDIP V: una visión en perspectiva», *Rev. Urug. DIPr*, 1, 1996, pp. 28-35.

cia de una norma de derecho aplicable en la Convención de 1989⁴⁰ -lo que es visto como el principal defecto de la misma⁴¹ -, tales normas no pueden incluirse en un modelo de carta de porte⁴². Pero al final de la discusión los art. 17 de ambas cartas realizaron esa inclusión, pero sin lograr ponerse de acuerdo: mientras la carta "norteamericana" se decantó por la aplicación de la ley material "del primer país en que el transportista contractual haya tomado posesión física de toda o parte de la mercadería" (ley del exportador), la "uruguaya" prefirió la ley "del país del destino final de las mercaderías (salvo las normas de conflicto), donde las mismas se entregaron o debieron ser entregadas de acuerdo con lo pactado" (ley del importador). Lo cual confirma la lógica de intereses contrapuestos a la que antes hicimos referencia.

III. LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS

1. El Proyecto de Estados Unidos

Entre los temas propuestos en México en 1994 -en ocasión de la CIDIP V- y asumidos como tales por la Asamblea General de la OEA a mediados de 1996, estaban el de los "problemas de DIPr sobre los contratos de préstamo de naturaleza privada", por un lado, y el de la "uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales", por otro. A la hora de depurar la larga lista de temas que se le habían presentado y luego de consultar, con escaso éxito, a los Estados miembros

⁴⁰ Sobre la exclusión de la norma de derecho aplicable en la Convención de 1989, ver G. Parra-Aranguren, *Codificación del derecho internacional privado en América*, vol. II, Caracas, 1998, pp. 224-225.

⁴¹ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.14/02, p. 17.

⁴² "Y si las incluyera no serían válidas". Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.12/02. De ahí que en el art. 17.2 de la carta "uruguaya" se incluya la siguiente advertencia: "(L)a disposición de este artículo podría no ser aceptable de acuerdo al sistema de Derecho Internacional Privado de algunos países. Por lo tanto es aconsejable que los interesados realicen las consultas necesarias". La "norteamericana" (art. 17.1 in fine) es más escueta: "(E)ste artículo podrá no ser aplicable en algunos países".

de la OEA, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente (CAJP-CP) casó ambos temas convirtiéndolos en una relación de generalidad / especialidad. Así fue que el tema de "los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada y, en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales", fue uno de los cuatro que el Consejo Permanente sometió a la primera Reunión de Expertos (diciembre 1998) preparatoria de la CIDIP VI, a objetos de su depuración y concreción, reunión que dejó ese enunciado tal cual se le había propuesto. Sin embargo, a pesar de mantenerse la redacción, desde aquel momento quedó claro que los trabajos se orientarían exclusivamente hacia las garantías mobiliarias y que los mismos se centrarían en la preparación de una ley modelo, como de hecho sucedió⁴³.

A primera vista, podría pensarse que el tiempo de maduración del tema de las garantías en la CIDIP no ha sido muy amplio, al menos si se lo compara con el que le han dedicado otros organismos internacionales (y, en algunos casos, para no llegar a ningún resultado). No obstante, esa impresión debe matizarse a poco que se tenga en cuenta que la actividad de la institución que ha impulsado el tema en el ámbito interamericano (el NLCIFT) se inició antes del desembarco del mismo en la CIDIP⁴⁴ y, en cierto modo, comporta la continuidad de los esfuerzos que en el mismo sentido encarara UNCITRAL tres décadas atrás. Sólo que ahora, aprovechando las particulares circunstancias por las que atraviesa la región, lo que no fue posible de concretar a escala universal se presentaba como factible a nivel regional⁴⁵. No debe considerarse ajeno a ello el proceso privatizador al que antes hemos aludido.

⁴³ Más detalladamente en D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, Derecho internacional privado interamericano (supra nota 1), pp. 81-86 y 89.

⁴⁴ De hecho, aunque la convocatoria de la Asamblea General de la OEA para la CIDIP VI data de 1996, en el seno del NLCIFT ya se estaban desarrollando reuniones y estudios sobre garantías mobiliarias dedicados al marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (que congrega a Canadá, Estados Unidos y México), al menos desde 1993. Ver, por ejemplo, el realizado por T.C. Nelson / R.C.C. Cuming, *Harmonization of the Secured Financing Laws of the NAFTA Partners: Focus on México, Arizona*, 1995.

⁴⁵ Parece haber una opinión unánime acerca de la extrema dificultad que implica hacer realidad una normativa internacional sobre esta materia. Por sólo nombrar algunos de los

El Proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias preparado por el NLCIFT, después de ser presentado en sociedad en la Primera Conferencia Interamericana de la Banca, realizada en México DF en septiembre de 1998, fue lanzado a la arena de la primera Reunión de Expertos preparatoria de la CIDIP VI, aunque no fue hasta la segunda, celebrada, también en Washington, en febrero de 2000, cuando se comenzó la discusión sobre la base de los siete principios jurídicos esenciales que, a juicio de la delegación norteamericana, debía reunir un sistema de garantías mobiliarias⁴⁶.

El desarrollo de dichos principios fueron organizados en un extenso articulado de nada menos que 137 artículos, número que se mantuvo invariable hasta poco antes de la celebración de la CIDIP VI⁴⁷, a los que, con posterioridad a la segunda Reunión de Expertos se les agregaron sus correspondientes comentarios. La inclusión de éstos (de gran utilidad, por

más connotados especialistas en la materia, cf. las opiniones en este sentido de U. DROBNIG, "Security Rights in Movables", en A.S. HARTKAMP y otros (dirs.), *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya, 1998, p. 511; R. GOODE, "Security Interests in Movables under English Law", en K. Kreuzer (dir.), *Mobiliarsicherheiten Vielfalt oder Einheit?*, Baden-Baden, 1999, pp. 71 ss; K. KREUZER, «La propriété mobilière en droit international privé», *Recueil des Cours*, 259 (1996), p. 271.

⁴⁶ Ver Doc. REG/CIDIP-VI/INF-3/00 y el Informe Final de la Segunda Reunión de Expertos (REG/CIDIP-VI/doc.6/00 corr.1). Dichos principios eran: -creación de una garantía mobiliaria única y uniforme; extensión automática del gravamen original a otros bienes adquiridos con posterioridad; posibilidad de la extensión automática del gravamen al producto de la venta de los bienes originalmente gravados y las nuevas generaciones de bienes de reemplazo o transformados; segregación de aquellos bienes futuros que sean adquiridos en virtud de un crédito por el precio de la compra; excepción del consumidor; establecimiento de un sistema de ejecución ágil y efectivo, incluyendo la rápida reposición o adjudicación de la garantía y la disposición privada del bien dado en garantía; la publicidad por registro, dividido en dos puntos: la expansión del concepto de bienes muebles sujetos a una garantía sin desposesión y el principio de publicidad o notificación adecuada, por un lado, y el registro de deudores y la descripción de la garantía, por otro.

⁴⁷ El grueso del articulado del Proyecto se lo llevaban las disposiciones relativas al perfeccionamiento (arts. 26 a 70 bis) y al registro (arts. 71 a 92), en lo que constituía un dispendio reglamentista difícilmente justificable, plagado de repeticiones y contradicciones, unas aparentes y otras no tanto.

cierto⁴⁸) se realizó para la Reunión del Comité de Redacción sobre garantías mobiliarias (que vendría a ser la tercera Reunión de Expertos preparatoria de la CIDIP VI), celebrada en Miami en noviembre de 2000, ocasión en la cual el Proyecto fue discutido de forma presencial, completando lo que ya venía haciendo el llamado grupo de expertos a través del correo electrónico. Esta demostración del cambio de los tiempos no se reduce a la modernización de la metodología empleada por la CIDIP, sino que también se reflejó en la elaboración, según se acordó en la segunda Reunión de Expertos, de unas Normas interamericanas uniformes sobre documentos y firmas electrónicas (nombradas por sus siglas en inglés como IAREDS), preparadas con suma celeridad por el NLCIFT y presentadas también en la Reunión de Miami.

Debe tomarse en consideración que los principios esbozados por la delegación norteamericana responden fielmente al sistema de garantías mobiliarias vigente en ese país y adoptado posteriormente también en Canadá. En particular, debe recordarse que, a diferencia de lo que es habitual en materia de derecho privado en Estados Unidos, donde se pueden contar tantos sistemas como Estados tiene la Unión (aunque, según las materias, es posible agruparlos por tendencias o por coincidencia en sus soluciones materiales), la cuestión de las garantías mobiliarias presenta una sola regulación para todo el país, ya que todos los Estados han incorporado a su legislación el art. 9 del Uniform Commercial Code⁴⁹. Las características

⁴⁸ Sin menoscabar para nada la afirmación entre paréntesis, cabe consignar que la redacción (traducción) castellana de los comentarios y de varios artículos del Proyecto parecía francamente mejorable y así fue puesto de manifiesto en la Reunión de Miami. En esa ocasión, varios expertos solicitaron la inclusión de un artículo con definiciones, artículo que, a iniciativa mexicana, aparece en el texto final aprobado en la CIDIP VI. Cabe consignar que las críticas a la redacción de la Ley Modelo se siguieron escuchando hasta la reunión plenaria final donde la misma fue finalmente aprobada.

⁴⁹ El UCC fue elaborado conjuntamente por el American Law Institute y la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, promulgado en 1951 y publicado en 1952. A partir de allí ha sufrido numerosas y significativas reformas. En lo que respecta al art. 9, su última versión (que amplía todavía más su ámbito de aplicación, moderniza los métodos de registro, prescribe más formas de perfeccionamiento de la garantía, incluye otras reglas de prioridad y aclara ciertas reglas relativas a la ejecución) es de 1999 y ha entrado en vigor para un número significativo de Estados el 1º de julio de 2001. Ver C. Cooper (dir.), *The New Article 9 Uniform Commercial Code*, Nueva York, 1999.

esenciales de ese modelo estriban en la adopción de una categoría unitaria de garantía mobiliaria contractual y la generalización de las inscripciones para poder oponerse a terceros. Antes de la adopción del art. 9, los Estados mantenían reglamentaciones muy variadas sobre las distintas clases de garantías posibles⁵⁰. Después de la vigencia de dicha norma (en realidad se trata de un extenso conjunto de normas), cualquiera sea la denominación dada a la garantía por las partes, la misma tiene plenos efectos inter partes siempre que se respeten las formalidades (mínimas) para su constitución, y erga omnes siempre que se cumplimenten los requisitos de perfeccionamiento previstos. A las garantías perfeccionadas se les asigna una prioridad, que en general está en función de la incidencia de la constitución de la garantía sobre el valor de mercado del bien gravado y que, por lo tanto, no siempre se acomoda al principio de que el primero en orden cronológico tiene un mejor derecho.

Existe un considerable consenso sobre el buen comportamiento de este modelo "funcional" en los Estados Unidos. De ahí que no pueda sorprender que prácticamente todos los intentos de codificación internacional que se han realizado hasta la fecha lo hayan tomado como punto de partida (¿o de llegada?)⁵¹, tal como lo han recomendado casi todos los autores⁵². Antes que la CIDIP, ya el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento ha publi-

⁵⁰ B. KOZOLCHYK, "La venta de bienes muebles por su no dueño (el significado actual de la propiedad mobiliaria), en *El derecho comercial ante el libre comercio y el desarrollo económico*, México, 1996, p. 295, cita la venta con reserva de dominio, la prenda con y sin desplazamiento, el gravamen del acreedor-endosatario de un título representativo de dominio, la garantía sobre los bienes de inventario, cuentas por cobrar, títulos de crédito, títulos representativos del dominio y todos los productos de las ventas de un deudor productor de bienes (mayorista o minorista), etc.

⁵¹ Paradójicamente, cuando fue introducido en los Estados Unidos hubo algunas voces muy críticas como la de G. GILMORE, *Security Interests in Personal Property*, Boston, 1965, pp. 320 ss. Además el debate acerca del art. 9 ha seguido siendo intenso en la última década. Ver A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milán, 2000, pp. 169 ss.

⁵² Ver, por todos, R.C.C. CUMING, "The Internationalization of Secured Financing Law: The Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny", *Making Common Law. Essays in Honor of Roy Goode*, Oxford, 1997, pp. 499 ss.

cado una Ley modelo sobre transacciones garantizadas en 1993, con el fin de servir de directriz para los países del centro y del este de Europa en su carrera por abrazar la economía de mercado y un sistema jurídico apropiado para ello⁵³; la influencia del modelo norteamericano es asumida por los propios redactores de la Ley y no es difícil de advertir⁵⁴. Si esto ha sido así en dicho ámbito, tan alejado de Estados Unidos, ¿cómo no iba a pasar en América?

2. Las contribuciones mexicana y canadiense

México había venido colaborando estrechamente desde un primer momento con el NLCIFT. Incluso para la Segunda Reunión de Expertos también había presentado para la discusión unos "principios" señalando las cuestiones básicas que debía incluir la Ley Modelo⁵⁵. En esa misma Reunión, México y Estados Unidos fueron nombrados "copresidentes" del grupo de trabajo creado para este tema, lo que reafirma la mutua colaboración entre ambas delegaciones. Pero no fue hasta septiembre de 2001, es decir, después de casi tres años de trabajo sobre la base del proyecto de Tucson y muy poco tiempo antes de la fecha entonces prevista para la reunión de la CIDIP VI⁵⁶, que México presentó un nuevo Proyecto de Ley

⁵³ Ver C. DAGEFÖRDE, "Das besitzlose Mobiliarpfandrecht nach dem Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (ERBD Model Law on Secured Transactions)", *ZeUPR*, 1998, pp. 686 ss; K. KREUZER, "The Model Law on Secured Transactions of the EBRD from a German Point of View", en J.J. NORTON / M. ANDENAS (dirs.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, La Haya, 1998, 175 ss. No demasiado optimista sobre la consecución del objetivo de armonización jurídica de esta Ley Modelo, J.A. SPANOGLE, "A Functional Analysis of the EBRD Model Law on Secured Transactions", *NAFTA: L. & Bus. Rev. of the Americas*, 1997-Spring, pp. 94 ss.

⁵⁴ Ver R.C.C. CUMING (supra nota 52), pp. 517 ss. Para A. Veneziano (supra nota 51), p. 6, la experiencia de esta Ley permitirá observar los resultados de la influencia del modelo norteamericano.

⁵⁵ Documento de la delegación mexicana titulado "Principios discutidos por la Delegación Mexicana a la luz de las diferentes propuestas en materia de garantías mobiliarias", preparado a partir de los comentarios realizados por Arturo Díaz Bravo, María Elena Mansilla, José Luis Siqueiros, Alejandro Ogarrio y Leonel Pereznieta Castro (Doc. REG/CIDIP-VI/INF-2/00).

⁵⁶ Que era, como antes se dijo, la de la semana del 16 de noviembre de 2001.

modelo que, aunque estaba basado en el anterior, reducía notablemente sus dimensiones (a poco más de la mitad) e intentaba acercar su contenido a la realidad de los ordenamientos latinoamericanos⁵⁷.

Algo digno de destacar es que desde el primer artículo se dejó claro que la garantía creada por la Ley modelo no sustituiría a “aquellas otras garantías que sean reguladas conforme a leyes especiales”, haciendo menos dura la aceptación de la nueva reglamentación. En la misma dirección (es decir, buscando una más favorable aceptación de la Ley modelo) aparecían normas tales como la que equiparaba la preferencia del acreedor garantizado en caso de insolvencia del deudor con la preferencia que corresponde a otros acreedores con garantía real, y la que imponía la autorización previa del juez para que el acreedor pueda tomar posesión de los bienes en garantía, salvo el caso de entrega voluntaria. No menos importancia debe otorgarse a la lista de definiciones contenida en el art. 3, redactada con la intención de buscar mejores posibilidades de armonización real en la materia, habida cuenta del escaso desarrollo de la misma en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos y las disparidades conceptuales existentes.

Los Estados Unidos asumieron pragmáticamente el proyecto mexicano, con algunas correcciones, surgiendo así como texto de base para la discusión en la CIDIP VI el Proyecto conjunto de las delegaciones de México y Estados Unidos de una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias⁵⁸. No tenía por qué haber problemas para ello, ya que, por un lado, la contribución mexicana había mejorado notablemente el producto

⁵⁷ Debe tenerse en cuenta que antes de ser adoptada por la CIDIP, la Ley modelo comenzó a cumplir su función, ya que precisamente en México se realizó una significativa reforma abarcando la Ley general de títulos y operaciones de crédito, el Código de Comercio y la Ley de instituciones de crédito (DO de la Federación, 23.5.2000). Cf. M. DE LA MADRID ANDRADE, “La prenda sin transmisión de posesión. Estudio comparativo con la Ley modelo interamericana de garantías mobiliarias”, *Rev. Mexicana DIPr*, 9, 2001, pp. 11 ss. Apparentemente, la aplicación práctica de esta reforma dista de ser satisfactoria. Ver L. PEREZNIETO CASTRO, “Comentarios al ‘Proyecto México-Estadounidense para una Ley Modelo en Materia de Garantías Mobiliarias’”, *Rev. Mexicana DIPr*, 10, 2001, p. 66.

⁵⁸ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.4/02.

sin apartarse de los principios esenciales perseguidos por la iniciativa norteamericana, y, por otro, la aparición de México en el patrocinio de ésta podía hacerla más digerible para los demás Estados latinoamericanos.

Así estaban las cosas cuando, pocos días antes de iniciarse finalmente la CIDIP VI, Canadá presentó un documento en el que se contenía una nueva propuesta de Ley Modelo Interamericana que, si bien continuaba manteniendo la filosofía de los proyectos anteriores, modificaba muchísimas cuestiones concretas, con excepción de las referidas a la ejecución de la garantía y a los supuestos de DIPr⁵⁹. La inmensa mayoría de los delegados conoció el texto en el mismo momento de iniciarse la Conferencia, lo cual provocó primero una evidente e inevitable sensación de sorpresa, y, seguidamente, un temor generalizado a no poder concluir el trabajo en tan poco tiempo.

Algo similar a lo que planteamos respecto de la presentación de documentación a última hora en el tema del transporte, vale también para el de las garantías. Aquí también puede decirse que, a pesar del evidente carácter extemporáneo de su presentación, cabe indicar que el documento canadiense aportó mayor rigor a la mayoría de las soluciones propuestas. En realidad, más que una propuesta alternativa, constituyó un documento más elaborado, de mejor calidad técnica, pero que respetaba fielmente las líneas maestras trazadas por los documentos anteriores⁶⁰. No creemos que debamos detenernos en el detalle de esas mejoras. Sin embargo, sí nos parece interesante señalar que, en los 58 artículos que alcanzó el trabajo realizado (lo que hace alrededor de un 75% del texto anterior) el documento canadiense se convirtió de hecho en el verdadero texto de base, sobre el cual se planteó toda la discusión de la Comisión II.

⁵⁹ En el documento canadiense se invocó el problema de la falta de tiempo (?) para justificar dicha limitación. Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.15/02, 1/02/02.

⁶⁰ La delegación canadiense aseguró que su documento tenía como finalidad brindar más claridad y certeza al Proyecto de México y Estados Unidos, tomando especialmente en cuenta la experiencia de Canadá en las cuestiones relacionadas con el mantenimiento del equilibrio dentro del DIPr, en relación con las tradiciones del derecho civil y del common law. Cf. Informe del Relator de la Comisión II, Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.8/02.

3. El producto final

En la experiencia de las CIDIP celebradas hasta ahora no hay precedentes de un texto que haya recibido tantas reformas en la reunión final, habitualmente destinada a cuestiones de detalle. Casi todos los artículos del Proyecto que los delegados tenían en mente al llegar a Washington (el de México y Estados Unidos) sufrieron variaciones importantes, sobre todo pero no exclusivamente, para integrarlo con la propuesta canadiense. En otras ediciones de la CIDIP, cuando ha habido modificaciones sustanciales, éstas han sido muy concretas⁶¹. Lo que queda muy claro respecto de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias es que Estados Unidos le concedió una trascendencia inusitada, acorde con la dimensión de las reformas que se estiman necesarias dentro de los sistemas latinoamericanos para mejorar la fluidez del crédito. Téngase en cuenta que existían ya numerosos estudios que se han ocupado de destacar los inconvenientes que las normas vigentes en los países latinoamericanos suponen para el florecimiento de un sistema de garantías ágil y funcional, lo que se ha caracterizado habitualmente como un obstáculo para la obtención de créditos más flexibles y más baratos. Algunos de esos estudios se referían en general a los ordenamientos de la región y otros analizaban la situación concreta de determinado país, aunque cabe consignar que muchos de éstos se parecen demasiado entre sí, como si se tratara de una plantilla de programa informático en el que sólo se modifican números de artículos y nombres de los escasos autores citados⁶². Prueba del interés norteamericano en la cuestión es la voluminosa presentación del Proyecto preparado por el NLCIFT, así como el ostensible protagonismo del mismo en todo el proceso hasta su

⁶¹ Fue lo que sucedió con la Convención de México sobre contratos, donde a última hora se eliminó el recurso a la "prestación característica" como parámetro para determinar el Estado más estrechamente vinculado con el contrato. Ver G. PARRA-ARANGUREN, supra nota 40, pp. 408-409.

⁶² Una magnífica excepción la constituye el extraordinario estudio de A.M. GARRO, "Security Interests in Personal Property in Latin America: A Comparison with Article 9 and a Model for Reform", *Houston Journ. of Int'l L.*, 9, 1987, pp. 157 ss., y la consecuente propuesta de reforma "The Reform and Harmonization of Personal Property Security Law in Latin America", *Rev. Jur. Univ. Puerto Rico*, 59, 1990, pp. 1 ss.

aprobación. Las aportaciones de México y Canadá demuestran que, pese a las diferencias de estilo y a los no pocos desajustes en el funcionamiento, los socios del TLCAN tiran para el mismo lado.

El texto finalmente aprobado consta de 72 artículos y está dividido en ocho títulos, referidos a: ámbito de aplicación (I); constitución (II); publicidad (III); registro (IV); reglas de prelación (V); ejecución de la garantía (VI); arbitraje (VII); y Derecho aplicable a los supuestos internacionales (VIII). Cualquiera que conozca un poco el funcionamiento de algún organismo internacional que tenga entre sus tareas –o como tarea exclusiva– la codificación del Derecho, podrá legítimamente preguntarse cómo se puede analizar, discutir y tomar decisiones acerca de nada menos que 72 artículos en poco más de cuatro días. La respuesta es difícil de dar, sobre todo si se observa que en el documento canadiense se afirma que no se pudo revisar todo el Proyecto que le había enviado la OEA en agosto de 2001, como dijimos, por falta de tiempo. Aunque este argumento sea muy endeble (puesto que Canadá, como todos los demás Estados, conocía la existencia del Proyecto del NLCIFT por lo menos desde la Primera Reunión de Expertos, es decir, desde hacía más de tres años), no deja de ser sintomático que un país que cuenta con un grupo de especialistas de primerísimo nivel afirme que en cinco meses sólo ha podido considerar las tres cuartas partes del texto previo. Y el dato es particularmente significativo, ya que lo que tuvo que abordarse en el seno de la Comisión II en esa corta semana de febrero fue un documento casi nuevo, desconocido.

Ante ese panorama, el secreto de la aprobación de la Ley Modelo se cifra en una razón de fondo y en dos elementos operativos. La primera consistió en el ya mencionado enorme interés de los Estados Unidos para sacar adelante una reglamentación del tema y la falta de resistencia de parte de los delegados presentes⁶³; los elementos operativos fueron: la elección de las autoridades de la Comisión II y el funcionamiento de un “Comité de

⁶³ La única delegación que manifestó varios puntos de vista discordantes fue la de Guatemala, uno de cuyos delegados afirmó en el plenario final que su país se reservaba el derecho de no aprobar las normas relativas a la ejecución de la garantía, “exclusivamente pensadas para el acreedor”.

redacción" que trabajó full time. Las autoridades no pudieron ser más adecuadas para llevar las discusiones a buen puerto. Como Presidente actuó el mexicano José Luis Siqueiros, quien sacó a relucir una y otra vez su enorme experiencia en estas lides y su fina diplomacia. El Vicepresidente fue el autor intelectual del Proyecto primigenio, el delegado de los Estados Unidos Boris Kozolchyck, el cual combinó su carácter de férreo negociador con el de didáctico profesor dedicado a la explicación (muchas veces en su español original) de cada uno de los extremos de la Ley Modelo. La tarea de Relator no pudo caer en mejores manos que en las del uruguayo Ronald Herbert, quien presidió además el Comité de redacción con una envidiable mezcla de paciencia, hiperactividad e inteligencia.

Como el análisis pormenorizado del texto no encaja en este artículo, nos limitaremos a comentar las líneas esenciales de su contenido. En primer lugar debe decirse que la pretensión del Proyecto norteamericano de sustituir totalmente las normas que en cada Estado regulan las garantías mobiliarias no pudo plasmarse en el texto definitivo⁶⁴. Es verdad que tal Proyecto se limitaba a las garantías contractuales sobre bienes muebles, dejando fuera de su alcance algunos bienes muy particulares -como las acciones bursátiles- y las garantías creadas por ministerio de ley (art. 2); pero hechas esas excepciones, todos los bienes -presentes o futuros, tangibles o intangibles, individuales o "colectivos"- (arts. 4, 15, 17, 18 y 20), todas las garantías (art. 1), y todo lo atinente a ellas -constitución, perfeccionamiento, prelación, cesión, negociación, modificación y extinción- (art. 6), quedaba regulado por la Ley propuesta⁶⁵. En la Ley Modelo aprobada por la CIDIP VI, el objetivo sigue siendo el de una reforma profundísima de los sistemas latinoamericanos. Baste mencionar, entre otros extremos, que:

1) en el primer párrafo del art. 1 se precisa que las garantías abarcadas por la Ley Modelo sirven "para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables";

⁶⁴ El art. 6 lo señalaba claramente, al decir que la garantía creada por la Ley modelo "sustituye a todas las garantías y mecanismos similares".

⁶⁵ El propio comentario al art. 6 señalaba que "la Ley modelo busca una uniformidad completa".

- 2) según el art. 4, dichas obligaciones garantizadas pueden extenderse, a favor del acreedor, a los intereses ordinarios y moratorios, a las comisiones, a los gastos de custodia de la cosa, a los gastos de ejecución, a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, y a las “penas convencionales” pactadas;
- 3) en el primer párrafo del art. 2⁶⁶, así como en varios artículos del Título III (publicidad)⁶⁷ se llevan casi hasta el infinito las categorías de bienes muebles sobre los que puede recaer una garantía;
- 4) en la última parte del mismo párrafo, se establece que la forma de la operación y la titularidad de la propiedad son datos irrelevantes;
- 5) el último párrafo del art. 1 obliga al Estado que adopte la Ley Modelo a “crear un sistema de registro único y uniforme”, el cual, deberá ser público y automatizado e incluir un “folio electrónico que se ordenará por nombre de deudor” (art. 37), además de una base de datos a la que los usuarios tendrán acceso remoto por vía electrónica mediante una clave confidencial, medio que también servirá para realizar las inscripciones (arts. 43 a 46)⁶⁸;
- 6) desde el momento de la inscripción en dicho registro, la garantía es oponible frente a terceros (arts. 35 y 47) –con excepción de los

⁶⁶ Según el art. 2, la garantía mobiliaria puede recaer sobre: uno o varios bienes específicos, categorías genéricas de bienes, la totalidad de los bienes del deudor, bienes presentes o futuros, bienes corpóreos o incorpóreos, bienes susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución de la garantía o posteriormente.

⁶⁷ Se mencionan expresamente los créditos (arts. 13 ss.), las obligaciones no-monetarias (arts. 21 ss.), los créditos documentarios o cartas de crédito (arts. 23 ss.), los instrumentos y documentos (arts. 27 ss.), los bienes en posesión de un tercero (art. 30), los inventarios (art. 31), y los derechos de propiedad intelectual (art. 32).

⁶⁸ Téngase en cuenta que en la última sesión plenaria de la CIDIP VI, se aprobó una Resolución recomendando a los Estados de la OEA la adopción de regímenes legales compatibles con las Leyes Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (1996) y Firma Electrónica (2001). De forma poco clara, se introdujo también en esa Resolución la recomendación de que los Estados de la OEA consideraran como alternativa la conveniencia de incorporar en su legislación nacional los principios contenidos en las llamadas Reglas Uniformes Interamericanas en materia de Documentos y Firmas Electrónicas (el IAREDS ya mencionado), preparado por la delegación norteamericana, pese a que no fue objeto de ningún debate (!).

consumidores (art. 49)⁶⁹ - y confiere un derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados (segundo párrafo del art. 2 y art. 48)⁷⁰;

7) el art. 50 permite la modificación del orden de prelación mediante acuerdo escrito entre los acreedores garantizados, dejando a salvo los derechos de terceros y las prohibiciones legales⁷¹;

8) si bien, contrariamente a la pretensión del Proyecto original, la intervención judicial o notarial (además del rellenado de un formulario registral de ejecución) es exigida en todo caso (art. 55), el Título VI establece unas reglas de ejecución de la garantía marcadamente favorables para el acreedor⁷²; el deudor sólo tiene tres días para oponerse y exclusivamente mediante la demostración de que ha pagado totalmente la deuda y sus accesorios (art. 56)⁷³, y cualquier otra excepción o defensa debe implementarla por vía de acción judicial independiente, que en ningún caso tendrán efecto suspensivo ni impedirán la ejecución (arts. 57 y 61); al deudor, eso sí, se le reconoce el derecho de reclamar los daños y perjuicios producidos por el ejercicio abusivo de sus derechos por parte del acreedor⁷⁴;

⁶⁹ Que son llamados, -desde su introducción en el proyecto original- "compradores en el curso ordinario de los negocios", término cuyo alcance se define en el art. 3.IV. Para un jurista de lengua española, tanto la terminología como su definición resultan bastante extrañas.

⁷⁰ La Ley Modelo no transmite una idea muy clara de la situación planteada en muchos países por la existencia de acreedores privilegiados que desplazan a todo acreedor garantizado (privilegios que en algunos casos están plasmados en la Constitución), pese a la preocupación expresada ya en las Reuniones de expertos y repetida durante la CIDIP VI.

⁷¹ Se prevén también reglas especiales de prelación según el bien sobre el que recaiga la garantía (arts. 51 y 52).

⁷² De otra opinión parece ser M. DE LA MADRID ANDRADE, "La ejecución de la prenda sin transmisión de posesión", Rev. Mexicana DIPr, 10, 2001, pp. 87 ss.

⁷³ Parece muy exigente para el deudor; sin embargo, debe notarse que los miembros del Comité de redacción fueron más benévolos que los redactores del Proyecto México-Estados Unidos, que sólo admitían la oposición del deudor "inmediatamente después de recibir el formulario registral de embargo" (art. 52 [53]).

⁷⁴ Derecho que tendría de todos modos.

9) el art. 59 admite la venta privada de los bienes, en los casos de garantías posesorias, garantías no posesorias sobre bienes incorpóreos y garantías no posesorias una vez producida la recuperación por parte del acreedor;

10) cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá someterse a arbitraje (art. 68).

Pero, como se había propuesto en el documento mexicano, estas características tan novedosas para los Estados de América Latina no afectarán necesariamente a todas las garantías, sino que se reconoce a los Estados que adopten la Ley Modelo el derecho a excluir expresamente algunas de ellas de su ámbito de aplicación (segundo párrafo del art. 1).

Otra reforma de última hora que evidentemente mejora los Proyectos presentados es la referida a las soluciones previstas para las situaciones de internacionalidad. En realidad, lo único que se decía en el Proyecto original en este título era que cuando la garantía es internacional o se internacionaliza⁷⁵ el acreedor garantizado, para retener la prelación establecida, también debe perfeccionar la garantía en el otro Estado, señalando el art. 136 del Proyecto del NLCIFT los supuestos de internacionalidad⁷⁶ y el 137 el momento para ese perfeccionamiento⁷⁷. El Proyecto mexicano mantuvo en esencia las reglas del norteamericano (arts. 69 [70] y 6)⁷⁸ y el

⁷⁵ Ver las implicaciones que puede tener esta distinción en N. BOUZA VIDAL, *Garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, 1991, pp. 107-114.

⁷⁶ En lo que constituía una técnica bastante defectuosa, el postulado de base de esta norma (sin la lista de supuestos de internacionalidad) ya estaba contenido en el art. 19, junto a la única norma indirecta del Proyecto, la cual establecía que "en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la ejecución de la garantía deberá sujetarse a los requisitos de la ley vigente en el lugar en que se encuentren los bienes en garantía". No resulta comprensible que, habiendo un título relativo al DIPr y otro a la ejecución de la garantía, la norma se incluyera en el capítulo referido a los bienes en garantía.

⁷⁷ Desde la perspectiva de los estudios de DIPr sobre garantías, esas reglas eran muy pobres. De hecho, las contenidas en los arts. 19 a 22 del Tratado de derecho comercial terrestre internacional de Montevideo de 1940, eran técnicamente superiores. V. Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional de nuestros días*, *Rev. Mexicana DIPr*, 10, 2001, p. 55.

⁷⁸ En realidad, el 69 repetía lo establecido en el último párrafo del 6.

documento aportado por Canadá, como dijimos, no llegó a tocar estas normas⁷⁹. Las soluciones pergeñadas por el Título VIII de la Ley Modelo se basan en distinguir según el tipo de garantías mobiliarias y según el tipo de bienes que son objeto de las mismas: para unas⁸⁰ la validez, publicidad y prelación de la garantía se rigen por la ley del lugar de situación de los bienes al momento de la creación de la misma (primer párrafo del art. 69); para las otras⁸¹, por la ley del lugar el cual el deudor se encuentra "localizado"⁸² en el momento de tal creación (primer párrafo del art. 70). Si en el primer caso cambia la situación de los bienes o en el segundo cambia la localización del deudor, la validez, publicidad y prelación de la garantía pasan a regirse, respectivamente por la ley de la nueva situación de los bienes (segundo párrafo del art. 69) o por la ley de la nueva localización del deudor (segundo párrafo del art. 70). Pero en ambos casos el acreedor puede mantener la prelación original, si procede al registro de la garantía en el

⁷⁹ La insuficiencia de las normas dedicadas a los supuestos internacionales acaso guardara relación con un cierto optimismo acerca de la buena acogida que tendría la Ley Modelo, ya que, como bien se sabe, la uniformización total del derecho sustantivo borraría la necesidad de contar con normas indirectas; a normas iguales o equivalentes, el reconocimiento de las garantías constituidas en el extranjero estaría asegurado. Otra explicación, acaso más verosímil, tiene que ver con la fuente de inspiración utilizada que, si bien corresponde a un Estado federal con un poder legiferante fraccionado en materia de derecho privado, funciona como un derecho interno al haber sido adoptado por todos los Estados. Ver T.C. NELSON, "Receivables Financing to Mexican Borrowers: Perfection of Article 9 Security Interests in Cross-Border Accounts", *Inter-American L. Rev.* 29:3, 1998, pp. 528-536.

⁸⁰ Garantías sobre muebles corpóreos (salvo los abarcados por la segunda hipótesis) y garantías posesorias sobre muebles incorpóreos.

⁸¹ Garantías sin desposesión sobre muebles incorpóreos y garantías sobre muebles corpóreos que permanecen en posesión del deudor como equipo utilizado en el curso ordinario de su negocio o como inventario mantenido para su arrendamiento. Hay todavía un tercer grupo (previsto en el art. 71): el de las garantías sin desposesión sobre muebles incorpóreos negociables, cuya prelación frente a terceros que adquieran derechos posesorios sobre dichos bienes, es sometida a la ley del Estado en donde se ubiquen los bienes en garantía al momento de la adquisición de los derechos posesorios.

⁸² Este término raro, que parece venir de la traducción literal de *located*, se explica en el art. 72: el deudor se considera localizado donde se ubica el centro principal de sus negocios; si no opera un negocio o no tiene un centro de negocios, se le considera localizado en el Estado de su residencia habitual.

país de nueva situación de los bienes o de nueva localización del deudor, dentro de los 90 días de producido el traslado (arts. 69 in fine y 70 in fine)⁸³.

Como valoración general, debe partirse del hecho de que todas las críticas vertidas sobre los sistemas legales y judiciales latinoamericanos relativos a garantías mobiliarias, aunque han existido desde siempre, se han hecho más insistentes, demoledoras y apocalípticas en los últimos años. A punto tal que la cosa se llega a plantear en términos cercanos a la exageración, como "los sistemas se reforman o se acaba en crédito". Es innegable que muchas de las críticas son acertadas, pero debe saberse que la reforma tampoco garantiza de por sí el cambio de la situación, como casi ninguna reforma legal lo hace, sin que esto signifique una actitud abiertamente escéptica respecto del impacto de las políticas legislativas. Cualquier tipo de modificación legislativa que se lleve a cabo, podrá sentar las bases para la declamada mayor fluidez del crédito y para su abaratamiento, lo cual sería sin duda ampliamente positivo para unas economías tan necesitadas de fondos y de actividad económica productiva como las latinoamericanas. Pero la consecución de estos resultados dependerá de la buena voluntad de los actores implicados y, más concretamente, de los actores que definen las tendencias de "la mano invisible del mercado" (para usar la clásica terminología de Adam Smith). Creer que una buena reforma de tales o cuales códigos y leyes van a tener efectos automáticos en un mercado tan complicado como el financiero y en países con tantos problemas como los latinoamericanos representa, en nuestra opinión, una actitud casi ilusoria. Tal vez el paralelismo con el modo de llevar a cabo la política de privatizaciones en los países latinoamericanos y los resultados de la misma, debería ponernos en guardia respecto de un optimismo desmedido. El consenso acerca del mal funcionamiento de las empresas públicas, que se aproximaba bastante a la unanimidad, ayudó a hacer creer que la privatización generalizada pro-

⁸³ Cf. estas soluciones con las propuestas por N. BOUZA VIDAL, *supra* nota 75, pp. 163 ss., 209 ss. y 248; y por U. DROBNIG, "Mobiliarsicherheiten im internationalen Wirtschaftsverkehr", *RabelsZ*, 38, 1974, pp. 480 ss. Ver también arts. 9-103.1.d. UCC y 102.2 Ley suiza de DIPr. Escéptico al respecto se muestra K. KREUZER, "La propriété mobilière en droit international privé", *Recueil des Cours*, 259 (1996), pp. 253 ss. y 304.

vocaría de modo inmediato e irreversible una situación de sana competencia y, en consecuencia, la mejora de los servicios y la disminución de los precios, además de la disminución de las deudas externas. La abismal diferencia entre esa creencia y la realidad posterior hace superfluo cualquier comentario al respecto.

No queremos ser negativos. Simplemente llamamos la atención sobre cómo habrán de producirse los efectos de cualquier reforma sobre las garantías en los países de la región. La ecuación es muy simple. Los efectos respecto del deudor serán automáticos, como por ejemplo en lo relativo a la facilitación del procedimiento de ejecución de los bienes; el deudor no tendrá nada que opinar al respecto, pues ese será el modelo de garantía disponible para poder acceder al crédito. El mejoramiento de las condiciones crediticias y, en particular, la bajada de los tipos de interés, en cambio, dependerá exclusivamente de la voluntad de los prestamistas, que en los supuestos que más nos interesan (los internacionales) serán en general, además, personas jurídicas extranjeras, cuya preocupación por la mejora de las condiciones económicas de los países latinoamericanos no cuenta con muchos precedentes dignos de mención. Sólo esperamos que no tengamos que decir lo mismo que un reputado comentarista dijo de la práctica relativa a la Ley argentina de prenda con registro⁸⁴: “la ley ha funcionado, podríamos decir, unilateralmente, como si persiguiera, no la finalidad social de estimular la economía y el crédito, sino de brindar al acreedor, y tan sólo al acreedor, vendedor o prestamista, garantías y privilegios irritantes”⁸⁵.

IV. DE LA CONTAMINACIÓN TRANSFRONTERIZA A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL “A SECAS”

1. Los documentos uruguayos

Como señalamos al principio de esta crónica, Uruguay tomó a su cargo desde la Primera Reunión de Expertos (Washington, diciembre de 1998) el

⁸⁴ Ley 12.962, de 26 de marzo de 1947, que ratificó el dec.-ley 15.348/46, de 28 de mayo, dictado por un gobierno de facto.

⁸⁵ Es la opinión de C.J. ZAVALA RODRÍGUEZ, en Código de Comercio y leyes complementarias, t. III, Buenos Aires, 1967, 246.

trabajo de oficiar de "Relator" del tema "Conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, con énfasis en el tema de la jurisdicción competente y las leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza". Con ese mandato, este país redactó un Anteproyecto de convención que circuló a finales de 2001⁸⁶. En lo que refiere a las normas de jurisdicción, el art. 4 del mismo otorgaba la (amplia) opción al actor de presentar la demanda en el lugar de producción del hecho generador de la contaminación, en el lugar donde se produjeron los daños, o en el domicilio, residencia habitual o establecimiento comercial del demandante o del demandado. El demandante también contaba, según el art. 5 del documento uruguayo, con la facultad de elegir como ley aplicable la del lugar de producción del hecho dañoso o la del lugar de producción de los daños.

Tal vez la manifiesta oposición de algunos Estados al desarrollo de este tema en el ámbito regional interamericano, desde su primigenia inclusión en la agenda de la CIDIP, y la consecuente búsqueda de alternativas más aceptables, fue lo que movió a Uruguay a presentar, casi en el mismo momento de iniciarse la CIDIP VI, un documento que bien podría interpretarse como una alternativa a su propio documento previo. En realidad, formalmente, fueron dos nuevos documentos, uno conteniendo el Proyecto de convención interamericana sobre ley aplicable y jurisdicción internacionalmente competente en materia de responsabilidad extracontractual (ya si ninguna referencia a la contaminación transfronteriza)⁸⁷, y otro con la Exposición de motivos del mismo⁸⁸. El desarrollo posterior de los acontecimientos demostró que los bienintencionados esfuerzos uruguayos no alcanzarían los resultados esperados.

2. Los puntos de controversia y la síntesis

Si en el proceso anterior a la celebración de la CIDIP VI, las reticencias a la adopción de una convención sobre los aspectos de DIPr de la conta-

⁸⁶ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.8/02.

⁸⁷ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.16/02.

⁸⁸ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.17/02.

minación transfronteriza se habían dejado sentir con desigual fuerza, dicha oposición se hizo evidente una vez presentes las delegaciones en Washington. En primer lugar, es interesante destacar que el propio cronograma inicialmente repartido⁸⁹ sólo preveía dos sesiones para la Comisión III (el penúltimo día de la Conferencia), encargada del tratamiento de este tema. No parece mucho comparado con las seis previstas para la carta de porte y las ocho destinadas a las garantías. Desde la Presidencia de la Conferencia se pusieron las cosas en su lugar, eliminando esa irritante situación. El propio Presidente Oportti se empleó a fondo en la primera sesión de la Comisión⁹⁰ explicando los distintos extremos de las propuestas uruguayas y sus razones. Desde las delegaciones canadiense y norteamericana se llegó a sugerir la inconveniencia del tratamiento de este tema, con diversos argumentos, entre los cuales destacaban el ya conocido del alcance universal del tema de la contaminación transfronteriza y su mejor acomodo al ámbito de trabajo de las organizaciones de vocación también universal, por un lado, el temor a que se afecte de algún modo la responsabilidad del Estado y, desde un punto de vista más técnico, ciertos reparos a la consagración del *forum actoris* y a la facultad de elegir la ley aplicable. Ante esa pretensión, el mismo Oportti y el delegado mexicano Siqueiros manifestaron la total imposibilidad de aceptarla con el incontestable razonamiento de que los delegados a la Conferencia carecen de competencia para excluir el tratamiento de un tema que está dentro de la agenda por mandato imperativo de la Asamblea General⁹¹.

A partir de ese momento y divididas las aguas entre la firme actitud uruguaya (con significativo apoyo mexicano) y la resistencia no menos sólida de las delegaciones norteamericana, canadiense y brasileña, se sucedieron una serie de reuniones más o menos informales que se preocuparon de alcanzar algún tipo de consenso⁹². La aprobación de cualquier tipo de texto

⁸⁹ "Proyecto de calendario" (Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.3/02).

⁹⁰ Las autoridades de la Comisión III fueron: Juan Manuel Castulovich (Panamá) – Presidente-, Berta Feder (Uruguay) –Vicepresidenta-, y Rafael Veintimilla (Ecuador) –Secretario-.

⁹¹ AG/RES. 1558 (XXVIII-O/98), aprobada el 2 de junio de 1998.

⁹² Ver la detallada crónica del Informe del Relator de la Comisión III (Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/Com.III/doc.2/02).

convencional quedó rápidamente descartada. Con igual premura, desapareció toda referencia específica a la contaminación transfronteriza. Así las cosas, se llegó a un acuerdo acerca de aprobar unas "bases" para seguir desarrollando el tema de la responsabilidad extracontractual que fueran aceptables para todas las delegaciones. El contenido de la misma se fue descafeinando hasta llegar al texto finalmente aprobado en la última Sesión Plenaria⁹³. En el mismo se reconoce "la necesidad de considerar la regulación de la ley aplicable y la jurisdicción internacional competente en materia de responsabilidad civil extracontractual", y se apoya la realización de "un estudio preliminar para identificar las áreas específicas en las que pueda verificarse un desarrollo progresivo de la regulación en esta materia mediante soluciones de conflicto de leyes, así como la realización de un análisis comparativo de las normas estatales en vigor". En cuanto a los aspectos técnicos se llegó a una ecléctica fórmula que de un lado se preocupa por "la expectativa fundada de los peticionantes a demandar ante foros accesibles con un régimen legal favorable" (coherente con los documentos uruguayos), y de otro por "las expectativas fundadas de los reclamados a no ser demandados y juzgados ante foros o por leyes sin conexión razonable con el objeto de la demanda o con las partes" (de acuerdo a las preocupaciones constitucionales norteamericanas)⁹⁴.

V. EL FUTURO DE LA CIDIP

1. La modificación del escenario y sus consecuencias

Las dos últimas ediciones de la CIDIP y, muy especialmente, la CIDIP VI, no sólo han marcado para la codificación del DIPr interamericano un

⁹³ Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/RES.7/02.

⁹⁴ La Resolución termina solicitando al Consejo Permanente que encomiende al Comité Jurídico Interamericano examinar la documentación sobre la materia, y teniendo en cuenta las bases precedentes, emita un informe, formule recomendaciones y posibles soluciones, todo ello a ser presentado a una Reunión de Expertos, y a la Asamblea General que convoque una Reunión de Expertos para que, con base en el Informe del Comité Jurídico Interamericano, considere la posibilidad de elaborar un instrumento internacional sobre la materia, que deberá ser presentado a la Asamblea General de la OEA en su período ordinario de sesiones del año 2003.

cambio de rumbo vinculado con la privatización, la comercialización y la utilización de técnicas de codificación "blandas". Además de eso, ha quedado muy claro que el tradicional modelo de la CIDIP "latinoamericana" ha dado paso a la configuración de un ámbito de codificación más interamericano con la presencia activa de Canadá y Estados Unidos⁹⁵. En concreto, este último país es el que ha adoptado el rol de actor protagónico, proponiendo los temas, ocupándose de su preparación y obteniendo los resultados esperados al final del camino, contando con un considerable apoyo de sus dos socios en el TLCAN. La vieja situación de la CIDIP en la que se reunían todos los más importantes especialistas del DIPr latinoamericano⁹⁶ y realizaban una labor caracterizada por la existencia de discusiones de alto nivel científico, a veces algo desvinculadas o desentendidas de los intereses de los Estados que representaban, parece haber tocado a su fin. Ahora estamos asistiendo a una CIDIP pragmática, preocupada por los temas que la agenda del libre comercio va presentando a la región⁹⁷.

Mirando hacia lo que se avecina, la puesta en funcionamiento del ALCA requerirá sin dudas un considerable desarrollo normativo válido para todos los Estados miembros de la OEA, tarea que bien puede canalizarse a través de la CIDIP. La puesta en escena de unas reglas de libre mercado a escala regional, requerirán más que nunca de normas claras y sistemas de solución de controversias imparciales y eficaces que permitan prevenir y castigar los excesos de ese mercado, a la vez que proteger a Estados, sectores y personas que mal pueden defender sus legítimos intereses en un esquema así

⁹⁵ Una actitud semejante por parte de los países anglófonos del Caribe queda todavía pendiente.

⁹⁶ D. Opertti Badán, J.L. Siqueiros, R. Herbert, G. Parra-Aranguren, W. Goldschmidt, H. Valladao, T.B. de Maekelt, L. Pereznieta Castro, F. Vázquez Pando, etc. Es cierto que algunos han fallecido, pero, de cualquier modo, en la CIDIP VI sólo los nombres de los tres primeros mantuvieron aquel espíritu.

⁹⁷ Cf. los dos documentos discutidos en la sesión dedicada en la CIDIP VI al "Futuro de la CIDIP": uno del Comité Jurídico Interamericano presentado por su Presidente, Joao Grandino Rodas, y por el miembro norteamericano de ese órgano, Carlos Vázquez (Doc. OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.10/02), y el otro presentado por el Invitado Especial de la OEA a la CIDIP VI, D.P. Fernández Arroyo (Doc. OEA/Ser. K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.18/02).

concebido. Si, como nos están diciendo, la llegada del ALCA es inexorable, de ningún modo puede aceptarse que dicho esquema sólo vaya a servir para consolidar las injusticias que pululan por la región y, mucho menos, para ampliar aún más la brecha económica y social. Aceptando el dato de que todos los Gobiernos de los Estados miembros parecen participar de la idea de que el libre comercio será beneficioso para sus países y generará prosperidad en sus pueblos –como predicán sus apóstoles–, se refuerza la necesidad de que el paso tan trascendente representado por la constitución del ALCA esté sometido a unas reglas de juego claras y respetuosas de los derechos sociales. Es el único modo de que esa creencia casi religiosa de los Gobiernos tenga una mínima chance de superar el tamiz de la razón. El Derecho internacional privado y el Derecho del comercio internacional necesitarán de nuevas reglamentaciones en este sentido y la CIDIP puede ser un ámbito apropiado para ello. La experiencia europea demuestra que países con sistemas muy diferentes han logrado dotarse de unas herramientas básicas comunes para el funcionamiento del libre comercio, entre ellas, normas indirectas que protegen a contratantes débiles o normas materiales que sancionan el falseamiento de la competencia. Y el invento, sin estar exento de múltiples imperfecciones ni configurar el paradigma del desarrollo social, funciona razonablemente bien.

2. El desafío de los Estados latinoamericanos frente a la CIDIP VII

Teniendo en cuenta la importancia de la labor desarrollada hasta ahora y los desafíos futuros, parece claro que la CIDIP tendría que seguir existiendo y trabajando. Sin embargo, también parece evidente que se impone una profunda modificación de su funcionamiento y una relativa redefinición de sus objetivos. Ambas cuestiones son, como mínimo, discutibles, aunque en la sesión de la CIDIP VI dedicada al “futuro de la CIDIP” pudo palpase cierto consenso acerca de la necesidad de continuar las tareas de codificación en esta sede. Lo que no presenta, en cambio, ninguna duda es que el trabajo de la CIDIP debe ser aprovechable para todos sus Estados (los Estados de “todas las Américas”) y que, por lo tanto, los treinta y cinco Estados miembros de la Organización deberían participar activamente en la prepa-

ración de sus textos. Para que los Estados miembros se sientan comprometidos con el trabajo de la CIDIP, lo ideal sería que desde la OEA se identifiquen personas relevantes en cada Estado miembro que tendrían la función de fomentar dicha participación activa. Esas "personas relevantes de contacto" podrían variar según los temas y según las reuniones⁹⁸.

El problema de los recursos (limitadísimos) de la OEA para el DIPr no tiene necesariamente mucho que ver con lo anterior. Es importante lograr un equilibrio entre el apoyo que pueden dar instituciones públicas y privadas que estén interesadas en el desarrollo de algunos temas por parte de la CIDIP⁹⁹ y la necesidad de no "privatizar" el proceso, resguardando la imprescindible independencia que debe guiar a las Conferencias. De otro lado, cuanto más convencidas estén las autoridades de los Estados miembros de la importancia de las cuestiones a regular, más posibilidades tendrían que existir de que las partidas presupuestarias fueran mayores. Lo más importante, sin embargo, es que los países latinoamericanos logren estar a la altura que las circunstancias exigen. La situación producida antes y durante la CIDIP VI, signada por una apatía impresionante de parte de la mayor parte de estos países¹⁰⁰, no puede volver a repetirse si los mismos quieren de verdad que la CIDIP (y la codificación interamericana en general) responda a una agenda equilibrada y respetuosa de los intereses de todos los Estados representados en la organización.

⁹⁸ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "¿Cuál CIDIP para cuál América?", *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, 2002, pp. 31 ss.

⁹⁹ Recuérdese la lista de auspiciantes de la Tercera Reunión de Expertos. No parece nada descabellado que quienes más interesados están en la aprobación de determinadas reglamentaciones colaboren efectivamente a ese fin, siempre que eso no signifique, obviamente, la adquisición de algún tipo de compromiso en cualquier sentido.

¹⁰⁰ Las excepciones son tan aisladas, valiosas y conocidas que hacen aún más evidente la actuación de la mayoría.

JUDICIALIZACIÓN Y SECTORIALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Ana Gemma López Martín *

El Derecho internacional actual, en su conjunto, aparece como el resultado de la dialéctica entre el movimiento que impulsa a los Estados a afirmar su soberanía y el que les obliga a reconocer su necesaria interdependencia. La justicia internacional no escapa a estas tensiones inestables y cambiantes. Reflejo de esta situación es la constatación de que una de las tendencias actuales de las relaciones internacionales, paralela a la existencia de procesos sectorializantes de normación al margen de los procesos clásicos unitarios de creación de reglas jurídicas, es la aplicación normativa por órganos especializados de arreglo de controversias propios de cada sector, que resultan ser adicionales a los clásicos Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) y arreglo arbitral.

En este sentido, es necesario apuntar la constatación de un fenómeno reciente, en el que algunos ven, con razón o sin ella, la manifestación de una tendencia al fraccionamiento del Derecho a escala internacional: la proclividad contemporánea a la multiplicación de jurisdicciones internacionales. Efectivamente, resulta claramente constatable el crecimiento de jurisdicciones internacionales, fundamentalmente después de la 2ª Guerra Mundial, tanto en ámbitos regionales como en áreas especializadas del

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Complutense de Madrid.

Derecho internacional; su número es tan extenso que es realmente difícil proporcionar una lista completa de las mismas¹. En ocasiones, los Estados prefieren establecer tribunales cuya composición está centrada en miembros elegidos entre personalidades de la misma región en que surge la controversia, de forma que estén más familiarizados con la cultura y peculiaridades de los litigantes. En esta misma línea, muchos de los forums de arreglo de controversias han sido creados respecto de áreas especializadas del Derecho internacional cuya especificidad es tal que puede escapar a la competencia de jueces que tienen una experiencia general en Derecho internacional; esto resulta particularmente cierto en ámbitos como el comercio o el medio ambiente. Estas razones nos ilustran acerca de por qué los Estados crean y recurren a otros órganos jurisdiccionales internacionales distintos del TIJ o del arreglo arbitral. Pero el problema de la armonización de su respectiva jurisprudencia puede llegar a plantearse en algún momento en el futuro. Más aún, la existencia de estas jurisdicciones especializadas, sectoriales o autónomas, corre un riesgo cierto, como bien señala Sánchez Rodríguez, "de encastillamiento, de creación de comportamientos estancos, de visualización y aplicación de las normas internacionales desde y para su propio sector o sistema, ignorando voluntariamente los efectos que sus decisiones particulares puedan generar en o para otros sectores, incluso para otros órdenes jurisdiccionales distintos al que ellos encarnan"². Pues, salvo contadas excepciones, como el Consejo de la Autoridad de la OACI, el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas o el de la OIT, el funcionamiento de estos tribunales no es revisable por el TIJ, aunque algunos sí lo sean por ciertos cuerpos políticos u otras entidades judiciales.

Al respecto se plantea la cuestión de si esta tendencia a la judicialización podría perjudicar la coherencia del Derecho internacional, pues la multiplicación de jurisdicciones especializadas puede desembocar en una cacofonía

¹ Una relación de las mismas puede consultarse en SCHERMERS, H.G., and BLOKKER, N.M., *International Institutional Law*, La Haya/Londres/Boston, 1995, pp.597-671.

² Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., "Sobre el Derecho Internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo", *Revista de Derecho Comunitario*, vol.5, enero/junio 1999, p.107.

nía de visiones que podría dañar el prestigio del TIJ y socavar los esfuerzos por promover la efectividad del Derecho internacional. El Derecho internacional debe tener en cuenta, lógicamente, los problemas que surgen en regiones específicas o en específicos ámbitos, pero no debe hacerse pedazos de una forma tal que ponga en peligro su unidad. Esos tribunales especializados presentan el riesgo de generar sus propias fuerzas centrífugas que les encaminen hacia direcciones que vayan más allá del corazón del Derecho internacional. Como resultado podrían desarrollar grandes variaciones en sus aplicaciones del Derecho internacional general y dañar la coherencia del sistema jurídico internacional.

Sin embargo, estos forums pueden no tener necesariamente un efecto deteriorante en el sistema jurídico internacional. Más bien, pueden ayudar a expandir la aplicación del Derecho internacional a controversias que los Estados no desean presentar ante el TIJ o ante una instancia arbitral, y a proporcionar oportunidades adicionales para el desarrollo del Derecho sin socavar su legitimación, pues debemos tener en cuenta que han sido creadas para servir a fines suscitados por los Estados. Éstos son quienes tienen la opción de plantear sus controversias a tribunales o cortes de su propia elección. En general, estas jurisdicciones alternativas deben completar el trabajo del TIJ y reforzar el ordenamiento internacional, a pesar del riesgo de algunas pérdidas de uniformidad. Las variaciones entre tribunales son inherentes al sistema jurídico internacional, que está preparado para permitir un cierto grado de flexibilidad a este respecto. Ciertamente, el objetivo primario del sistema jurídico internacional es ayudar a la Comunidad internacional a evitar controversias y, una vez que surgen, a contribuir a su solución. La disponibilidad de múltiples forums sirve a ambas funciones.

1. LAS JURISDICCIONES UNIVERSALES DE CARÁCTER GENERAL

La evolución del sistema jurídico internacional en el transcurso del siglo XX ha venido marcada, en el período inmediatamente posterior a la 1ª Guerra Mundial, por la creación de una jurisdicción internacional con vocación universal, destinada a resolver las controversias entre Estados según

el Derecho internacional. La innovación era considerable ante la inexistencia de un verdadero precedente histórico. Su actuación se quería fuese decisiva, pues la finalidad avocada por sus promotores era la de sustituir el recurso a la fuerza, e incluso a las represalias, por el recurso al juez. Asimismo, procedía de la afirmación de una unidad fundamental del orden jurídico internacional: los Estados, únicos sujetos entonces, podían someterse al mismo juez que dependía del mismo derecho³. Aunque la creación del TPJI, primero, y el TIJ, después, ha supuesto una aportación fundamental a la unidad del orden internacional en el proceso de aplicación normativa, siendo particularmente significativa en el desarrollo del sistema jurídico internacional, los tribunales arbitrales ad hoc han seguido jugando un papel central en el arreglo de controversias internacionales. El arbitraje internacional se enmarca igualmente dentro de este sistema jurídico unitario, proporcionando indudables ventajas frente al arreglo judicial, que le han hecho vivir una segunda juventud, tras la aparente crisis vivida por el surgimiento del TIJ.

1.1. El Tribunal Internacional de Justicia

El TIJ es considerado como el más importante de todos los tribunales internacionales, no sólo por su larga y distinguida historia, sino por su amplitud: cualquier Estado puede potencialmente acudir a él, y puede abordar cualquier cuestión de Derecho internacional. Los rasgos fundamentales del TIJ derivan de dos circunstancias: ser un medio de arreglo pacífico de controversias y ser el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. La primera implica la característica más importante de la jurisdicción contenciosa de este Tribunal, su voluntariedad. La segunda, su carácter institucional y universal de naturaleza judicial. Esta realidad conlleva un equilibrio, o quizá una tensión, entre estos dos extremos. Tradicionalmente, el TIJ ha venido llevando a cabo una labor esencial de acomodación de soluciones

³ Cfr. DUPUY, P.M., "Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international" en BEN ACHOUR et LAGHMANI, S. (dirs), *Harmonie et contradictions en Droit International*, París, 1996, p. 21.

jurídicas generales a los intereses y situaciones particulares. Y ello ponderando en cada caso las circunstancias específicas que lo rodean con el fin de hacer posible tal acomodación, impidiendo, por tanto, situaciones de non liquet. De esta forma, la solución adoptada para cada uno de los asuntos que le eran sometidos no servía para otro diferente, lo que obligaba al Tribunal a descender a los pormenores de cada caso y justificaba las constantes referencias a la equidad que aparecían en las diferentes sentencias inspiradas en este particularismo. Esta labor de individualización de la norma convertía al Tribunal en un instrumento adecuado para dotar de eficacia particular a la regla general en un contexto unitario de producción y aplicación normativa.

El uso del término "crisis" para referirse a la situación del TIJ ha sido un tópico a lo largo de muchos años, debido a la constatación de que los Estados eran reacios a este método de arreglo de controversias. Tras el asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. EE.UU.), la situación de crisis parecía que iba a agudizarse debido al ejemplo que podía suponer la retirada de la declaración estadounidense. No obstante, la realidad vino a desmentir, provisionalmente, estos temores y la actualidad nos muestra un Tribunal con gran caudal de trabajo. El TIJ acoge actualmente un mayor número de asuntos que hace

⁴ Actualmente, el TIJ tiene aún veintiún casos pendientes: Cuestiones de interpretación y aplicación de la convención de Montreal de 1971 resultantes del incidente aéreo de Lockerbie (1992), Plataformas petrolíferas (1992), Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia) (1993), Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (1994), Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadam (1998), Ahmadou Sadio Diallo (1998), La Grand (1999), Licitud del empleo de la fuerza (Yugoslavia v. Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Portugal y Reino Unido) (1999), Actividades armadas en el territorio del Congo (Rep. Democrática del Congo v. Uganda) (1999), Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Croacia v. Yugoslavia) (1999), Delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (1999), Solicitud de sentencia de 11 abril 2000 (Rep. Democrática del Congo v. Bélgica), Demanda de revisión de la sentencia de 11 julio en el asunto relativo a la Aplicación de la convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (2001). Cfr. <<http://www.icj-cij.org>>.

unos años⁴, y a este respecto puede subrayarse que existe un genuino "renacimiento" de la justicia internacional universal⁵.

Sin embargo, si bien el término crisis no se coaliga habitualmente a la actividad del TIJ, sí es cierto que esta función de institucionalización de procedimientos obligatorios de arreglo de controversias ha recibido embates desde diferentes frentes que han hecho mermar su credibilidad y utilidad, pues la justicia obligatoria conoce límites derivados del contexto de Estados soberanos en el que se mueve. Entre ellos pueden mencionarse, por una parte, factores endógenos tales como la instrumentalización de los procesos para forzar una negociación o, simplemente, para amenazar al adversario frente a la Comunidad internacional⁶, o las limitaciones estructurales y funcionales inherentes al Tribunal. Estructuralmente, la función del TIJ dependerá del rechazo de las Partes a someter al Tribunal sus controversias, rechazo por razones diversas de orden político, psicológico e incluso histórico⁷. Por otra parte, los Estados se han encargado de poner diques a la

⁵ Cfr. GUILLAUME, G., "The Future of International Judicial Institutions", ICLO, 1995, p. 848.

⁶ En efecto, existen casos en los que de manera involuntaria el Tribunal "ha jugado el papel de espantapájaros agitado por el Estado demandante para conseguir el arrepentimiento del demandado". Cfr. BEDJAOUI, M., *Nuevo orden mundial y control de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad*, IVAP, Bilbao, 1995, p.110. A esta instrumentalización obedecen a menudo la solicitud de medidas provisionales. En otros casos, no se ha utilizado al Tribunal como arma, sino como recurso para forzar una negociación que, en el caso de que llegase a producirse, se vería acompañada de un desestimiento posterior; tal fue la situación que se produjo en el asunto del Paso por el Grand-Belt, en el que Finlandia desistió tras aceptar una suma de 90 millones de coronas danesas.

⁷ La práctica demuestra, en este sentido, frecuentes casos de oposición a su competencia por la parte demandada que deben ser resueltos por el Tribunal con carácter previo al ejercicio de su función jurisdiccional, como lo demuestra la reciente demanda de revisión de la sentencia de 11 julio 1996, por la que el TIJ se declaraba competente en el asunto relativo a la Aplicación de la convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, depositada por Yugoslavia en mayo de 2001. Aunque, sin duda, más clamoroso resulta el asunto de la competencia en materia de pesquerías (*España v. Canadá*), resuelto por el TIJ en su sentencia de 4 diciembre 1998 en la que se declara su incompetencia para decidir sobre la controversia sometida ante él por demanda española depositada el 28 marzo 1995, dando su visto bueno a un subjetivismo desmesurado por parte de los Estados en la formulación de reservas a la aceptación de su competencia en virtud del artículo 36.2 del Estatuto; decisión

competencia *rationae materiae* del Tribunal circunscribiendo su competencia exclusivamente a "controversias" de orden "jurídico" y nunca a situaciones o a litigios de naturaleza política⁸. Funcionalmente, la principal limitación de la actuación del TIJ derivará de su propia dimensión y del procedimiento establecido que determina su capacidad de actuación necesariamente reducida.

Por otra parte, los factores exógenos, provendrán de la concurrencia de otras instituciones jurisdiccionales junto al TIJ a la que nos estamos refiriendo, como una tendencia a especializar cada uno de los sectores en los que dichos mecanismos de arreglo de controversias actúan. Si cada sector de normas goza de unas instituciones propias destinadas a establecer unos principios generales y unas normas concretas para ese sector, es decir, para interpretar y aplicar esos principios y normas a cada asunto concreto que se le presente, generando así unos precedentes dentro de aquél, la competencia del TIJ que, en principio, es de carácter general, podría quedar sin contenido, pues los Estados preferirán someterse a un órgano especializado que les oferte mayores garantías de concreción y de presumibilidad del resultado sobre la interpretación y aplicación de la concreta materia⁹.

A la luz de estos elementos, puede llegarse a la conclusión de que, a pesar de que se haya producido un notable incremento del sometimiento a

que suscita una enorme perplejidad jurídica al entender el Tribunal que la reserva canadiense, que excluye de su competencia "las controversias que surjan o que tengan relación con las medidas de conservación y gestión tomadas por Canadá con respecto a los buques que pescan en el área regulatoria de la NAFO..., y a la ejecución de dichas medidas", es aplicable a hechos como la captura mediante el uso de la fuerza de un buque español en alta mar y su posterior traslado forzoso a un puerto canadiense. Cfr. ICJ Reports, 1998, p. 84.

⁸ Como afirma M.BEDJAUI, estas limitaciones son construidas por los Estados para escapar de la justicia internacional. Vid. Nuevo orden..., op.cit., pp.113-114).

⁹ Consciente de esta realidad, el propio TIJ ha intentado paliarla creando, el 19 julio 1993, una Sala especial permanente para las cuestiones de medioambiente, formada por 7 magistrados nombrados por sus conocimientos especializados o su experiencia anterior. Esta innovación está destinada a salvaguardar la jurisdicción del TIJ, aunque hasta la actualidad se haya caracterizado por una total falta de actividad. Sobre esta Sala véase, RANJEVA, R., "L'environnement, la Cour Internationale de Justice et sa Chambre Spéciale pour les questions d'environnement", AFDI, 1994, pp. 433-442.

la jurisdicción del TIJ, la tendencia excluyente deberá producir, como consecuencia lógica, un efecto limitativo *rationae materiae* de todos aquellos asuntos que, actualmente, tendrían un foro competencial especial¹⁰. Además, los problemas que genera para el prestigio del Tribunal el elaborar una jurisprudencia heterogénea pueden verse aumentados con la actuación de la institución de las Salas especiales *ad hoc*; el asunto de la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras), 1992, en el que la Sala se aparta de la jurisprudencia anterior respecto del *uti possidetis iuris*¹¹, respalda este temor.

1.2. El arbitraje internacional

Tras más de un siglo como único órgano jurisdiccional universal de arreglo de controversias en el sistema jurídico internacional, la evolución seguida por el arbitraje en los últimos tiempos presenta ciertas analogías con el arreglo judicial. En este sentido, apunta Charney que el siglo XX marca el comienzo de la judicialización de los arbitrajes interestatales¹².

¹⁰ Si tomamos en consideración únicamente los asuntos en los que se verían afectados principios generales del Derecho internacional que no hicieran referencias a sectores concretos, quedarían dentro de la competencia general del TIJ los siguientes: Anglo-Iranian Oil Co. (1950), Oro amonedado (1954), Ciertos empréstitos noruegos (1957), Interhaendel (1957 y 1959), Derecho de paso por territorio indio (1957 y 1960), Incidente aéreo de 27 julio 1955 (1959), Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas (1959), Laudo arbitral del Rey de España (1960), Templo de Preah Vihear (1961 y 1962), Africa Sudoccidental (1962 y 1966), Camerún Septentrional (1963), Barcelona Traction (1964 y 1970), Jurisdicción del Consejo de la OACI (1972), Ensayos nucleares (1973 y 1974), Personal diplomático y consular de los EE.UU. en Teherán (1979 y 1980), Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1984 y 1986), Electrónica Sicula (1989), Lockerbie (1992), Ciertos fosfatos en Nauru (1992), Timor Oriental (1995), Examen del párrafo 63 de la sentencia sobre los Ensayos nucleares (1995), Incidente aéreo de 3 julio 1988 (1996), Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (1993 y 1997), Islas Kasikili/Sedudu (1999), Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (2001).

¹¹ Cfr. LÓPEZ MARTÍN, A.G., *El territorio estatal en discusión: la prueba del título*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, espec. pp. 50-60.

¹² Vid. CHARNEY, J.S., "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", *R. des C.*, n°271, 1998, p. 119.

Así, el mayor auge que ha vivido el arbitraje se sitúa en el período de entreguerras, en el que se concluyeron gran número de tratados de arbitraje y se recogieron numerosas cláusulas compromisorias en tratados bilaterales y multilaterales. Después de la 2ª Guerra Mundial esta práctica ha conocido un cierto reflujó motivado por las mismas razones que provocaron la crisis de la justicia internacional, pues ni la URSS ni los países del Este se mostraban favorables ni al arreglo judicial ni al arbitral; así el número de laudos arbitrales emitidos en la década de los cincuenta y sesenta es ciertamente reducido. Esta tendencia se ha invertido, y en el transcurso de los últimos años, incluso con anterioridad al reencuentro de favor del TIJ, un número relativamente elevado de controversias han sido resueltas por jurisdicciones arbitrales.

A pesar de esta andadura paralela, quizá no fuera aventurado afirmar que existe una mayor predisposición de los Estados hacia el procedimiento arbitral que hacia el arreglo judicial. Las ventajas que ofrece el arbitraje frente al recurso al TIJ son comúnmente conocidas; en esta línea, pueden apuntarse razones de diferente naturaleza para avalar esta preferencia.

En primer lugar, el mayor peso histórico del arbitraje. Como ha señalado De Taube, pueden encontrarse procedimientos arbitrales en la más lejana antigüedad, continuando su desarrollo a través de la Edad Media, hasta un cierto florecimiento y esplendor en el tránsito entre los siglos XIX y XX¹³. Por contra, como ya hemos indicado, los primeros auténticos ensayos de tribunales judiciales arrancan de la 1ª Guerra Mundial. No sería osado estimar que los Estados tienen más interiorizado el procedimiento arbitral.

Un segundo tipo de razones atienden a factores de carácter más bien político: 1) El procedimiento judicial, con sus normas procesales tasadas es más lento y, sobre todo, más largo que los procedimientos arbitrales. No se trata de problemas de economía procesal, sino de que en determinados tipos de asuntos, que no afecten a intereses esenciales de los Estados, la rapidez en el arreglo puede ser un valor deseado; 2) con los procedimientos

¹³ Vid. TAUBE, M., "Les origines de l'arbitrage international. Antiquité et Moyen Age", R. des C., nº42, 1932, pp. 5-115.

arbitrales los Estados se reservan una mayor discreción en el arreglo, frente al procedimiento judicial en el que su institucionalización y peso específico garantizan una mayor publicidad y el sentimiento, en cierto sentido, de que los Estados están siendo enjuiciados; 3) en el arbitraje las Partes designan, directa o indirectamente, a los jueces, obteniéndose así la posibilidad de elegir personas formadas en determinados sistemas jurídicos que garanticen las pretensiones de las partes en cuanto al procedimiento y las concepciones jurídicas básicas, mientras que en el arreglo judicial puede existir un cierto temor o desconfianza al exceso de complejidad o heterogeneidad que supone un amplio número de jueces pertenecientes a estructuras jurídicas diferentes; 4) en el procedimiento arbitral, y a salvo la posibilidad de solicitar una decisión de justicia y equidad, las partes pueden modelar previamente el resultado general de la decisión mediante la determinación del derecho aplicable, mientras que en el TIJ son los jueces los obligados a conocer el ordenamiento jurídico internacional y a aplicarlo en consecuencia; 5) cuando las partes pertenecen a mundos heterogéneos en razón de cuestiones ideológicas, políticas o económicas, el arbitraje puede garantizar mejor las pretensiones de las partes que en el arreglo judicial, en el que intereses comunitarios globales pueden influenciar la decisión final.

En contrapartida a estas ventajas, el arbitraje comporta sus propias debilidades. En primer lugar, la elección de los árbitros y sobre todo del "superárbitro", es decir, del presidente del tribunal, no resulta tarea fácil. Por otra parte, no es extraño el supuesto de que una sentencia arbitral sea cuestionada; el laudo del Rey de España de 1906, el asunto del Canal de Beagle o la sentencia de 1989 en la delimitación marítima entre Guinea-Bissau y Senegal, son sólo algunos ejemplos. En esta línea, las sentencias arbitrales son más discutidas que las judiciales. Asimismo, la ejecución del laudo arbitral descansa en el principio de buena fe, no siendo directamente ejecutivo, pues en el orden internacional no existe ninguna instancia jurisdiccional dotada de poderes coercitivos; mientras, que el artículo 94.2 de la Carta legitima al CS para intervenir en caso de incumplimiento de las sentencias dictadas por el TIJ. Finalmente, la jurisprudencia arbitral es más fluctuante que la del TIJ. Así, por ejemplo, Stern ha destacado las importantes disparidades entre tres laudos arbitrales dictados en asuntos prácti-

camente idénticos, planteados entre 1971 y 1974, por las nacionalizaciones libias: la sentencia BP emitida por M. Lagergren, Liamco emitida por M. Mahmassani, y Texaco-Calasiatic por R.J. Dupuy. Ni el procedimiento, ni el derecho aplicable ni las soluciones retenidas han sido las mismas en los tres casos¹⁴.

El arreglo judicial y el arbitraje constituyen, pues, un primer ejemplo de la diversidad de técnicas de aplicación del Derecho internacional que, al menos en parte, resultan concurrentes. Uno y otro tienen, como hemos comprobado, méritos diferentes, pero la posibilidad de elección de que disponen los Estados al respecto es, sin duda, satisfactoria.

2. LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES DE CARÁCTER SECTORIAL

Es evidente que las tensiones que condujeron en su día a establecer una justicia internacional permanente, aunque facultativa, no se limitan a la Corte mundial. Se encuentran, por el contrario, en todas las situaciones de integración imperfecta. Al respecto se puede enunciar, nos dice A. Pellet, una regla muy simple que confirma esta observación, "plus une société est intégrée, mieux la juridiction y est acceptée et efficace"¹⁵. Esto es cierto si se razona, tanto en términos espaciales o geográficos (sectorialización regional), como si se considera los ámbitos en los que surgen las controversias (sectorialismo especializado).

2.1. La judicialización sectorial regionalista

Respecto de las jurisdicciones regionales, la situación existente en Europa y América resulta ser la más paradigmática en este contexto. En este

¹⁴ Vid. STERN, B., "À propos d'une décision du Tribunal des différends irano-américains", AFDI, 1982, pp. 425-453.

¹⁵ Vid. PELLET, A., "Harmonie et contradictions de la justice internationale", en BEN ACHOUR et LAGHAMNI, S. (dirs.), Harmonie et contradictions en Droit International, Paris, 1996, p. 200.

sentido, no se puede negar que, como toda sociedad humana, Europa occidental está sometida a tensiones y contradicciones, y menos aún que la integración interestatal se encuentra allí espectacularmente realizada y de una forma mucho más sólida que en cualquier otra parte del mundo¹⁶. Resulta, por tanto, lógica la existencia de una institución judicial, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que posea una jurisdicción con competencias ampliamente extendidas, en gran parte "supranacionales", para solucionar las controversias que se planteen por la aplicación e interpretación de las disposiciones del derecho comunitario. Lo mismo ocurre en materia de derechos humanos, donde se han creado jurisdicciones regionales para solucionar los conflictos que surgan con motivo de la violación de los mismos en su correspondiente ámbito geográfico. En este sector, Europa y América están dotadas de mecanismos jurisdiccionales innovadores y globalmente satisfactorios, hasta el punto de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido víctima de su éxito, lo que le ha llevado a una profunda reforma¹⁷. Por el contrario, la Carta africana de los derechos humanos y de los pueblos de 1981 ha creado mecanismos de protección más

¹⁶ Dentro de este sector del derecho de la integración se han establecido otros dos tribunales de carácter regional americano. Por una parte, el Tribunal del Acuerdo de Cartagena (26 mayo 1966), llamado también Tribunal Andino, creado en mayo de 1979 y que funciona en la ciudad de Quito desde 1984; actualmente formado por cinco países, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, toma como modelo el TJCE. Asimismo, muy recientemente se ha creado por el Protocolo de Tegucigalpa de diciembre de 1991 (que establece el Sistema de Integración Centroamericana) y el Convenio de Estatuto suscrito en Panamá el 10 diciembre 1991, la Corte Centroamericana de Justicia, que entró en vigor para El Salvador, Honduras y Nicaragua el 2 febrero 1994, con sede en Managua. Desde su creación hasta 1997, el Tribunal de Managua ha dictado un total de trece sentencias, lo que indica un buen ritmo de trabajo. Para un análisis del funcionamiento de estos órganos judiciales, véase, entre otros, CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA, La Corte de Managua. Defensa de su Institucionalidad, Managua, 1997; FIX-ZAMUDIO, H., "Los organismos jurisdiccionales de solución de controversias jurídicas internacionales y comunitarias", en Héctor Gros Espiell. *Amicorum Liber*, vol. I, Bruselas, 1997, pp. 366 y ss.

¹⁷ Podríamos, incluso, calificar a los tribunales mencionados como mixtos, pues no sólo son regionales, sino también especializados, pues su ámbito *rationae materiae* no es general, como el del TIJ, sino que está referido a concretos ámbitos especializados del Derecho internacional.

rudimentarios y poco eficaces¹⁸. En cuanto a Asia, profundamente dividida por los conflictos ideológicos, no ha segregado ningún mecanismo jurisdiccional, ni en este ámbito ni en otros.

A) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El sistema jurídico internacional se caracteriza por una tendencia aglutinante en torno a estructuras políticas y jurídicas de integración o de cooperación básicamente regional y con fines esencialmente -aunque no únicamente- económicos. En este contexto, el ordenamiento internacional encuentra un importante elemento de tensión entre lo general y lo particular, entre su vocación primigenia universalista y el particularismo de corte regional como expresión del relativismo estatal. La Comunidad Europea constituye el paradigma de esta tensión, pues, por un lado, a partir de la base jurídica derivada del principio de atribución y de la consiguiente habilitación a la organización para ejercer competencias transferidas por los Estados miembros a la Comunidad, ésta procede a ejercer tales facultades. Por otro, el ordenamiento comunitario está dotado de un órgano jurisdiccional propio, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), a quien los artículos 220 (antiguo 164) y 227 (antiguo 170) TCE le atribuyen la función de garante único del Derecho comunitario en su interpretación y aplicación, debiendo canalizarse cualquier controversia interestatal relativa al posible incumplimiento del Derecho a través de los procedimientos autónomos de los que se ha dotado el propio ordenamiento comunitario.

Queda clara la competencia del TJCE respecto de la aplicación e interpretación del Derecho comunitario, pero en cuanto a la actuación de esta particular instancia judicial se suscita la cuestión relativa a la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional general, concretamente, el supuesto de confrontación entre normas comunitarias y normas convencionales y consuetudinarias oponibles a la Comunidad y a sus Estados miem-

¹⁸ Actualmente existe un proyecto para la creación de una Corte Africana de los derechos humanos y de los pueblos, aprobado en 1997. Cfr. MUBIALA, M., "La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: mimetisme institutionnel ou avancée judiciaire?", RGDIP, 1998.3, pp. 765-780.

bros¹⁹. En este sentido, apunta Díez-Hochleitner, que "al igual que los actos de Derecho comunitario derivado deben interpretarse a la luz de los Tratados constitutivos y los reglamentos y directivas de ejecución a la luz de los correspondientes actos de base, los actos comunitarios de aplicación de acuerdos u otros actos internacionales que obligan a la Comunidad han de ser interpretados atendiendo a estos últimos"²⁰. Se trata de una regla elemental que el propio TJCE ha aplicado, en efecto, en diversas ocasiones, como los asuntos Interfood, Brown, Bosphorus y Ebony, entre otros. Si bien, el confesado respeto del Tribunal hacia el Derecho internacional no se compadece totalmente con el muy discreto uso y análisis de las normas de este ordenamiento. Esta situación dialéctica entre lo general y lo particular se puede contemplar con especial nitidez, sobre todo, en la relación entre la normativa comunitaria en materia de pesca y la regulación del Derecho del Mar surgida de los convenios internacionales de codificación y desarrollo progresivo. Relación en la que, como pone de manifiesto Sánchez Rodríguez, pese al retórico respeto del TJCE por la escrupulosa observancia del Derecho internacional, este último ordenamiento ha salido en ocasiones malparado en su confrontación jurisprudencial con el ordenamiento comunitario, pues en el plano de la aplicación normativa se ha llegado a conclusiones que ignoran o menosprecian las reglas generales de oponibilidad de las normas internacionales, en beneficio del Derecho comunitario europeo²¹.

¹⁹ Debemos tener presente que los acuerdos internacionales, así como otros actos internacionales celebrados por la Comunidad, también forman parte del ordenamiento comunitario, por lo que éste deberá garantizar el cumplimiento de tales obligaciones internacionales. En este sentido, el incumplimiento por los Estados miembros de las normas y obligaciones internacionales que incumben a la Comunidad puede dar lugar al inicio de un procedimiento por incumplimiento, por parte de la Comisión, en el marco de los artículos 226 y 227 (antiguos 169 y 170) TCE.

²⁰ Vid. DIEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 87.

²¹ Vid. SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I., "Derecho comunitario y Derecho del mar (Observaciones a la sentencia del TJCE de 24 noviembre 1992, Poulsen C-286/90)", RIE, vol. 20, 1993.1, p. 142. La sentencia del TJCE en el asunto Poulsen de 24 noviembre 1992, objeto del trabajo citado, planteó en esencia una cuestión de aplicación contradictoria entre un reglamento comunitario en materia de conservación y explotación de los recursos vivos

Además de los supuestos de aplicación contradictoria de normas comunitarias e internacionales, conviene mencionar igualmente la existencia de principios específicos de aplicación normativa propios del ordenamiento jurídico comunitario que se deducen de la propia naturaleza del derecho comunitario²². A partir de una suma de tales principios básicos rectores de la creación y aplicación normativa, el sistema jurisdiccional propio de solución de controversias representado por el TJCE, excluye a cualquier otro.

B) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, ofrece otro interesante ejemplo de sectorialización regionalista en la aplicación judicial del Derecho. En esta línea, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) -cuya competencia *rationae materiae* se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio de Roma de 1950- constituye un mecanismo especializado que, además de resolver la concreta controversia, establece un cuerpo de principios autónomo tanto de

existentes en los espacios comunitarios y un conjunto de normas generales, afectadas por el hecho que generó la intervención prejudicial del Tribunal, que no era otro que la pretensión de Dinamarca de aplicar el citado reglamento a un buque extranjero fondeado en uno de sus puertos por hechos realizados fuera de las aguas comunitarias. Del conjunto de consideraciones realizadas por el TJCE, merece destacarse el expreso pronunciamiento de sumisión del sistema jurídico comunitario respecto del ordenamiento internacional al afirmar que "...las competencias de la Comunidad deben ejercerse con respeto al Derecho internacional", lo que le llevó a excluir la aplicación de la norma comunitaria al referido buque panameño. En este caso, el órgano judicial comunitario mostró una gran sensibilidad hacia el problema de las relaciones intersistémicas.

²² Junto a los principios establecidos en el propio texto de los Tratados constitutivos -no discriminación por razón de la nacionalidad, igualdad de trato o las libertades comunitarias, otros como el de solidaridad entre los Estados miembros, uniformidad y unidad del ordenamiento jurídico comunitario en la interpretación del texto de los tratados y del derecho derivado, equilibrio de poderes entre las instituciones, igualdad entre los Estados miembros, o continuidad en la acción comunitaria, constituyen la base del sistema institucional de las Comunidades Europeas. Todos ellos se encuentran plenamente consagrados por la jurisprudencia comunitaria en asuntos como, Reinmüller, 27 de octubre de 1971 (Rec. TJCE, 6/71, pp. 839 y ss.); Neumann, 14 de octubre de 1985 (Rec. TJCE, 299/84, pp. 3663 y ss.); Comisión c. Reino Unido, 24 de marzo de 1979 (Rec. TJCE, 231/78, pp. 1447 y ss.); Comisión c. Reino Unido, 5 de mayo de 1981 (Rec. TJCE, 804/79, pp. 1045 y ss.).

carácter sustantivo, como de relación con el derecho interno de los Estados y con el Derecho internacional general.

Con la entrada en vigor del Protocolo nº 11, el 1º de noviembre 1998, el TEDH se ha erigido en el único órgano de protección de los derechos humanos en el marco del Consejo de Europa. El objetivo de este sistema es el de racionalizar el mecanismo existente, reducir la larga duración de los procesos (actualmente hay unas 5000 demandas en espera, con una demora de cerca de seis años), y mantener el nivel elevado de protección de los derechos humanos. Sin entrar a un análisis en detalle del funcionamiento de esta jurisdicción regional, sí podemos reseñar los aspectos más significativos de la reforma. Desde un punto de vista orgánico, el sistema adquiere un carácter netamente judicial, pues desaparece la Comisión europea, y el Comité de Ministros pierde la competencia para determinar si ha habido o no violación del Convenio, que queda reservada al nuevo TEDH. La jurisdicción del TEDH es obligatoria, reconociéndose la facultad de toda persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares para acudir directamente al Tribunal, presentando demandas individuales que deberán sortear un control especial de admisibilidad. El nuevo TEDH puede actuar en Comités compuestos por tres magistrados (admisibilidad), Salas formadas por siete magistrados (admisibilidad y fondo), y una Gran Sala integrada por 17 magistrados, que podrá conocer del asunto por dos vías diferentes, siendo su sentencia definitiva: Por inhibición de una Sala a su favor, en el caso de suscitarse una 'cuestión grave' sobre la interpretación y aplicación del Convenio, o que la solución pudiera ser contradictoria con una decisión anterior; por remisión de una de las Partes en un plazo de tres meses desde la sentencia de una Sala. Si el carácter exclusivamente judicial del sistema de control es positivo, el punto crucial de esta reforma radica en las dos vías de relación entre las Salas y la Gran Sala, la inhibición y la remisión.

En el marco de esta sectorialización regionalista, es ineludible la referencia a una sentencia del TEDH que ha puesto claramente de manifiesto el riesgo inminente de ruptura de la unidad misma del sistema jurídico internacional que puede llevar aparejada esta tendencia a la proliferación de jurisdicciones internacionales: la sentencia de 18 de febrero de 1999, en el

asunto *Matthews c. Reino Unido*²³. En esta sentencia, el Tribunal concluye que al impedir la inscripción en las correspondientes listas electorales, Gran Bretaña ha vulnerado los derechos de sufragio, reconocidos en el artículo 3 del Protocolo nº 1, de un particular residente en Gibraltar a las elecciones al Parlamento Europeo en aplicación de la legislación comunitaria. Con tal solución, el Tribunal desconoce por completo el estatuto internacional de Gibraltar, como colonia de Reino Unido, Estado sobre el que pesa la obligación de culminar la descolonización de este territorio mediante su retrocesión a España, y viene a apoyar la postura dilatoria en la solución de este contencioso de la que Gran Bretaña viene haciendo uso en los últimos veinte años. De este modo, el TEDH lleva a cabo una aplicación sectorialista del sistema europeo de derechos humanos, que a su vez se ve complicada por la interpretación y valoración de normas pertenecientes al subsistema comunitario europeo, situado extramuros del ámbito normativo del Consejo de Europa en el que se desenvuelve la labor de dicho Tribunal. Y lo que es más importante, deja de lado principios estructurales del ordenamiento internacional, como los de la libre determinación de los pueblos, el de igualdad soberana o el de integridad territorial, cuya aplicación parece estar recogida en el artículo 7.2 del propio Convenio Europeo de derechos humanos, en el que se lleva a cabo una remisión a "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". En definitiva, como señala Sánchez Rodríguez, "he aquí un magnífico ejemplo que pone a prueba la unidad del orden jurídico-internacional, mostrando además las dificultades que pueden acarrear los conflictos intrasectoriales (ordenamiento europeo de los derechos humanos y ordenamiento comunitario europeo), si prescindimos de las premisas estructurales del orden jurídico universal y general"²⁴. Este caso nos enseña, además, que no sólo puede entrar en contradicción o conflicto -por vía judicial- un orden particular con el orden jurídico universal, sino dos órdenes particulares entre sí. Sin duda, la solución aportada por el TEDH en este caso dista mucho de la bien planteada y resuelta

²³ El texto de la sentencia puede consultarse en la dirección de internet, <<http://www.dhcour.coe.fr>>. Para un análisis in extenso de la misma, véase SÁNCHEZ RODRIGUEZ, L.I., "Sobre el Derecho internacional...", op.cit., pp.95-108.

²⁴ Vid. *ibidem*, p. 98.

por su vecino el TJCE, entre otros, en el asunto Poulsen anteriormente referido.

C) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Este Tribunal constituye la culminación del sistema americano de protección de los derechos humanos y, al igual que la Comisión Interamericana, se inspiró en el modelo europeo, aunque se introdujeron variaciones respecto de éste, en atención a la diversa situación económica, política, social y cultural de ambas regiones. La citada Corte, compuesta por siete jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA, fue creada en el capítulo VIII de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, instalándose en San José de Costa Rica el 3 de septiembre de 1979.

La Corte posee dos atribuciones esenciales, la primera de naturaleza consultiva, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención de 1969, así como de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. La expresión "otros tratados" ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte de la Corte, en la opinión consultiva nº 1 solicitada por Perú y resuelta el 24 de septiembre de 1982, en el sentido de que la citada competencia consultiva puede ejercerse, en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos en cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, y sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados partes del sistema interamericano, o bien Estados ajenos al mismo. La segunda, de carácter contencioso, para resolver las controversias que se le sometan respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana. Esta última es más limitada que la consultiva pues, siguiendo el inicial modelo europeo, tiene carácter facultativo para los Estados partes (hasta la fecha diecisiete Estados partes han reconocido expresamente y de manera general la competencia de la Corte), y sólo puede referirse a la interpretación y aplicación de la Convención de 1969.

El procedimiento contencioso se inspira esencialmente en el establecido para los asuntos jurisdiccionales sometidos al TIJ y al TEDH, con cuyos lineamientos procesales existe paralelismo y que fueron recogidos, con al-

gunos matices, por la Convención Americana y los Reglamentos de la Corte. Por lo que respecta a la legitimación procesal, sólo pueden acudir a la Corte para plantear una controversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención, la Comisión Interamericana (tratándose de reclamaciones individuales tramitadas ante ella) o un Estado parte en la Convención. Respecto de la legitimación pasiva, puede ser demandado un Estado parte en la Convención al que se le atribuya la violación de la misma, o la propia Comisión cuando un Estado no esté de acuerdo con una decisión suya. A diferencia de su homónima europea, la Corte Americana ha sido facultada para decretar de oficio a petición de parte las medidas provisionales que estime pertinentes a fin de evitar daños irreparables a las personas, de manera más amplia que el propio TIJ. Recurso cada vez más frecuente, debido a la situación de inestabilidad que existe en varios países de la región. El fallo de la Corte será motivado, definitivo e inapelable, pudiendo interponerse recurso de interpretación y de revisión.

Frente a la congestión que caracteriza la actividad del TEDH, el recurso a la paralela Corte Americana es más reducido. De hecho, desde 1988 en que se resolvieron los dos primeros asuntos, la Corte ha resuelto hasta la fecha un total de veinte casos, de los cuales sólo uno ha sido absolutorio de la responsabilidad del Estado demandado²⁵; mientras se ha acudido a su competencia consultiva en 16 ocasiones, que han sido de gran trascendencia para la interpretación de varias disposiciones de la Convención Americana de 1969 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Lo que no hace presagiar riesgos de ruptura de unidad con el Derecho internacional general.

2.2. Manifestaciones judiciales del sectorialismo especializado

La misma tendencia a la proliferación jurisdiccional se observa si nos situamos en el sectorialismo especializado. El cuadro jurisdiccional se nos presenta ampliamente contrastado según los distintos ámbitos del Derecho internacional. Las creaciones jurisdiccionales más recientes presentan carac-

²⁵ Actualmente, cinco casos se encuentran aún en trámite inicial.

teres claramente novedosos por referencia a la evolución del orden jurídico internacional. Contrariamente a las jurisdicciones analizadas en el apartado anterior, éstas se inscriben no en un marco regional, sino universal. Tienen fuentes diversas de inspiración y su unión constituye un conjunto totalmente heterogéneo. Presentan, no obstante, como dato en común el hecho de aportar innovaciones importantes en el control jurisdiccional de aplicación de ciertas normas internacionales, circunstancia que suscita, a priori, el interrogante sobre su incidencia en la unidad del sistema jurídico internacional²⁶.

A) TRIBUNAL DE DERECHO DEL MAR

Entre las nuevas instituciones creadas por la Convención de la Naciones Unidas sobre Derecho del mar de 1982, merece una consideración particular el Tribunal de Derecho del Mar (TDM), constituido el 19 de octubre de 1996 en Hamburgo y compuesto por veintidós jueces. Su creación responde a una reivindicación de los países del tercer mundo, que se sienten favorecidos por un tribunal en el que disponen de un mayor número de asientos, y un mayor protagonismo; aunque no todos los países se muestran

²⁶ En este mismo contexto, es necesario señalar que han surgido igualmente un número considerable de instituciones cuasi-judiciales entre las que resulta especialmente destacable el sistema de arreglo de la NAFTA, y sobre todo el del GATT/OMC. El sistema integrado de solución de controversias de la OMC -claro híbrido entre los medios no jurisdiccionales y jurisdiccionales tradicionales- constituye uno de los más notorios exponentes de las tendencias 'funcionalizadoras' de la solución de controversias, esto es, de la tendencia a estructurar sistemas propios para un ámbito más o menos concreto de relaciones internacionales. Desde 1995 hasta 1999 se han sometido a este procedimiento 171 controversias, referentes a 131 materias diferentes, de las cuales 15 han concluido en el Órgano Permanente de Apelación (cfr. RUIZ FABRI, H., "L'appel dans le règlement des différends de l'OMC: trois ans après, quinze rapports plus tard", RGDIP, 1999.1, pp. 47-128). Estas cifras convierten al procedimiento de la OMC en el más utilizado por los Estados en el ámbito del Derecho internacional público. Además se ha producido una diversificación importante de los Estados que acuden a este sistema, pues no son ya sólo los países industrializados, sino también bastantes países en desarrollo.

Asimismo, existen otras formas menores judicialmente estructuradas como la Comisión de Compensación de Naciones Unidas, o el Comité de derechos humanos creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que resultan igualmente mencionables en este ámbito especializado.

entusiasmados con este nuevo Tribunal. La creación de un sistema autónomo de solución de controversias en el Derecho del mar constituye un evidente ejemplo de la tendencia hacia la especialización dentro de la sectorialización del Derecho internacional. Y ello en un ámbito en el que el TIJ ha elaborado una jurisprudencia pionera y constructiva, y cuantitativamente muy importante. Sin embargo, es notoria la tendencia y la preferencia hacia la flexibilización en cuanto a los medios de solución de controversias en el sector del Derecho del mar. Los Estados tienden a crear mecanismos que reduzcan el margen de incertidumbre en el resultado y que aumenten la presencia del Estado en el procedimiento. Asimismo, es posible plantear la especialización en términos de una mayor utilidad de un tribunal formado exclusivamente por expertos en la materia, encargados de conocer asuntos entre Estados con similares características físicas.

El TDM es un órgano judicial nuevo, que deberá superar numerosas dificultades de carácter técnico derivadas del hecho de ser una entidad completamente separada y no un órgano de una organización internacional mayor -como lo son los tribunales anteriormente examinados-, por lo que no dispone de una red jurídica preconstituida como otros tribunales, tales como los Tribunales para los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y Ruanda que son órganos de las Naciones Unidas. Tal autonomía puede proporcionarle la ventaja de una genuina independencia. Asimismo, deberá conseguir sobre todo la confianza de los Estados, y poner de manifiesto que las acusaciones de inutilidad y de constituir un elemento perturbador de la coherencia del Derecho internacional, de las que ha sido objeto, son infundadas.

El artículo 287 de la Convención de 1982 establece el principio de libertad de elección en cuanto a los medios, para solucionar una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convención, optando, a través de una declaración, entre uno o varios de los siguientes: TDM, TIJ, o tribunal arbitral. Asimismo, este mismo artículo prevé un mecanismo singular -llamado también "fórmula de Montreaux"-, según el cual, si los dos Estados partes en la controversia coinciden en su elección, la disputa deberá someterse a dicho procedimiento. Si hubieran elegido medios distintos, la controversia se someterá al arbitraje. Si no hubieran elegido ninguno, se

entiende que aceptan el arbitraje. Según esta fórmula se plantea la concurrencia del TDM con el TIJ y el arbitraje. Incluso concede ventaja a este último, planteando su recurso como procedimiento residual²⁷. En la práctica, en el momento actual, de los 135 Estados que han ratificado o se han adherido a la Convención de 1982, sólo 23 han hecho uso del artículo 28²⁸. Lo que significa que la mayoría de los Estados partes en la Convención no se ha pronunciado. Por este motivo resulta difícil afirmar que todos ellos sean proclives al arbitraje. Por el contrario, son cautelosos pues cabe pensar que lo que quieren los Estados es aplazar la decisión, quizá porque el TDM sea todavía una entidad desconocida o poco conocida²⁹.

La reflexión que deben hacer los Estados es si prefieren que sus controversias sean sometidas al arbitraje o a una jurisdicción permanente. Esta decisión, deberá tomar en consideración, además de otros factores, las VENTAJAS O DESVENTAJAS que ofrece cada uno de estos mecanismos de arreglo de controversias.

En cuanto a las razones que pueden impulsar al arbitraje³⁰, podemos señalar las siguientes:

²⁷ Esta jurisdicción residual del arbitraje puede verse paliada según lo establecido en el art. 298, que permite a los Estados declarar que no aceptan los procedimientos obligatorios de solución de controversias respecto de determinadas categorías de éstas. Argentina, Cabo Verde, Chile, Federación Rusa, Francia, Italia, Portugal, Túnez, Ucrania y Uruguay han hecho uso de esta facultad (vid. BDM, n°40, Nueva York, 2000, pp. 136-138).

²⁸ Este número baja a 21 si se tiene en cuenta que las declaraciones de Cuba y Guinea-Bissau se limitan a rechazar la competencia del TIJ. De las restantes, seis otorgan prioridad al TIJ (Algeria, Países Bajos, Noruega, España, Reino Unido y Suecia), once al TDM (Alemania, Argentina, Austria, Cabo Verde, Chile, Croacia, Grecia, Omán, Portugal, Tanzania y Uruguay), tres eligen al TIJ y TDM sin establecer prioridad entre ambos (Bélgica, Finlandia, e Italia), y dos eligen el arbitraje (Egipto y Ucrania) Cfr. <<http://www.un.org/Depts/los/ITLOS>>.

²⁹ Tal afirmación viene corroborada por el hecho de que tan sólo dos asuntos se hallan pendientes de solución ante el TDM, Saiga (St. Vicente y Granadinas v. Guinea), y el Atún de aleta azul del sur (Nueva Zelanda v. Japón, y Australia v. Japón), respecto de los cuales el Tribunal ha resuelto las fases preliminares del proceso. Cfr. <<http://www.un.org/Depts/los/ITLOS>>.

³⁰ Ya hemos analizado las ventajas que ofrece el arbitraje frente al TIJ, en páginas precedentes.

- Posibilidad de que la controversia sea sometida a un número de jueces inferior a los veintiuno que componen el TDM. Ventaja que debemos matizar si tenemos en cuenta que éste último puede también funcionar por Salas.

- Posibilidad de componer el tribunal 'a medida', en función de las exigencias de las partes.

- Proceder de forma discreta, sin publicidad.

Por otro lado, es necesario poner de manifiesto que el arbitraje presenta como inconvenientes, por un lado, que su procedimiento de constitución es, en ocasiones, largo y difícil; por otro, que el arbitraje supone soportar cargas de organización y financieras que no existen cuando una controversia se presenta ante un tribunal permanente.

Por lo que refiere al TIJ, aquí entran en juego factores de distinto carácter. Debemos tener presente que la creación del TDM responde en buena medida a una cierta ausencia de confianza respecto de la labor desempeñada en este ámbito por el TIJ hasta la fecha. En esta línea, resulta que el TDM constituye el único supuesto de concurrencia orgánica real entre el TIJ y otras jurisdicciones particulares. Aunque, en la práctica dicha litispendencia no resulta factible si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 282 de la Convención de 1982, según el cual, la existencia de cualquier acuerdo entre las partes en una controversia que prevea una cláusula de jurisdicción obligatoria excluye el mecanismo de jurisdicción obligatoria previsto por la Convención.

En este sentido, debemos retener, entre otros, el dato de que de los 60 Estados que han hecho la declaración prevista en el artículo 36.2 del Estatuto TIJ, 45 son Estados partes de la Convención de 1982, de los cuales sólo 12 han hecho una declaración conforme al artículo 287: cinco han declarado que prefieren el TIJ (España, Países Bajos, Noruega, Suecia y Reino Unido); uno se somete al TIJ y al TDM sin preferencia (Finlandia); cuatro han elegido el TDM como preferente (Austria, Grecia, Portugal y Uruguay); uno eligió el arbitraje (Egipto); y otro ha rechazado la jurisdicción del TIJ (Guinea-Bissau), algo insólito y carente de validez en el caso de que se planteara una controversia con otro Estado que hubiera aceptado

la competencia del TIJ. En esta línea, lo lógico es que Guinea-Bissau introdujera una reserva en su declaración excluyendo de la competencia del TIJ las controversias relativas a la Convención de 1982. Del análisis de estos datos, es importante destacar el problema de concurrencia de jurisdicciones que, a salvo la cláusula del artículo 282 mencionada, se podría plantear respecto de aquellos Estados que, habiendo aceptado la jurisdicción obligatoria del TIJ por la vía del artículo 36.2 del Estatuto, ahora establecen la jurisdicción preferente de otro órgano distinto -TDM o arbitraje- respecto de las controversias relativas a la interpretación y aplicación de la Convención de 1982. Concretamente, Austria, Grecia, Portugal, Uruguay y Egipto, plantean este problema de concurrencia. Si nos atenemos al tenor de sus respectivas declaraciones, sólo Austria habría evitado realmente la concurrencia y no plantearía problema en ese sentido, pues su declaración contiene una reserva por la que excluye de la competencia del TIJ aquellas controversias en las que convenga recurrir a otros medios de solución pacífica para su decisión definitiva y vinculante; entre las que habría que incluir, por tanto, las relativas a la Convención de 1982 que ha decidido someter al TDM. Sin embargo, en ninguno de los otros cuatro casos restantes se contiene una reserva similar, lo que conduce a la existencia de un problema real de concurrencia que, a nuestro juicio, deberá resolverse por la aplicación del artículo 103 de la Carta, que establece, en caso de incompatibilidad de obligaciones, la prioridad de las obligaciones derivadas de la Carta y, por tanto, la prioridad de la jurisdicción del TIJ derivada del artículo 36.2 del Estatuto (instrumento conjunto de la Carta). Esto supone que, a pesar de la declaración que han efectuado estos Estados (Grecia, Portugal, Egipto y Uruguay) sobre la base del artículo 287, otorgando prioridad al TDM o al arbitraje, ésta sólo tendrá validez respecto de controversias con Estados que hubieren rechazado la competencia del TIJ y aceptado igualmente esa otra vía; pues, respecto de controversias con otro Estado que hubiere aceptado la jurisdicción del TIJ, dicha competencia resulta prioritaria sobre la base del artículo 103 de la Carta, careciendo de aplicabilidad la declaración del artículo 287.

Ante esta situación resulta especialmente interesante resaltar algunos puntos de divergencia en el funcionamiento de ambos órganos judiciales, que eventualmente pueden influir en la decantación de los Estados.

- Sistema de elección de los jueces. Los jueces del TDM son elegidos por los propios Estados, por mayoría de dos tercios, entre una lista de candidatos nombrados por ellos mismos, con la siguiente distribución geográfica: cinco de Africa, cinco de Asia, cuatro de América latina y el Caribe, cuatro de Europa occidental y otros, y tres de Europa del Este. De esta forma, a diferencia del TIJ, los miembros permanentes del CS no tienen asegurado un asiento en el nuevo tribunal, ni tampoco intervienen la AG y el CS de las NU en su elección, lo cual beneficia la imparcialidad del TDM y puede evitar los riesgos de politización que sobrevuelan actualmente al TIJ. Asimismo, los jueces deben ser personas de reconocida competencia en el campo del derecho del mar, circunstancia que asegura un mejor conocimiento del derecho sectorial, aunque puede plantear dudas acerca de su base generalista de Derecho internacional.

- La competencia del TDM encuentra su fundamento en las disposiciones de la Convención de 1982, así como en el Anexo VI del Estatuto del Tribunal, y presenta características nuevas e innovadoras. Destaca el reconocimiento de su jurisdicción obligatoria y exclusiva en dos supuestos concretos: las controversias relativas a los fondos marinos internacionales (en virtud de la Parte XI, enmendada por el Acuerdo de 1994), y los procedimientos sobre pronta liberación de buques y de su tripulación³¹. En ambos casos, las personas físicas o jurídicas privadas pueden ser partes en la controversia, ya sea actuando en su propio nombre en los procedimientos relativos a los fondos marinos, ya sea 'en nombre' de un Estado en el caso de pronta liberación. Al margen de estos supuestos, el acceso al TDM constituye una opción para los Estados, en los términos ya aludidos del artículo 287; es decir, jurisdicción facultativa similar a la del TIJ.

- Las causas de descalificación de un juez para un asunto concreto, coinciden con las previstas en el TIJ (haber participado como agente, consejero...) pero se añade, además, la prohibición de desempeñar funciones políticas o administrativas, así como la asociación activa o interés financie-

³¹ Este supuesto viene referido a las medidas provisionales que puede dictar el TDM en casos de urgencia, en los que, sometida una controversia a un tribunal arbitral, éste está en fase de constitución.

ro en cualquiera de las operaciones de una empresa vinculada con la explotación o exploración de cualquier recurso marino, u otro uso comercial del mar o de los fondos marinos.

- El funcionamiento por Salas es similar al del TIJ, si bien, el TDM tiene prevista una Sala especial de controversias sobre Fondos Marinos.

- La facultad de dictar medidas provisionales es más amplia en el TDM.

Hasta la fecha, el TDM ha conocido de cuatro asuntos: Saiga (nº1), 4 de diciembre de 1997, sobre pronta liberación; Saiga (nº2), 23 de febrero de 1998; Atún de aleta azul del sur, 27 de agosto de 1999, para la interposición de medidas provisionales; y Camouco, 7 de febrero de 2000, sobre pronta liberación. Todos ellos en estricta aplicación de la Convención de 1982, sin ruptura con la jurisprudencia judicial y arbitral existente.

En todo caso, no parece que el TDM deba ser visto como un rival del TIJ, sino como una alternativa o un órgano complementario. Pensemos que esta concurrencia no es nueva, muy al contrario es tan vieja como el arbitraje internacional. Aunque su aparición en la escena internacional puede considerarse que incrementa el dilema institucional, es imposible predecirlo aún. El éxito o no de esta jurisdicción especializada está por venir.

B) CORTES PENALES INTERNACIONALES

Uno de los fenómenos más novedosos en el plano judicial, viene constituido por la puesta en funcionamiento de los Tribunales penales ad hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda³², y la creación de la Corte Penal Internacional cuyo Estatuto fue adoptado en Roma el 18 julio 1998. En este caso, es evidente la especialización de los mecanismos de aplicación de las normas del ordenamiento internacional en el seno de uno de los sectores que cuenta, sin duda, con un buen número de características propias: el conjunto de normas internacionales dirigidas a hacer efectiva la responsabilidad penal del individuo. Un nuevo principio inspirador fundamental ha estado

³² Asimismo, está en marcha la creación de un Tribunal ad hoc para Sierra Leona, cuyo Estatuto ha sido publicado como apéndice en el "Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal especial para Sierra Leona" (Doc. S/2000/915).

presente en la creación de las nuevas Cortes Penales Internacionales: la justicia es un requisito indispensable para la paz, de suerte que únicamente cabrá una consolidación de la paz en una fase posterior al conflicto si existe la garantía de sanción contra los directamente responsables de la vulneración de reglas mínimas protectoras del ser humano y reflejadas en los Convenios de Derecho humanitario. La consecuencia no ha sido otra que una regulación basada en la instauración de Tribunales penales ad hoc surgidos de un procedimiento normativo excepcional, como son las Resoluciones 808 (1993), 827 (1994), y 955 (1994) del Consejo de Seguridad (CS), actuando en el marco del capítulo VII de la Carta. Es evidente que la urgencia de la situación excluía el uso de una convención multilateral para el establecimiento de dichos tribunales, y militaba en favor de un procedimiento más expeditivo. Sin embargo, el recurso a resoluciones de un órgano político como vía de creación ha sido sin duda uno de los aspectos más controvertidos y discutidos de estas Cortes Penales ad hoc. Con independencia del discutido poder y de la dudosa oportunidad del CS, es esencial subrayar que se ha creado un entramado normativo completo y cerrado con sus específicas reglas de relación con los sistemas jurídicos nacionales, con un elaborado sistema de derecho aplicable, y un conjunto de reglas procesales propias que garantizan la aplicación de tales principios y normas. Mediante una interpretación evolutiva del alcance del artículo 41 de la Carta, el CS ha impuesto por vez primera la existencia de un Estatuto regulador de una institución de naturaleza jurisdiccional con competencias espacialmente limitadas y jurisdicción personal universal. De esta forma, se articula en el orden internacional un mecanismo autónomo de creación de normas; más concretamente, asistimos a la aparición de un espacio normativo propio dentro del ámbito del Derecho humanitario general, que constituye la base del Derecho aplicable por los nuevos tribunales penales. En esta línea, dicho cuerpo normativo autónomo cuenta con su propio procedimiento de control del cumplimiento y garantía de aplicación del entramado normativo, radicalmente distinto del previsto en los Convenios y Protocolos sobre Derecho humanitario que carece de previsiones encaminadas a su aplicación forzosa al margen de las obligaciones impuestas a los Estados respecto de la incorporación de tal Derecho en sus ordenamientos internos, y de la aplicación de los mecanismos de cooperación judicial internacional de naturaleza convencional.

Varias son las dificultades que rondan la efectividad de estos Tribunales Penales ad hoc. La primera, es que aunque los Tribunales pueden denunciar públicamente los crímenes cometidos por las personas que no han sido arrestadas y trasladadas, ya sea a La Haya, ya sea a Arusha (Tanzania), éstos no pueden juzgar a dichas personas in absentia. Como consecuencia, existe un riesgo real de que los Tribunales puedan juzgar a un muy reducido número de individuos. Así, respecto del Tribunal penal para la ex-Yugoslavia, en más de seis años de funcionamiento ha acusado a más de 70 personas, la mayoría de ellos comandantes y guardias de campos de concentración, militares y autoridades locales, tanto serbios como croatas y musulmanes; en la actualidad, tan sólo diez de ellos se hallan detenidos bajo custodia del Tribunal. De los 38 casos bajo jurisdicción de este Tribunal, éste ha dictado nueve sentencias; más lento es el ritmo de trabajo del Tribunal penal para Ruanda que ha resuelto tan sólo dos asuntos de los 48 planteados³³. En este sentido, la cooperación de los Estados que acogen a los presuntos criminales, en aras de otorgar su extradición, es fundamental. Deben, igualmente, ponerse de manifiesto las dificultades administrativas y financieras que envuelven el funcionamiento de estos Tribunales penales; cada uno de ellos precisa de unos 250 agentes, y no debemos olvidar la crisis financiera que atenaza a las Naciones Unidas.

Con la intención de corregir este acentuado fenómeno de sectorialización del ordenamiento jurídico internacional, se ha aprobado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que trata de reconducir las iniciativas sectorializantes hacia los mecanismos clásicos de producción normativa de naturaleza interestatal, donde el Estado posee los resortes para determinar la gradación del consentimiento en obligarse. Sin embargo, la existencia de la Corte Penal Internacional está aún lejos de hacerse auténtica realidad, por lo que no vamos a ahondar en la misma.

³³ Los casos resueltos por el Tribunal de la ex-Yugoslavia son Drazen Erdemovic, Dusko Tadic, Simic et al., Jelusic and Cesic, Blaskic, Aleksovski, Kupieskic et al., Furundzija y Delalic et al. Los de Ruanda, Akayesu y Kamdanda. Cfr. <<http://www.un.org>>.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Tras esta visión general del proceso de judicialización al que se ha visto sometido el Derecho internacional, es hora de retomar el interrogante que nos planteábamos en las primeras líneas de este trabajo, acerca de los peligros que pueden resultar para el Derecho internacional del creciente número de órganos judiciales existentes en el mundo moderno. Aunque debemos recordar que no son nuevos, pues la expansión que hoy se constata en el número de tribunales es un fenómeno diferente, sólo en términos cuantitativos, de la situación en que han cohabitado TPJI y TIJ, con el arreglo arbitral. Pero, lo cierto es que estos peligros no deben desestimarse por los juristas. Resulta asombroso ver cuánto se ha escrito sobre los riesgos de la jurisprudencia resultante de la actividad del TIJ desde la creación de sus Salas, y qué poco se ha dicho de los peligros de divergencia que puede resultar de la proliferación de tribunales, cortes y cuerpos cuasi-judiciales.

No obstante, el riesgo está aquí, y la proliferación plantea dos problemas fundamentales, uno procesal y otro sustantivo. El problema procesal se centra en establecer prioridades, dado que en algunas situaciones más de un tribunal puede tener jurisdicción sobre un mismo asunto. La concurrencia de competencias no existe entre la jurisdicción universal y los tribunales de justicia regionales, como el TEDH, el TJCE, o la CIDH, planteándose, no obstante, de una forma realmente manifiesta entre el TIJ y el TDM, respecto del Derecho del mar. Quizá fuera oportuno recordar el tenor literal del artículo 103 de la Carta, según el cual,

“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las NU en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

En esta línea, debemos tener en cuenta que el Estatuto del TIJ constituye un instrumento jurídico indisolublemente unido a la Carta, por lo que un acuerdo expreso de sometimiento al TIJ (artículo 36.1 Estatuto TIJ), o una declaración unilateral de sometimiento a la jurisdicción obligatoria del TIJ (artículo 36.2 Estatuto TIJ), deberían tener la consideración de “obligaciones contraídas en virtud de la Carta”, y, por ende, contra las que no cabe

obligación contraria o incompatible según el artículo 103 de la Carta. Por lo tanto, en aquellos casos en que los Estados se hubieran vinculado a la jurisdicción obligatoria del TIJ en los términos anteriormente expuestos, y también hubiesen realizado una declaración de sometimiento a otra instancia judicial, el problema de concurrencia de jurisdicciones debería resolverse a favor de la jurisdicción del TIJ³⁴.

El problema sustantivo es asegurar que las decisiones sean coherentes cuando los distintos tribunales resuelven asuntos jurídicos similares, pues es posible que los tribunales mantengan posiciones diferentes sobre cuestiones análogas; tal puede ocurrir con el TIJ y el Tribunal para los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia, pues ambos están analizando casos sobre actos de genocidio cometidos en Bosnia-Herzegovina. En el ejercicio ordinario de su jurisdicción, estos órganos judiciales retienen ciertos conceptos y reglas claves, así como determinadas instituciones jurídicas fundamentales del Derecho internacional, y pueden darles una interpretación diferente de la que habitualmente proporciona la práctica internacional. En este sentido, a nivel regional, los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo están desarrollando una jurisprudencia que en algunos aspectos difiere del Derecho internacional general, como lo evidencia el asunto *Matthews c. Reino Unido* (TEDH), analizado en páginas anteriores.

Pero de la experiencia de esta puntual jurisprudencia no debe extraerse la conclusión extrema de que los distintos órganos jurisdiccionales internacionales lleven siempre a cabo una aplicación sectorial de las normas internacionales, en absoluto olvido del Derecho internacional general. Como ha

³⁴ Esta es la solución propiciada por el TIJ en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (excepciones preliminares) (*Nicaragua v. EE.UU.*), donde se planteaba la concurrencia de la jurisdicción del TIJ con la del proceso de Contadora, al pertenecer ambos Estados a una organización regional que establecía como obligatorio dicho mecanismo de arreglo de controversias. El TIJ no duda en acogerse al artículo 103 de la Carta, en los siguientes términos:

"... all regional, bilateral, and even multilateral, arrangements that the Parties to this case may have made, touching on the issues of settlement of disputes or the jurisdiction of ICJ, must be made always subject to the provisions of Article 103 of the Charter". ICJ Reports, 1984, p. 440.

demostrado Charney³⁵, la proliferación de jurisdicciones no ha supuesto hasta ahora la existencia de divergencias notables entre ellos respecto de la interpretación y aplicación del Derecho internacional.

Para que esta situación no se vea amenaza en el futuro, habría que aplicar algunos remedios³⁶. Cabe, así, demandar que se intensifiquen las interrelaciones entre los órganos jurisdiccionales desde la perspectiva de la cooperación, y que cada órgano jurisdiccional tenga en cuenta las decisiones de los demás. Un buen ejemplo de esto, lo comporta la influencia mutua que siempre ha existido entre el TIJ y los tribunales arbitrales ad hoc en asuntos relativos a la delimitación de espacios marítimos, donde se ha generado una simbiótica relación. En esta línea, los tribunales deben ser sumamente cuidadosos al desarrollar su jurisprudencia que debería estar en consonancia con la del TIJ que, después de todo, es el 'órgano judicial principal de las Naciones Unidas' con 'jurisdicción en todas las controversias de orden jurídico' (artículo 36.2 Estatuto TIJ). Asimismo, los abogados pueden jugar un papel muy útil llamando la atención de los jueces respecto de aquellas normas jurídicas que no les son familiares. En todo caso, es necesario insistir que la sectorialización tiene límites precisos, centrados, fundamentalmente, en la remisión y la evocación de los principios generales del Derecho internacional.

No estaría tampoco de menos, tomar en consideración la apreciación formulada por el juez Guillaume: "sólo deben crearse nuevas cortes y tribunales cuando sea realmente necesario"³⁷.

³⁵ Vid. CHARNEY, J.I., "Is International...", op.cit., pp. 101-382.

³⁶ Soluciones como la de convertir al TIJ en instancia de casación de otras jurisdicciones, o la creación de una especie de cuestión prejudicial ante el TIJ, por la vía de las opiniones consultivas -al estilo de la existente en el derecho comunitario europeo-, planteadas desde diversos sectores doctrinales, carecen, a nuestro juicio, de viabilidad en la actual Sociedad internacional. El contenido detallado de tales propuestas puede consultarse en SALINAS ALCEGA, S., y TIRADO ROBLES, C., *Adaptabilidad y fragmentación del Derecho internacional: La crisis de la sectorialización*, Zaragoza, 1999, pp. 119-130.

³⁷ Vid. GUILLAUME, G., "The Future...", op.cit., p. 862.

HIERARQUIA CONSTITUCIONAL E INCORPORAÇÃO
AUTOMÁTICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO
ORDENAMENTO BRASILEIRO

Valerio de Oliveira Mazzuoli*

1. INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é estudar a maneira através da qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressam no ordenamento brasileiro. Vale dizer, importa examinar a dinâmica da relação entre o processo de internacionalização dos direitos humanos e seu impacto e repercussão no direito pátrio.

Para se enfrentar corretamente o presente tema, necessário se faz a discussão de: a) como os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos fundamentais incorporam-se ao direito interno; b) qual o status que suas normas detém no ordenamento brasileiro; c) como se dá a aplicação desses tratados no Brasil.

* O Autor é advogado no Estado de São Paulo (Brasil). Professor Universitário. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente-SP.

2. INTEGRAÇÃO, EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

Passamos a estudar, então, a maneira através da qual a Constituição de 1988 disciplina o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, mister seja compreendido o que são, em realidade, os direitos humanos.

A definição do que seja “direitos humanos”, como explica Flávia PIOVESAN, aponta para uma pluralidade de significados, da qual, considerando sua historicidade, opta-se pela concepção contemporânea, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, fundada na universalidade e indivisibilidade desses direitos. Diz-se universal “porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição”; e indivisível “porque os direitos civis e políticos não há de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade”.¹

A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, claríssima a esse respeito, dispõe no seu parágrafo 5.º que:

“Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

¹ Cf. PIOVESAN, Flávia, “A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro”, p. 92.

A existência de uma base normativa internacional, iniciada com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948,² e acompanhada pelos demais instrumentos que lhe seguiram (v.g., o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ambos assinados no âmbito Organização Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966; assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, na Costa Rica, aos 22 de novembro de 1969), passa, assim, a evidenciar o traço distintivo dos “direitos humanos contemporâneos”.³

Nascidos dos horrores da Segunda Guerra Mundial, tendo como fonte o surgimento do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (International Human Rights Law), estes acordos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana, têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos, como explica Louis HENKIN, “institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional”.⁴

A partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a aflorar e solidificar-se de forma definitiva, gerando, por via de consequência, a adoção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos funda-

² Resolução 217-A (III) da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

³ Cf. WEIS, Carlos, *Direitos humanos contemporâneos*, p. 18.

⁴ HENKIN, Louis, (et al.). *International law: cases and materials*, p. 375-376.

mentais dos indivíduos.⁵ Antes disso a proteção ao homem estava mais ou menos restrita apenas a algumas legislações internas dos países, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789. Surge, então, no âmbito da Organização das Nações Unidas, um sistema global de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter geral (a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), como de caráter específico (v.g., as Convenções internacionais de combate à tortura, à discriminação racial, à discriminação contra as mulheres, à violação dos direitos das crianças etc.).

Mas a estrutura normativa de proteção internacional dos direitos humanos, além dos instrumentos de proteção global, de que são exemplos, dentre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e cujo código básico é a chamada *international bill of human rights*, abrange também os instrumentos de proteção regional, aqueles pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano (v.g., no sistema americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim, como novo ramo do Direito Internacional Público, emerge com princípios próprios. Além de apresentar hierarquia constitucional, suas normas passam a ter a característica da expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados. Além do mais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos rompe com a distinção rígida existente entre Direito Público e Direito Privado, libertando-se dos clássicos paradigmas até então existentes.

Enquanto as relações regidas pelo Direito Internacional Público “são marcadas pela reciprocidade e equilíbrio entre os Estados, disciplinando

⁵ Como destaca WEIS, Carlos, “A recente sistematização dos direitos humanos em um sistema normativo internacional, marcada pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano”. *Direitos humanos contemporâneos*, cit., p. 21.

relações em que são eles, exclusivamente, sujeitos ativos e passivos de direito”, as relações regidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos têm por objetivo “estipular os direitos fundamentais do ser humano e garantir seu exercício, geralmente tendo o Estado como obrigado”.⁶ É dizer, a salvaguarda é dos direitos fundamentais dos seres humanos e não das relações entre os Estados.

Sem embargo, ainda não se tem chegado a um grau mínimo de respeitabilidade dessas normas. Assim é que, no atual estágio de evolução da sociedade, com a constante cada vez mais crescente de desrespeito aos direitos humanos, é preciso que se busque, seja no direito nacional, seja no internacional, saídas eficazes para solução do problema diário da violação dos direitos internacionalmente garantidos pelos tratados internacionais. É certo que já se percebe, mesmo que de forma lenta, nesses últimos tempos, o surgimento gradual de uma nova mentalidade, mais aberta e otimista, em relação à proteção dos direitos humanos, principalmente dessa nova geração de juristas. Atualmente, não mais se cogita, para esse novo grupo, em monismo e dualismo, o que já estaria (e efetivamente está!) por demais superado.⁷ Pretende-se dar às normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais, e isto é certo, o seu devido valor, ainda pouco reconhecido. Não mais se admite a igualização dos tratados internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana com a legislação interna infraconstitucional do País. Ao contrário: deseja-se ver aqueles compromissos internacionais iguados em grau hierárquico às normas constantes da Lei Fundamental do Estado.

Nesse diapasão, dispõe o art. 29 (“Normas de interpretação”) do Pacto de San José da Costa Rica, que:

“Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

⁶ WEIS, Carlos, *Idem*, *ibidem*.

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes...".

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tem dispositivo expresso a respeito no seu art. 27, que assim dispõe:

"Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

A Declaração de Princípios Americanos, assinada em Lima aos 24 de dezembro de 1938, da mesma forma, proclama, no item 4, que "as relações entre os Estados devem obedecer às normas do Direito internacional". A Declaração do México, firmada aos 06 de março de 1945 dispõe no item primeiro que "o Direito internacional é a norma de conduta para todos os Estados". A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 30 de dezembro de 1948 estabelece, no seu art. 5.º, letra a, que "o Direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas"; no art. 7.º, ademais, prescreve que "todo Estado americano tem o dever de respeitar os direitos dos demais Estados, de acordo com o Direito internacional", ao passo que nos arts. 9 e 10, repete os dizeres dos arts. 3 e 6 da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, assinada em Montevideu aos 26 de dezembro de 1933, que traz disposição no sentido de

⁷ Na lição de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE: "O antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da 'competência nacional exclusiva'; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e por conseguinte não eram diretamente aplicáveis. Com o passar dos anos, houve um avanço, no sentido de, ao menos, distinguir entre os países em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade direta, e os países em que necessitavam elas ser 'transformadas' em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas". ("Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos", p. 16).

que “o exercício desses direitos não tem outros limites além do exercício dos direitos de outros Estados, de acordo com o Direito internacional” (art. 3.º), o que significa reconhecer o primado do direito internacional como limitador do exercício das competências do Estado.⁸

Com isto, assentou-se a posição de que a primazia dos tratados internacionais sobre o direito interno, constitui-se em um princípio de Direito Internacional.

2.1. NATUREZA “CONSTITUCIONAL” DAS NORMAS EMANADAS DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS (CF, Art. 5.º, § 2.º): SISTEMA BRASILEIRO

Em vista dessas disposições convencionais, essa nova doutrina, mais aberta à essa nova realidade atual, apoia a supremacia do produto normativo constante daqueles tratados internacionais de direitos humanos, no parágrafo 2.º do art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁸ Cf. Gerson DE BRITTO MELLO BOSON. Curso de direito internacional público, p. 174-175. Para este autor: “O primado do Direito das gentes é um dos maiores postulados da teoria geral do Direito internacional. Existe ainda quando falte nas Constituições o seu reconhecimento expresso, porque, na verdade, os Estados, juridicamente, só dispõem da liberdade para fixar a modalidade da aplicação interna do Direito internacional. O Estado, no exercício de suas competências, pode praticar atos contrários ao Direito das gentes, mas incorre em responsabilidade, ajuizável perante tribunais internacionais, ainda quando o ato ilícito impugnado tenha sido praticado de acordo com a lei interna, pois o próprio exercício das funções legislativas pode ser constitutivo de um ato internacionalmente anti-jurídico. Tem, portanto, toda procedência a declaração, repetida, de vários tribunais internacionais, de que as leis internas são em face do Direito das gentes, meros fatos suscetíveis de serem valorados com respeito à sua conformidade ou discrepância com o Direito internacional. A validade superestatal deste é independente da vontade dos Estados, já submetidos à sua obrigação” (Op. cit., p. 177).

Como se vê, três são as vertentes, na Constituição de 1988, dos direitos e garantias individuais:

a) Direitos e garantias expressos na Constituição (v.g., os elencados nos incisos I a LXXVII do art. 5.º). Frise-se, porém, que não é só no seu art. 5.º que se encontram tais direitos. A Carta Magna de 1988 bem claramente se refere aos direitos e garantias expressos “nesta Constituição”, ou seja, em toda a Carta Constitucional, de forma que podem ser encontrados no decorrer do texto constitucional outros direitos e garantias que não expressamente inscritos no seu art. 5.º. Nesse diapasão, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, trata-se de cláusula pétrea, por exemplo, aquela garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, “b”, da Carta de 1988, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (princípio da anterioridade em matéria tributária), pelo que a Emenda Constitucional n.º 3/93, ao pretender subtraí-la da esfera protetiva, estaria violando o limite material previsto no art. 60, § 4.º, IV da Carta da República. É dizer, a EC n.º 3, de 17 de março de 1993, que instituiu o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º, do art. 2.º que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, “b”, e VI, da Constituição, por se tratar de garantia constitucional do cidadão (cf. ADIn n.º 939-7/DF, rel. Min. Sidney SANCHES – medida cautelar, RTJ 150/68). Em suma, como decidiu o STF, “admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados” (Trecho do voto do Min. CELSO DE MELLO, Serviço de Jurisprudência do STF, Ementário, n.º 1.730-10/STF);

b) Direitos implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e;

c) Direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Alguns juristas, entretanto, como Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO (Comentários à Constituição brasileira de 1988, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 88) e José Afonso DA SILVA (Curso de direito constitucional positivo, cit., p. 191), pecam, nas palavras de Flávia PIOVESAN, ao equiparar os direitos decorrentes dos tratados internacionais aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. O Prof. José Afonso DA SILVA faz uma distinção em três grupos, dos direitos individuais: (1) direitos individuais expressos na Constituição, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5.º; (2) direitos individuais implícitos, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida etc (art. 5.º, II); e (3) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, "aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização a priori".⁹ Na mesma esteira está a lição do Prof. Manoel GONÇALVES FERREIRA Filho, para quem a Constituição, "além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, 'decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados', incluindo também aqueles que derivam de tratados internacionais", terminando por dizer que "quais sejam estes direitos implícitos é difícil apontar".¹⁰ A Prof.^a Flávia PIOVESAN, propondo a classificação que acabamos de fazer, bem leciona no sentido de que, se os direitos decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados "não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado", sendo direitos de "difícil caracterização a priori", o mesmo não pode ser afirmado quanto aos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, posto serem eles expressos e claramente elencados, não podendo ser considerados de "difícil caracterização" ou "difícil de apontar".¹¹ E acrescenta: "Logo, se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os direitos expressos na

⁹ DA SILVA, José Afonso, Curso de direito constitucional positivo, p. 191.

¹⁰ GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, Comentários à Constituição brasileira de 1988, vol. 1., p. 88.

Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso de direitos. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil, para que se possa delimitar, delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos".¹²

Segundo o que expôs o Ministro José Carlos MOREIRA ALVES, do Supremo Tribunal Federal, em conferência inaugural ao Simpósio "Imunidades Tributárias", coordenado pelo jurista Ives GANDRADA SILVA MARTINS, o § 2.º do art. 5.º da Carta da República, "só se aplica aos Tratados anteriores à Constituição Federal de 1988 e ingressam como lei ordinária".¹³ Salientou ainda naquele evento que, quanto aos tratados posteriores, não seria de se aplicar o referido parágrafo, pois, "senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição", sendo que, tratado posterior "não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação".¹⁴

Tratando-se do afirmado pelo ilustre Ministro, sem embargo de sua posição, pensamos que tal interpretação se ressentir de equívoco, um tanto quanto justificado, tendo em vista os inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, como já foi visto anteriormente neste trabalho. Entretanto, mesmo em vista dos vários precedentes do Pretório Excelso a respeito do assunto, é de se estranhar a afirmação de que o parágrafo 2.º do citado art. 5.º, "só se aplica aos Tratados anteriores à Constituição Federal de 1988".

Ora, como admitir-se que uma norma constitucional teria sido criada para regular situações exclusivamente pretéritas? Não seria lógico, e muito

¹¹ Cf. PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3.ª ed., p. 87-88.

¹² PIOVESAN, Flávia, *Op. cit.*, p. 89.

¹³ Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural. In: GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives, (coord.), conferencista inaugural MOREIRA ALVES, José Carlos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998 – (Pesquisas tributárias. Nova série, n.º 4), p. 22.

¹⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Idem*, *ibidem*.

menos jurídico uma tal colocação. Aliás, entendendo-se dessa forma, estar-se-ia subtraindo a competência do próprio Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de tratados, tendo em vista referir-se o art. 102, III, a, da Carta de 1988, somente aos tratados ratificados posteriormente à entrada em vigência da Constituição, pois não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Lei Fundamental.¹⁵ Esse é um ponto.

De outra parte, a assertiva de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos “ingressam como lei ordinária” no nosso ordenamento interno, não prospera. Se a própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados, não se poderia pretender que esses outros direitos e garantias tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais em vigor. Ademais, a afirmativa de que “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição”, em virtude de que tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”, como veremos, é, data máxima vênua, absolutamente descabida. Primeiro, porque os tratados de proteção dos direitos humanos de que o Brasil é parte, tornam-se sim petrificados por antecipação, pelo fato de terem aplicação imediata, segundo o mandamento do § 1.º do art. 5.º da Carta de 1988, desde a data de suas respectivas ratificações. Segundo, porque, como veremos, sem embargo de não poderem tais tratados “emendar” o texto constitucional, podem eles, entretanto, em caso de conflito com uma norma constitucional menos benéfica, fazer com que se inaplique o dispositivo constitucional prejudicial, aplicando-se o texto do tratado que traz disposição sobre a mesma matéria, de forma mais favorável ao cidadão.

O que ocorre, é que o parágrafo 2.º do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, referido pelo Ministro MOREIRA ALVES, como se pode perceber sem muito esforço, tem um caráter eminentemente aberto (norma de *fattispecie* aberta), pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias

¹⁵ Cf. nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 30.

consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte, o que passa a revelar o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais (princípio da não identificação ou da cláusula aberta).¹⁶ De forma que, a cláusula do parágrafo 2.º do art. 5.º da Carta da República, está a admitir (e isto é bem visível!) que tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não no âmbito da legislação ordinária, como quer a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal.

Confusa, a esse respeito, é a lição de Manoel GONÇALVES FERREIRA Filho que, em comentário ao § 2.º do art. 5.º da Constituição de 1988, após reconhecer que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte “acrescentam-se aos direitos fundamentais enunciados na Constituição”, não podendo ser abolidos “por força da cláusula ‘pétrea’ constante do art. 60, § 4.º, IV”, leciona no sentido de que, em caso de conflito do tratado com o texto constitucional deve prevalecer o comando estabelecido pela Carta Magna “na medida em que, no direito pátrio, a norma proveniente de tratado tem hierarquia de lei ordinária e não de regra constitucional (...)” [grifo nosso].¹⁷

Parece evidente a contradição. Ou se admite que os tratados de direitos humanos têm índole e nível constitucional, ou se admite que os mesmos

¹⁶ Cf. MIRANDA, Jorge Manual de direito constitucional, p. 153, in verbis: “O n.º 1 do art. 16 da Constituição [portuguesa] aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o art. 16, n.º 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais” [grifos nossos].

¹⁷ Cf. GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel . Comentários à Constituição brasileira de 1988, vol. 1, 2.ª ed., p. 85.

ingressam no ordenamento pátrio ao nível da legislação ordinária. Impossível uma tal conciliação.

Nessa esteira é que o Juiz Antonio CARLOS MALHEIROS, no julgamento do habeas corpus n.º 637.569-3, da 8.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, deixou assentado o seu entendimento de que “os princípios emanados dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equívalem-se às próprias normas constitucionais”. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, por isso, têm o que chamamos de efeito aditivo, pois podem vir a adicionar novos direitos ao texto constitucional, através da cláusula aberta do parágrafo 2.º do citado art. 5.º da Constituição Federal de 1988.

Ora, se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5.º, § 2.º), é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu “bloco de constitucionalidade”.¹⁸ Segundo o magistério de André GONÇALVES PEREIRA e Fausto DE QUADROS, à expressão “não excluem” constante do parágrafo 2.º do art. 5.º da Carta Magna brasileira “não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá. (...) Quanto aos demais tratados de Direito Internacional Convencional particular, aí sim, pensamos que eles cedem perante a Constituição mas tem

¹⁸ DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. “A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”, p. 32.

valor supralegal, isto é, prevalecem sobre a lei interna, anterior e posterior. Ou seja, adoptamos a posição que se encontra expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega”.¹⁹ E assim o fazendo, o status do produto normativo convencional não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional.

Nessa esteira, há quem sustente com brilhantismo, como Flávia PIOVESAN, que, quando a Carta da 1988 em seu art. 5.º, § 2.º, dispõe que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a contrariu sensu, está ela “a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”. E conclui a ilustre Procuradora do Estado de São Paulo: “Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos”.²⁰ Assim, ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação esta consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.²¹ De forma que não há falar-se que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte têm caráter de norma infraconstitucional.²² A própria função do Estado de

¹⁹ GONÇALVES PEREIRA, André e DE QUADROS, Fausto. Manual de direito internacional público, p. 117 e 121.

²⁰ Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 3.ª ed., cit., p. 82.

²¹ Cf. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 82-103.

²² Não assiste razão, assim, a DE MORAES, Alexandre, para quem: “A Constituição Federal não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter infraconstitucional, decorrente dos atos e tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E, apoiado em decisões do STF, conclui: “As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias (RTJ 83/809; STF – Adin. n.º 1.480-3 – medida liminar – rel. Min. DE MELLO, Celso), subordinando-se, pois, integralmente, às normas constitucionais” [todos os grifos do original]. (Direitos humanos fundamentais, p. 302 e 304).

proteger e promover a dignidade da pessoa humana já indica esta tal impossibilidade.²³

Dessa forma, tanto os direitos como as garantias constantes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, passam, com a ratificação desses instrumentos, a integrar o rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos.²⁴ É também a lição de Ada PELLEGRINI GRINOVER, Antonio SCARANCE FERNANDES e Antonio MAGALHÃES GOMES Filho, para os quais, todas as garantias processuais penais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior” [grifo nosso].²⁵ A Prof.^a Ada PELLEGRINI, a esse propósito, bem leciona: “... a partir de 6.11.92, com a promulgação do Decreto n. 678, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, passou a integrar o ordenamento pátrio. E as normas de garantia da Convenção guardam, no plano interno, o mesmo nível hierárquico das regras do artigo 5.º da Constituição, porquanto, nos termos de seu § 2.º, ‘os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que a República do Brasil seja parte’”.²⁶

Para o Prof. CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, aliás, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal não apenas empresta “hierarquia constitucional” aos tratados de proteção dos direitos humanos, mas mais que isso, chegando ao ponto de afirmar-se “ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma Constituição posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”, postura esta “que tem a grande vantagem de evitar

²³ Cf. WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos, cit., p. 28.

²⁴ É também a opinião de CLEMERSON MERLIN CLÉVE, que conclui atribuir a Constituição “aos direitos humanos definidos em tratado internacional o status de norma constitucional” (cf. parecer publicado na Revista dos Tribunais, n.º 736, fev. 1997, p. 527).

²⁵ As nulidades no processo penal, 6.ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 76.

²⁶ Boletim do IBCCrim, edição especial, n.º 42, jun./1996, p. 01.

que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais”.²⁷ Nesta esteira é que, seguindo o ilustre professor, CARLOS WEIS se mostra categórico ao afirmar que “o artigo que confere ao Supremo Tribunal Federal poder de decidir sobre a constitucionalidade de tratado internacional (art. 102, III, “b”) não pode ser aplicado aos que tenham por objeto direitos humanos, os quais (...) possuem “privilégio hierárquico” em relação aos demais, conferido pela Constituição Federal de 1988, em atenção à sua natureza e finalidade”.²⁸

Em suma, um Estado que pretende ter seu ordenamento em grau superior ao do direito internacional dos direitos humanos, certamente está desvinculado do movimento internacional de proteção de direitos, regional e universalmente reconhecidos, não tendo, por isso, direito de afirmar seu propósito na proteção dos direitos humanos.²⁹

Há que se enfatizar, porém, que os demais tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, não têm natureza de norma constitucional; terão sim, natureza de norma infraconstitucional, extraída justamente do citado art. 102, III, b, da Carta Magna, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. O termo “inconstitucionalidade dos tratados”, frise-se, surgiu pela primeira vez com a Carta de 1967, emendada em 1969, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (art. 119, III, b). A conclusão que se extrai do dispositivo é a de que os tratados internacionais (tradicionais ou comuns, tão somente) apresentam a mesma hierarquia jurídica das leis federais, sendo, portanto, aplicável no

²⁷ Cf. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. In: LOBO TORRES, Ricardo (org.). Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 25.

²⁸ Op. cit., p. 33-34.

²⁹ Cf. PACHECO G., Máximo, citado por WEIS, Carlos, in Op. cit., p. 34.

caso de conflito, a regra *lex posterior derogat priori*.³⁰ Foi inclusive com base nesse dispositivo que o STF, desde 1977, passou a adotar a já comentada teoria da paridade, equiparando o tratado às leis federais.

Veja-se, a propósito, algumas decisões do STF, que nos traz BARROSO, Luís Roberto,³¹ in verbis:

“A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política” (STF, DJU 02.08.96, p. 25.794, ADIn 1.480-3, desp. do presidente em exercício, Min. Celso DE MELLO).

“Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...). Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política” (STF, RTJ 121/270, RE 109.173-SP, rel. Min. Carlos MADEIRA).

Deve-se insistir, porém, que esta teoria não vigora quando a norma a aplicar-se é proveniente de tratado internacional de “direitos humanos”. Note-se que o § 2.º do art. 5.º da CF, fala em direitos e garantias expressos na Constituição, donde se conclui que somente os tratados internacionais que tratem de direitos e garantias individuais é que estão amparados por esta cláusula, chamada por isso mesmo de cláusula aberta, cuja finalidade é exatamente a de incorporá-los ao rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

³⁰ Cf. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 91. Para CALMON, Pedro, “referendando o Congresso os tratados internacionais, estes são transformados em Lei, equivalente à demais leis Federais” Curso de direito constitucional brasileiro, p. 158.

³¹ Constituição da República Federativa do Brasil anotada e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 235, nota n.º 28.

Dessa forma, mais do que vigorar como lei interna, os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil, por força do mencionado artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, passam a ter, por vontade da própria Carta Magna, o status de “norma constitucional”. A isto se acrescenta o argumento, sustentado por boa parte da doutrina publicista, “de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica relativamente aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*”.³² Tais regras de *jus cogens*, a exemplo dos direitos humanos fundamentais, aliás, tem o caráter de serem normas imperativas de direito internacional geral, sendo consideradas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como normas que não admitem acordo em contrário (é Direito imperativo para os Estados) e que somente podem ser modificadas por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha, ademais, o mesmo caráter.³³ Assim, somente surgindo nova norma de direito internacional geral é que os tratados existentes que estejam em oposição com esta norma se tornarão nulos e terminarão.³⁴

E ao interpretar o § 2.º do art. 5.º da Carta de 1988, sugere PEDRO DALLARI³⁵: “Essa norma constitucional, concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do País, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do art. 4.º, como instrumento que procura dar coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade

³² PIOVESAN, Flávia, *Op. cit.*, p. 96.

³³ Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), art. 53. Segundo este mesmo artigo Convenção de Viena, “é nulo todo tratado que, no momento de sua celebração esteja em oposição com uma norma interpretativa de direito internacional geral”, a exemplo das normas de *jus cogens*, que são obrigatórias. Cf. ainda, GONÇALVES PEREIRA, André e DE QUADROS, Fausto, para quem “um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do *jus cogens* no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, como uma ‘supra-legalidade internacional’” (*Manual de direito internacional público*, cit., p. 277).

³⁴ Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), art. 64.

³⁵ *Constituição e relações exteriores*, p. 162.

internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também para, em um estágio já mais avançado, dar-lhe materialidade efetiva”.

Nessa esteira, RODRIGUES COSTA, Cezar Augusto, em artigo publicado na Revista Cidadania e Justiça, após transcrever aquele já citado aresto do STF (HC 72.131-RJ), cujo conteúdo é contrário ao nosso posicionamento, faz o seguinte comentário: “Sem embargo da autoridade que emana do aresto mencionado, principalmente pela qualidade intelectual de seus elaboradores, fato é que nesse caso não parece aflorar qualquer conflito negativo, dado a clareza do parágrafo segundo do art. 5.º da Carta Política, que constitucionaliza os tratados internacionais, não para conferir-lhes a natureza infraconstitucional, mas para equipará-los às normas fundamentais do sistema constitucional vigente” [grifo nosso].³⁶

Trata-se de opinião da qual concordamos inteiramente, e que, no nosso entender, deve sempre prevalecer.³⁷

Em suma, “entre nós, por vontade constitucional, os direitos e garantias fundamentais previstos nas convenções ratificadas pelo Brasil têm status de norma constitucional”, sem embargo de que as autoridades do Executivo e do próprio Judiciário, “por falta de afinidade com a aplicação das normas de Direito Internacional, têm se equivocado com frequência, em detrimento dos princípios que devem reger as boas relações internacionais”.³⁸ Não fosse assim, perderia todo o sentido a previsão do parágrafo 2.º do art. 5.º da nossa Carta Magna.

³⁶ “Da prisão civil por dívida”. In: Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, n.º 4, 1.º semestre de 1998, p. 201.

³⁷ Assim conclui PIOVESAN, Flávia, “Em suma, a natureza constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5.º, parágrafo 2.º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esta opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional”. (Op. cit., p. 98).

³⁸ AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR, Dyrceu, “O judiciário brasileiro em face dos direitos humanos”. In: Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate, n.º 2, jul./dez. 1996 – ano 1, p. 13; cf. também a Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, set. 1998, p. 69.

Frise-se, ademais, que os direitos e garantias individuais têm sido mesmo considerados na dogmática jurídica constitucional, junto às funções e limites do poder estatal, como núcleo material mínimo das Constituições contemporâneas, apontado por alguns como resultado de invariantes axiológicas construídas no decorrer da evolução histórica da humanidade.³⁹

Como observa CANOTILHO, “o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correcto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, par excellence, a organização do poder político (informada pelo princípio de divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias. Posteriormente, verificou-se o ‘enriquecimento’ da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza sub-constitucional (direitos económicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição económica)”.⁴⁰

Aliás, à medida em que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles restringem sua soberania e isto constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência da relação entre direito interno e direito internacional.⁴¹ Nesse sentido já assinalara Pasquale

³⁹ Cf. REALE, Miguel, “Sentido da Constituição e de sua Reforma”. In: Revista Trimestral de Direito Público – 1., p. 10-11.

⁴⁰ Direito constitucional, p. 68.

⁴¹ Cf. DALLARI, Pedro, Recepção pelo direito interno das normas de direito internacional público – o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, trabalho académico. Para KELSEN, Hans, a questão, todavia, consiste em saber em que medida a soberania do Estado é limitável pelo direito internacional, e admite que a resposta não pode ser deduzida, quer do primado do direito internacional, quer do primado do direito interno nacional (cf. Teoria pura do direito, p. 457).

FIORE que só se pode reconhecer aos Estados uma independência limitada pelas exigências da sociedade internacional, o que A. PILLET caracterizou como sendo uma situação de interdependência das nações, nestes termos: "L'indépendance de l'État n'existe pas, telle est la conséquence fatale de l'existence du commerce international... Une même loi gouverne donc la vie des individus et des peuples: la loi de l'interdépendance".⁴²

Para Kelsen, bem como para os solidaristas franceses, a idéia de soberania tradicional deveria ser eliminada, por acarretar obstáculos ao desenvolvimento do direito internacional e à evolução da comunidade das nações rumo a uma civitas maxima: "De même que la théorie subjectiviste du contract social a été vaincue en même temps, que l'idée de la souveraineté de l'individu, et que la validité objective de l'ordre étatique a été ainsi mise hors de doute, de même en éliminant la dogme de la souveraineté, de l'Etat, on établira qu'il existe un order juridique universel, indépendant de toute reconnaissance et supérieur aux États, une civitas maxima".⁴³ Cabe ao direito internacional, dessa forma, "depois de vencidas as últimas resistências que lhe opõe o conceito atual de soberania, instituir a paz universal sobre fundações profundas e sólidas (...), realizando assim a aspiração medieval da civitas maxima que é, no fundo, o ideal comum dos contemporâneos".⁴⁴

⁴² Revue Générale, 1898, p. 77 e 86. Para FRAGA, Mirtô, "(...) não se pode esquecer que o conceito de soberania não é estático, mas dinâmico, modificando-se para atender às necessidades da sociedade internacional. Do conceito de soberania como a qualidade do poder do Estado que não reconhece outro poder maior que o seu – ou igual – no plano interno, chegou-se à moderna conceituação: Estado soberano é o que se encontra, direta e imediatamente, subordinado à ordem jurídica internacional. A soberania continua a ser um poder (ou qualidade do poder) absoluto; mas, absoluto não quer dizer que lhe é próprio. A soberania é, assim, um poder (ou grau do poder) absoluto, mas não é nem poderia ser ilimitado. Ela encontra seus limites nos direitos individuais, na existência de outros Estados soberanos, na ordem internacional" [grifo nosso] (O conflito entre tratado internacional..., p. 09).

⁴³ Kelsen, Hans, Recueil des Cours, n.º 14, p. 326. Vide, DE BRITTO MELLO BOSON, Gerson, Op. cit., p. 179, nota n.º 287.

⁴⁴ BAPTISTA MARTINS, Pedro. Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional, cit., p. 02.

Assim é que muitos autores chegam mesmo a negar a soberania do Estado, posto não passar de uma competência delegada pela comunidade internacional, no interesse geral da humanidade, o que resulta no entendimento de que existe não só um direito internacional, mas também um direito supranacional ou humano, estando a liberdade do Estado circunscrita tanto por um quanto pelo outro.⁴⁵ Há, pois, neste cenário de proteção dos direitos humanos, um enfraquecimento da noção da não-interferência internacional em assuntos internos, flexibilizando, senão abolindo, a própria noção de soberania absoluta.

A esse respeito, e bem a propósito, o Secretário Geral das Nações Unidas, B. BOUTROS-GHALI, na defesa da prevalência do direito internacional dos direitos humanos, já afirmara: “Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional”.⁴⁶

Neste compasso, o art. 11 da Constituição italiana, já inserto dentro deste novo contexto, preceitua que a Itália “consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações” [grifo nosso].⁴⁷

⁴⁵ Cf. MANDELSTAM, A. “La protection internationale des droits de l’homme”. Recueil des Cours, n.º 38, p. 192; cf., ainda, DUGUIT, León. Traité de droit constitutionnel, Vol. 1., 3.ª ed. Paris: E. de Boccard, 1930, p. 588.

⁴⁶ BOUTROS-GHALI, B, “Empowering the United Nations”. In: Foreign Affairs, v. 89, 1992/1993, p. 98-99. Apud HENKIN, Louis (et al.), International law: cases and materials, cit, p. 18.

⁴⁷ Na lição de BARILE, Paolo, CHELI, Enzo e GRASSI, Stefano: “I limiti alla sovranità del nostro Stato che derivano dall’attribuzione dei poteri normativi agli organi comunitari,

Historicamente, a regra pela qual os tratados pactuados pelos Estados passam a fazer parte de seu ordenamento interno, deriva do axioma firmado por BLACKSTONE no século XVIII, segundo o qual the Law of Nations is held to be a part of law of the land (ou... Internacional Law is part of the law of the land), que já de há muito dava prevalência ao primado do Direito Internacional, reforçando a corrente monista internacionalista.⁴⁸ VERDROSS ao comentar esta regra, lecionava no sentido de que o seu significado refere-se à aplicação interna do direito internacional, querendo ela dizer que uma regra de direito internacional comum não vale somente entre Estados, mas também dentro dos Estados, devendo, por isso, ser aplicada pelos Tribunais e autoridades internas do mesmo, como qualquer outra norma do direito positivo nacional, sem a necessidade de que seja, antes, recolhida por uma lei interna.⁴⁹

O direito das gentes era, desta maneira, aplicado inclusive em oposição aos acts of parliament, do direito britânico, o que levou BLACKSTONE a fazer a seguinte afirmação, registrada por LAUTERPACHT: “O Direito internacional (todas as vezes que surge uma questão que com justo título dependa de sua jurisdição) é adotado aqui, em sua totalidade, pelo Direito do País, e é considerado como formando parte deste. E os acts do Parlamento, que de quando em quando se aprovam para assegurar a aplicação dessa lei universal ou para facilitar a execução de suas decisões, não devem ser considerados como introdutores de meras normas, mas simplesmente como declarativos de velhas constituições do reino, sem as quais este cessaria de fazer parte do mundo civilizado”.⁵⁰

trovano fondamento nel principio di cui all’art. 11 C., che “consente, in condizioni di parità com gli altri Stati, le limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni”, ed invita l’Italia a “promuovere” e “favorire” le “organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”: le Comunità europee sono nate – come si è accennato – com scopi analoghi a quelli indicati dall’art. 11 C., come risulta anche dai preamboli dei rispettivi trattati” (Istituzioni di diritto pubblico, p. 140).

⁴⁸ Cf. DE ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. . Direito Internacional Público, p. 104.

⁴⁹ VON VERDROSS, Alfred . Derecho internacional publico, p. 73. Cf. também, DE BRITTO MELLO BOSON, Gerson , op. cit., p. 175.

⁵⁰ Vide DE BRITTO MELLO BOSON, Gerson, Idem, p. 175-176.

Mas, ressalte-se que no caso brasileiro, somente no que se refere aos tratados de direitos humanos é que se aplicará o primado los direitos humanos por nós ratificados, passam, ainda, a incorporar-se automaticamente em nosso ordenamento, pelo que estatui o § 1.º do art. 5.º da nossa Carta:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A inserção desta norma no Título correspondente aos “direitos e garantias fundamentais” na Carta Magna de 1988, fora influenciada, por certo, pelo anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”, que, em seu art. 10, continha preceito semelhante, o qual estabelecia que “os direitos e garantias desta Constituição têm aplicação imediata”.

Frise-se que o § 1.º do art. 5.º da Constituição de 1988, dá aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais. É dizer, seu âmbito material de aplicação transcende o catálogo dos direitos individuais e coletivos insculpidos nos arts. 5.º a 17 da Carta da República, para abranger ainda outros direitos e garantias expressos na mesma Constituição (mas fora do catálogo), bem como aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tudo, consoante a regra do § 2.º do seu art. 5.º.

É justamente este último caso (aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos) que nos interessa neste estudo. Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõe sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata. Da mesma forma que são imediatamente aplicáveis aquelas normas expressas nos arts. 5.º a 17 da Constituição da República, o são, de igual maneira, as normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte.⁵¹

⁵¹ A esse propósito, XIMENES ROCHA, Fernando Luiz, ressalta a “posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos

Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas constitucionais”, passam os tratados de proteção dos direitos humanos, pelo mandamento do citado § 1.º do seu art. 5º, a ter aplicabilidade imediata, dispensando-se, desta forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Já, nos casos de tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, este decreto, materializando-os internamente, faz-se necessário.⁵² Em outras palavras, com relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, foi adotado no Brasil o monismo internacionalista kelseniano, dispensando-se da sistemática da incorporação, o decreto executivo Presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna.

Esclareça-se que não é da edição do Decreto Legislativo que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos passam a ter aplicabilidade imediata no ordenamento brasileiro, mas sim em face de sua posterior ratificação pelo Presidente da República, a quem compete privativamente celebrar tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII). A ratificação é imprescindível, mesmo porque a vigência de um tratado internacional no Brasil depende da anterior vigência internacional do ato, só alcançada através dela.

No mesmo sentido, a lição de PIOVESAN, Flávia, para quem “em face da incorporação automática os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao direito nacional em virtude do ato da ratificação. (...) Em suma, em face da sistemática da incorporação automática, o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, me-

humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da Constituição Federal” (“A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro”. In: Revista de Informação Legislativa, n.º 130, p. 81).

⁵² DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. “A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”, cit., p. 35.

diante uma cláusula geral de recepção automática plena. Com o ato da ratificação, a regra internacional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional, como na ordem jurídica interna, sem a necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico. Esta sistemática da incorporação automática reflete a concepção monista, pela qual o Direito Internacional e o Direito interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem interna” [grifos nossos].⁵³ Não é outra a lição de VIRGINIA LEARY, nestes termos: “Em outros Estados, que possuem um sistema diferente, os tratados ratificados se transformam em lei interna em virtude da ratificação. Este método é chamado ‘incorporação automática’ e é método adotado, dentre outros, pela França, Suíça, Países Baixos, Estados Unidos e alguns países latino-americanos, africanos e asiáticos. É importante observar que, em muitos Estados, a promulgação ou publicação dos tratados podem também ser atos necessários para que eles entrem em vigor no Direito Interno” [grifo nosso].⁵⁴

Ao contrário, com relação aos tratados internacionais comuns, o Brasil passou a acolher a concepção dualista, que exige a edição de decreto de execução para que passem a irradiar seus efeitos.

Além do artigo 5º, § 1º da Carta da República impor esta conclusão, a autoaplicabilidade dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos advém das próprias normas de direito internacional, pois, se um Estado compromete-se a acatar os preceitos de um tratado, é óbvio que as normas devem ser imediatamente exigíveis.⁵⁵ Para ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: “Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da autoaplicabilidade dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subseqüentes que condicionem inteiramente o cumprimento das obrigações em apreço; assim como a questão da hierarquia das normas (e da determinação de qual delas

⁵³ PIOVESAN, Flávia . Op. cit., p. 106-107.

⁵⁴ LEARY, Virginia . International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p.36. Apud. PIOVESAN, Flávia , op. cit., p. 106.

deve prevalecer) tem sido tradicionalmente reservada ao direito constitucional (daí advindo as consideráveis variações neste particular de país a país), a determinação do caráter autoaplicável (self-executing) de uma norma internacional constitui, como se tem bem assinalado, por sua vez, 'uma questão regida pelo Direito Internacional, já que se trata nada menos que do cumprimento ou da violação de uma norma de direito internacional' ".⁵⁶

Aliás, Constituições de diversos países do ocidente têm igualmente consagrado o primado do direito internacional, bem como a autoaplicabilidade das normas emanadas de tratados internacionais. Nessa esteira é que a Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 16, n.º 1) dita a regra de que "os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional", acrescentando que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16, n.º 2). A Carta Portuguesa, admite ainda a recepção automática das normas internacionais, dispensando qualquer tipo de procedimento legislativo ou executivo que as integre internamente, inclusive estabelecendo a superioridade hierárquica das normas da Comunidade Económica Europeia sobre a legislação interna (art. 8.º).⁵⁷ A Constituição Espanhola, por seu

⁵⁵ Cf. CASTELLANOS PFEIFFER, Roberto Augusto e AGAZZI, Anna Carla. "Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no direito brasileiro — interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988". In: *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*, p. 223, nota 27.

⁵⁶ "Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos", cit., p. 34.

⁵⁷ Cf. GOMES CANOTILHO, J.J. . *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 725-727. Dispõe o atual art. 8.º da Constituição da República Portuguesa (Quarta Revisão/1997): "Art. 8.º (direito internacional). 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internamente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos".

turno, em seu art. 9 n.º 2, estabelecendo verdadeira regra de interpretação, chega a afirmar que: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha”; e no art. 96, n.º 1, dita a regra de que “os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola”. Por último, e da mesma forma, seguindo a tendência das demais, a Constituição Argentina, reformada em 1994, estabeleceu em seu artigo 75, inc. 22, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm hierarquia constitucional e são complementares aos direitos e garantias nela reconhecidos.

Como se já não bastasse, é ainda de se ressaltar que todos os direitos inseridos nos referidos tratados, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, art. 5.º, § 1.º), por serem normas também definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição (CF, art. 60, § 1.º, IV).⁵⁸ É o que se extrai do resultado da interpretação dos §§ 1.º e 2.º, do art. 5.º da Lei Fundamental, em cotejo com o art. 60, § 4.º, IV, da mesma Carta. Isto porque, o § 1.º, do art. 5.º, da Constituição da República dispõe expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

As cláusulas pétreas impõe limites materialmente explícitos de reforma constitucional. Essas limitações materiais explícitas constantes do parágrafo 4.º do art. 60 da Constituição impedem, na via de emenda constitucional, qualquer proposta tendente a abolir: (I) a forma federativa do Estado; (II) o voto direto, secreto, universal e periódico; (III) a separação dos Poderes; e (IV) os direitos e garantias individuais. Observe-se que, neste último caso, a respectiva cláusula pétrea só alcança direitos e garantias

⁵⁸ Cf. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. “A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”, cit., p. 36.

individuais e não coletivos. Logo, só os direitos individuais enunciados por tratados é que são resguardados por cláusulas pétreas e não os coletivos.⁵⁹

Dessa forma, os direitos inseridos nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos por emenda à Constituição, nos termos do art. § 4.º, IV, do art. 60, da Carta de 1988, que diz:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais.”

Ora, se a Constituição Federal permite que tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento interno brasileiro, revestindo-se da natureza de “norma constitucional”, e, dispondo o produto normativo desses tratados sobre direitos e garantias individuais, a outra conclusão não se chega senão a de que, pelo mandamento do § 1.º do art. 5.º, e do § 4.º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, após a entrada de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, não há mais sequer uma maneira de se suprimir qualquer dos direitos provenientes daquele produto normativo convencional, nem mesmo através de Emenda à Constituição. Ou seja, à partir do ingresso de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro, todos os seus dispositivos normativos passarão, desde o seu ingresso, a constituírem cláusulas pétreas, não mais podendo ser suprimidos por qualquer maneira.

Nessa esteira, dando a Carta Magna aos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil ratificados a natureza de “norma constitucional”, e passando os direitos incluídos nestes tratados a constituir cláusula pétrea, nos termos de seu art. 60, § 4.º, IV, por se tratar também de um direito, será igualmente cláusula pétrea aquela norma de interpretação do Pacto de San José da Costa Rica (supra: art. 29), que passa a ter também aplicabilidade imediata no que assegura que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de permitir a qualquer dos Estados-partes

⁵⁹ Cf. PIOVESAN, Flávia, *Op. cit.*, p. 98, nota 105.

a supressão do gozo e do exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos...

3. CONCLUSÃO

I - O parágrafo 2.º do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, tem um caráter eminentemente aberto (norma de *fattispecie* aberta), pois dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na Constituição, de outros direitos e garantias provenientes de tratados, revelando o caráter não fechado e não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais. O parágrafo 2.º do art. 5.º da Carta da República, assim, está a admitir que tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro no nível das normas constitucionais, e não no âmbito da legislação ordinária. Se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5.º, § 2.º), é porque está ela própria a autorizar que esses direitos internacionais constantes dos tratados internacionais pelo Brasil ratificados “se incluem” no nosso ordenamento, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. E assim o fazendo, o status do produto normativo convencional não pode ser outro que não o de verdadeira “norma materialmente constitucional”.

II – Os demais tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos, não têm natureza de norma constitucional; terão sim, natureza de norma infraconstitucional, extraída do art. 102, III, b, da Carta Magna de 1988.

III – Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos por nós ratificados, passam a incorporar-se automaticamente em nosso ordenamento, pelo que estatui o § 1.º do art. 5.º da nossa Carta: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez ratificados, por também conterem normas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, terão, dentro do contexto constitucional brasileiro, idêntica aplicação imediata. Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de

“normas constitucionais”, passam os tratados de direitos humanos, pelo mandamento do citado § 1.º do seu art. 5º, a ter aplicabilidade imediata no ordenamento brasileiro, dispensando-se, desta forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. Foi adotado no Brasil o monismo internacionalista kelseniano, dispensando-se da sistemática da incorporação, o decreto executivo Presidencial para seu efetivo cumprimento no ordenamento pátrio, de forma que a simples ratificação do tratado pelo Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna.

IV – Todos os direitos inseridos nos referidos tratados de proteção dos direitos humanos, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, art. 5.º, § 1.º), por serem normas também definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por Emenda à Constituição (CF, art. 60, § 1.º, IV). Essa conclusão se extrai do resultado da interpretação dos §§ 1.º e 2.º, do art. 5.º da Constituição de 1988, em cotejo com o art. 60, § 4.º, IV, da mesma Carta. Isto porque, o §1.º, do art. 5.º. Observe-se que no caso em que estamos tratando a respectiva cláusula pétrea só alcança direitos e garantias individuais e não coletivos. Somente os direitos individuais enunciados por tratados é que são resguardados por cláusulas pétreas e não os coletivos. Se a Constituição permite que os tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento nacional, revestindo-se da natureza de “norma constitucional”, e, dispondo o produto normativo desses tratados sobre direitos e garantias individuais, a outra conclusão não se chega senão a de que, pelo mandamento do § 1.º do art. 5.º, e do § 4.º, IV, do art. 60 da Carta de 1988, após a entrada de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, não há mais sequer uma maneira de se suprimir qualquer dos direitos provenientes daquele produto normativo convencional, nem mesmo através de Emenda à Constituição.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1984 [impressão: 1992].

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

- BARILE, Paolo, CHELI, Enzo & GRASSI, Stefano. Istituzioni di diritto pubblico, 8.^a ed. Padova: CEDAM–Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 3.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 10.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. Curso de direito internacional público, 1.^o Vol. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.
- “Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos”. In: Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, obra cuja qual o autor prefacia. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional, 6.^a ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo, 13.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. “O judiciário brasileiro em face dos direitos humanos”. In: Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate, n.º 2, p. 10-33, jul./dez. 1996 – ano 1 (publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segundo semestre de 1996.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade”. Revista dos Tribunais, n.º 736, p. 503-532, fev. 1997.

- COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. "Da prisão civil por dívida". In: Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, n.º 4, 1.º semestre de 1998.
- DALLARI, Pedro. Constituição e relações exteriores, São Paulo: Saraiva, 1994.
- "Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional". In: Revista especial do Tribunal Regional Federal, 3.ª Região – Escola dos Magistrados – Seminário: incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.
- Comentários à Constituição brasileira de 1988, vol. 1, 2.ª ed., atual. e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio: Forense, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. "A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos". In: Revista dos Tribunais, n.º 710, p. 21-31, dez. 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal, 6.ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar & SMIT, Hans. International law: cases and materials, 3th. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.
- LINDGREN ALVES, José Augusto. Os direitos humanos como tema global. São Paulo: Editora Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor-fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos, 1.ª ed. Campinas: Agá Juris, 1999.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

- Direitos humanos & relações internacionais, 1.^a ed. Campinas: Agá Juris, 2000.
 - “A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”. In: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, ano 1, Vol. 6, p. 26-50. Ribeirão Preto: Nacional de Direito Livraria Editora, junho de 2000.
 - “A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional”. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n.º 53: p. 83-106, jun. 2000
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. In: RICARDO LOBO TORRES (org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio: Renovar, 1999.
- MODUGNO, Franco. I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale. Torino: G. Giappichelli Editore.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, 3.^a ed. (coleção Temas Jurídicos, n.º 3). São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Simpósio sobre imunidades tributárias: conferência inaugural. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, coord., conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998 – (Pesquisas tributárias. Nova série, n.º 4).
- PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público, 3.^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos & AGAZZI, Anna Carla. “Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos

no direito brasileiro — interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988”. In: Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade (Série Estudos n.º 11). São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

PIOVESAN, Flávia. “O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil”. In: Justiça e democracia: revista semestral de informação e debate, n.º 2, p. 109-118, jul./dez. 1996 – ano 1 (publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segundo semestre de 1996.

- Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 3.ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

- Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PINTO FERREIRA. Comentários à Constituição brasileira, 1.º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

- Curso de direito constitucional, 6.ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

REALE, Miguel. “Sentido da Constituição e de sua Reforma”. In: Revista Trimestral de Direito Público – 1. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

REZEK, José Francisco. Direito dos tratados. Rio: Forense, 1984.

- Direito internacional público: curso elementar, 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODAS, João Grandino. Tratados internacionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. “A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro”. In: Revista de Informação Legislativa, n.º 130.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 13.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

- Aplicabilidade das normas constitucionais, 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Tratados ratificados pelo Brasil*. Rio: Freitas Bastos Editora, 1981.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

JURISPRUDENCIA

LAUDO SOBRE EL TRATAMIENTO ARANCELARIO INTRAZONA EN EL MERCOSUR

Amalia Uriondo de Martinoli*

SUMARIO: I. Presentación.- II. La controversia.- III. Tramitación.- IV. El laudo arbitral: 1. Marco hermenéutico. 2. Decisión.- V. Solicitudes de aclaración.- VI. Los principios del proyecto común.

I. PRESENTACIÓN

1. El quinto Tribunal Arbitral "ad hoc" del Mercosur¹ constituido para entender en la controversia sobre "Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo", emitió el 29 de setiembre de 2001 un laudo favorable a Uruguay, resolviendo un tema vital para profundizar el proceso de integración.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ El Tribunal está integrado por los Árbitros Luis Martí Mingarro (Presidente), Atilio Aníbal Alterini (que ya había formado parte del Segundo Tribunal Arbitral) y Ricardo Olivera García, nacionales respectivamente de España, Argentina y Uruguay. La resolución se encuentra publicada en el diario La Ley de 6 de noviembre de 2001.

Con la finalidad de afianzar el principio de la libre circulación de mercaderías en el Mercosur, consagrado por el art. 1 del Tratado de Asunción, se abordan ciertos conceptos claves, por ejemplo: la seguridad y confiabilidad de los certificados de origen, depende del cumplimiento estricto de la normativa Mercosur aplicable y del otorgamiento de las debidas garantías; el respeto de los cauces procesales, porque a través de ellos se tutela la adecuación a los objetivos, fines y principios del Tratado de Asunción; los procedimientos relativos al cuestionamiento de los certificados de origen, emitidos de conformidad con el Reglamento de Origen de las Mercaderías en el Mercado Común del Sur (Dec. N° 6/94), deben ser llevados adelante en forma recíprocamente ecuánime y transparente, con las debidas garantías de defensa para todas las partes involucradas en los respectivos procedimientos; en materia de derecho sancionatorio los principios generales imponen una razonable adecuación o proporcionalidad entre la infracción y la sanción impuesta.

Es dable advertir la ascendencia de los laudos pronunciados por los Tribunales anteriores, en especial, cuando los árbitros retoman la cuestión relativa a la obligatoriedad de las normas dictadas por los órganos con potestad decisoria, a la necesidad de incorporarlas al respectivo ordenamiento interno y al enfoque teleológico de los instrumentos que configuran procesos o mecanismos de integración.

Asimismo, merece señalarse la distinción que hace el Tribunal en cuanto al carácter declarativo o de plena jurisdicción que tienen los laudos, tomando como base la diversa naturaleza de los conflictos. Bajo ese prisma, afirma que si el supuesto controvertido consiste en una infracción cuya corrección depende de un nuevo acto normativo del Estado infractor, el fallo adopta la primera forma; mientras que la segunda se configura ante un acto administrativo específico que contraviene el principio de la libre circulación de mercancías.

II. LA CONTROVERSIA

2. El conflicto se originó por la decisión de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la República Argentina de 23 de enero de 2001, mediante la cual se atribuyó tratamiento arancelario extrazona a las bicicle-

tas fabricadas y exportadas desde el Uruguay a nuestro país. Desde la óptica uruguaya, las medidas adoptadas por cuestiones vinculadas al origen de uno, y en definitiva de todos, los modelos de bicicletas de la empresa Motociclo, S.A. y el procedimiento de selectividad para el control del valor aduanero de dichas mercaderías, constituyen un "total, dilatado e ilegítimo impedimento de acceso a la Argentina de aquellos productos en abierta violación del conjunto normativo del Mercosur".

La parte reclamante considera que se han violado especialmente las Decisiones del CMC: N° 6/94², N° 16/94³, N° 17/94⁴ y N° 22/00⁵; el obje-

² Mediante esta Decisión se aprobó en la reunión de Buenos Aires, el 5 de agosto de 1994, un "Reglamento de origen de las mercaderías en el Mercado Común del Sur", que luego fue complementado por la Decisión CMC N° 23/94 aprobada en la reunión de Ouro Preto de 17 de diciembre de 1994 y que ha sido protocolizada en la ALADI (Octavo Protocolo Adicional al ACE N° 18). Con la finalidad de contar con un régimen de origen que permita diferenciar las mercaderías originarias de la zona para que se beneficien de los tratamientos preferenciales y de no extender el trato diferencial hacia terceros países, el Reglamento "define las normas de origen Mercosur, las disposiciones y las decisiones administrativas a ser aplicadas por los Estados Partes a los efectos de: 1) Calificación y determinación del producto originario; 2) Emisión de los certificados de origen; y 3) Sanciones por adulteración o falsificación de los certificados de origen o por no cumplimiento de los procesos de verificación y control" (art. 1). De acuerdo al ámbito de aplicación, las disposiciones del Reglamento se aplican a los siguientes casos: a) productos que se encuentren en proceso de convergencia hacia el Arancel Externo Común; b) productos sujetos al AEC pero cuyos insumos, partes piezas y componentes están en proceso de convergencia, salvo los casos en que el valor total de los insumos extrazona no supere el porcentaje de 40% del valor FOB total del producto final; c) medidas de política comercial diferentes aplicadas por uno o más Estados Partes; y d) en casos excepcionales a ser decididos por la Comisión de Comercio del Mercosur (Capítulo II). En orden a determinar en forma fehaciente la nacionalidad de los productos intercambiados, el CMC aprobó en el Capítulo III una detallada enunciación de los requisitos de origen que deberán cumplir los productos alcanzados por el régimen general. Las reparticiones oficiales, a ser nominadas por los Estados Partes, son las encargadas de emitir los certificados de origen (Cap. IV). La presentación de dicho certificado en las condiciones establecidas por el Reglamento, no impide iniciar el trámite para dilucidar su autenticidad o veracidad ante la repartición oficial responsable por la verificación y control de los mismos (Cap. VI). El último Capítulo especifica las sanciones que corresponde aplicar cuando se comprobare el incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Reglamento por parte de la entidad habilitada para emitir los certificados de origen

tivo de asegurar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos (art. 1 del Tratado de Asunción); el compromiso de los Estados Parte

o se verifique la falsificación o adulteración de éstos. Entre otras, se prevé que el país receptor de las mercaderías amparadas por dichos certificados podrá adoptar las sanciones que estimare procedentes para preservar su interés fiscal o económico. Se designa a la Comisión de Comercio como el órgano encargado de la administración del Régimen de Origen Mercosur.

³ La Decisión determina el régimen sobre despacho aduanero de mercaderías y está conformada por seis Capítulos. El primero trata del control aduanero de la totalidad de la carga introducida al territorio aduanero del Mercosur por las vías aérea, acuática y terrestre, en sus distintos modos de transporte, inclusive multimodal. El segundo se refiere al control aduanero de la carga destinada a exportación, que sólo podrá efectuarse por los lugares previamente habilitados por la autoridad aduanera. Como se permite que la declaración aduanera de las mercaderías sea hecha en forma simplificada, el tercer Capítulo se ocupa de las disposiciones comunes de las declaraciones simplificadas. El cuarto remite a las disposiciones de los Acuerdos Internacionales suscriptos por los Estados Partes para regular las mercaderías provenientes o destinadas a terceros países en tránsito por el territorio aduanero del Mercosur. El quinto establece que los plazos expresamente previstos se contarán por días corridos; y el último contiene las disposiciones transitorias.

⁴ La Decisión titulada "Normas de aplicación sobre valoración aduanera de las mercaderías", inicia el Capítulo 1 de las Disposiciones Generales, estableciendo que la base imponible (elemento a tener en cuenta para aplicar los derechos aduaneros) para la determinación de los derechos a la importación será el valor en aduana de las mercaderías importadas y se determinará según las normas del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT. Los siguientes Capítulos se refieren a: los procedimientos a seguir en los controles y las decisiones sobre el valor en aduana; los casos especiales; las Disposiciones Transitorias; y las Disposiciones Finales.

⁵ En la Reunión XVIII del CMC realizada en Buenos Aires con fecha 29/6/00, se aprobó la Decisión "Relanzamiento del Mercosur- Acceso a Mercados" ante la necesidad de acordar un plan de trabajo para el tratamiento de las medidas de carácter impositivo, financiero, fiscal, aduanero, administrativo o de otra naturaleza aplicadas por los Estados Partes y que obstaculizan la libre circulación de bienes en el Mercosur. Con el objetivo de eliminar las dificultades que las mismas ocasionan en las corrientes comerciales, se prohíbe a los Estados Partes adoptar ninguna medida restrictiva al comercio recíproco, cualquiera sea su naturaleza, sin perjuicio de lo previsto en el art. 2 literal b) del Anexo I del Tratado de Asunción (definición de restricciones del Programa de Liberación Comercial). El 30 de julio de 2000 cada Estado Parte deberá completar un listado identificando situaciones o las medidas restrictivas aplicadas por los otros Estados Partes que limiten el actual acceso a los mercados. Se encomienda al GMC la definición de los cursos de acción tendientes a eliminar las dificultades generadas en el comercio intrazona o para suprimir las medidas restrictivas al comercio no justificadas por el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI).

de eliminar los gravámenes y demás restricciones aplicadas a su comercio recíproco; y la obligación de suprimir en el ámbito del Mercado Común todas las restricciones no arancelarias al 31 de diciembre de 1994 (Anexo 1 del Tratado de Asunción- Programa de Liberación Comercial, arts. 1 y 10 segundo párr.).

Sobre la base de estas consideraciones, Uruguay solicita al Tribunal que haga lugar al reclamo y ordene a la República Argentina que proceda a declarar absolutamente nulas las medidas referidas y que permita el libre acceso a su mercado interno de las bicicletas exportadas por la firma Motociclo, S.A.

3. Por su parte, Argentina fundamenta su defensa en las argumentaciones siguientes: a) las medidas adoptadas se ajustan al Reglamento de Origen; b) el derecho de verificación justifica abrir un proceso de cuestionamiento del origen de las mercaderías; c) la materia de verificación estuvo adecuadamente acotada; d) hubo apropiada comunicación interinstitucional; e) los procedimientos utilizados no fueron anómalos, ni desviados, ni de intención dilatoria; f) falta de respuesta de Uruguay a las consultas y aclaraciones oportunamente formuladas; g) corresponde realizar la verificación de Certificados de Origen por cuanto los mismos no hacen plena fe respecto a la procedencia de las mercaderías; y h) la autoridad aduanera ha realizado un primer control de valor a los efectos de verificar si el declarado concuerda o no con los usuales para mercancías idénticas y/o similares.

Teniendo en cuenta estas argumentaciones, Argentina niega terminantemente haber incurrido en violación del conjunto normativo del Mercosur. En consecuencia, solicita al Tribunal que rechace la demanda; y a la vez declare que las acciones tomadas con el objeto de ejercer su legítima atribución de control sobre el origen y el valor de las bicicletas exportadas desde Uruguay, respetan fielmente la normativa aplicable a la materia.

III. TRAMITACIÓN

4. Luego de transitar infructuosamente por las etapas de las negociaciones directas- llevadas adelante por los representantes argentinos y uru-

guayos el 3 de noviembre de 2000- y la presentación ante el Grupo Mercado Común, previstas en el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias de 17 de diciembre de 1991⁶, Uruguay notificó al Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM) la decisión de iniciar el procedimiento arbitral contra la República Argentina.

Conviene recordar que el mecanismo para solucionar los conflictos entre los Estados Parte, se pone en funcionamiento cuando existe una "controversia" sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del derecho originario y de las normas derivadas de los órganos con capacidad decisoria (arts. 1 y 21, Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto, respectivamente). Asimismo, que el Tercer Tribunal Arbitral⁷ definió la controversia mediante la disposición que le señala el marco normativo para decidir la misma, especialmente, cuando el art. 19, in fine, remite a " los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia". Con esta base legal, el panel acudió a varias resoluciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que califican la controversia como "un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes".

La discrepancia sobre la aplicación de las medidas que restringen el libre acceso de los productos uruguayos al mercado argentino en abierta violación de las normas del Mercosur, determina claramente la existencia de una controversia en los términos del Protocolo de Brasilia (art. 1), lo cual fundamenta la competencia del Tribunal.

El 23 de julio de 2001 el Tribunal Arbitral Ad Hoc quedó constituido, instalado y en funciones en la ciudad de Asunción del Paraguay⁸. Durante

⁶ Cabe anotar que a partir de la entrada en vigencia del "Protocolo de Olivos" -aprobado en la XXIV Reunión del GMC realizada en Buenos Aires el 18 de febrero de 2002- quedará derogado el sistema establecido por el Protocolo de Brasilia y su Reglamento. En el nuevo instrumento, la intervención del GMC deja de ser obligatoria para transformarse en un procedimiento optativo para los Estados Parte en la controversia (art. 6.2).

⁷ El Tribunal se constituyó el 30 de diciembre de 1999 para resolver la controversia entre Argentina y Brasil relativa a la "Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (Res. 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos)".

⁸ En virtud de la Decisión N° 28/94 del CMC se elige la ciudad de Asunción del Paraguay como lugar de actuación de los Tribunales Ad Hoc del Protocolo de Brasilia.

la sesión constitutiva, los integrantes eligieron de común acuerdo al árbitro encargado de presidirlo y adoptaron sus reglas de procedimiento (art. 15 del Protocolo de Brasilia y art. 20 del Reglamento⁹). En esa misma fecha, resolvieron hacer uso de la prórroga de treinta (30) días para expedirse, notificando esta decisión a las Partes, de conformidad con lo establecido por el Protocolo y su Reglamento (arts. 20 y 21, respectivamente).

Cumplidas las exigencias rituales que requiere la integración del panel arbitral, establecidas por el Protocolo -los árbitros deben figurar en las listas registradas en la SAM¹⁰- y el Reglamento -aceptación del cargo, firma y entrega de la declaración jurada al Director de la Secretaría¹¹- y una vez designados los representantes de las partes, se abrió un trámite inicial de reclamación y contestación. Finalizadas las alegaciones escritas, los contendientes tuvieron la oportunidad de presentar las pruebas documentales y testimoniales, descartándose la prueba pericial ofrecida por la República Oriental del Uruguay.

En la audiencia celebrada el 10 de setiembre de 2001, las partes y sus abogados presentaron los fundamentos de hecho y de derecho de sus respectivas posiciones. Terminada la instancia de las alegaciones orales, se confirió a los representantes de los litigantes un plazo adicional para la presentación de resúmenes escritos.

IV. EL LAUDO ARBITRAL

1. Marco hermenéutico

5. Antes de entrar a resolver la controversia planteada, el Tribunal aborda cuestiones de singular importancia para avanzar y profundizar el proceso

⁹ Decisión CMC 17/98.

¹⁰ Conforme al art. 10 del Protocolo de Brasilia cada Estado Parte designará diez árbitros, los que integrarán una lista que quedará registrada en la SAM.

¹¹ En la declaración jurada los postulantes manifiestan lo siguiente: no haber intervenido en cualquier fase anterior del procedimiento; poseer independencia con relación a los gobiernos de los Estados Partes; carecer de interés en la controversia; mantener la confidencialidad de las informaciones recogidas durante la diligencia, del contenido de su voto y del laudo arbitral; juzgar con independencia, honestidad e imparcialidad; no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de las partes; y no recibir remuneración alguna relativa a la actuación, con excepción de los gastos que ésta ocasione y de la compensación pecuniaria del Presidente del Tribunal (art. 16).

de integración: la obligatoriedad de las fuentes jurídicas del Mercosur, la interpretación y aplicabilidad de las mismas.

La enumeración que hace el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto comprende el derecho originario, constituido por las normas de los tratados y sus anexos, y los acuerdos entre los Estados concluidos dentro de su marco; y el derecho derivado, formado por el conjunto de normas dictadas por los órganos de naturaleza intergubernamental que gozan de capacidad decisoria (decisiones del CMC, resoluciones del GMC y las directivas de la CCM). Nuevamente se pone de relieve la distinción entre el carácter obligatorio de dicha normativa y la efectividad de tal carácter. En efecto, el Protocolo citado trata separadamente ambos aspectos, por un lado, proclama en forma general la obligatoriedad de esa normativa, pues los Estados Parte deben "adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur" (art. 38); y por el otro, exige su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país, sólo cuando sea necesario (art. 42).

El laudo reafirma la obligatoriedad del orden normativo creado por las Partes, al señalar que la circunstancia de que ciertas normas requieran de implementación posterior "no significa que ellas sean ineficaces, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos".

La importancia que reviste la incorporación de las disposiciones del ordenamiento regional al derecho interno de los Estados Parte para la consolidación de la Unión Aduanera, determinó que el CMC - Reunión XVIII celebrada en Buenos Aires el 29/VI/00- se ocupara del problema y dictara la Dec. 23/00¹². En el art. 5 se enumeran los supuestos en los que no será necesario cumplir el requisito de la transposición: a) cuando los Estados Parte entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del Mercosur; y b) cuando el contenido de la disposición ya estuviera contemplado en las legislaciones nacio-

¹² La crítica a la decisión puede verse en PEROTTI, Alejandro, "Algunas precisiones de cuándo resulta necesario incorporar la norma Mercosur", *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 5-Nº4-agosto de 2001, p. 191.

nales. En este caso, corresponde a la Coordinación Nacional del GMC realizar la notificación a la Secretaría Administrativa del Mercosur dentro del plazo previsto para la incorporación, indicando la norma nacional ya existente que incluya el contenido de la disposición regional en cuestión. La SAM comunicará este hecho a los demás Estados Parte¹³.

6. Además de sentar el principio de obligatoriedad, el fallo proporciona la directriz de interpretación del sistema normativo del Mercosur. Los árbitros enmarcan sus reflexiones dentro de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, pues señalan que se trata de una obligación asumida por los Estados Parte en el Tratado de Asunción modificado por el Protocolo Adicional de Ouro Preto que debe ser acatada de conformidad al principio de Derecho Internacional Público *pacta sunt servanda*, consagrado por el art. 26 de la misma Convención que expresa: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". De igual modo, las obligaciones han de ser analizadas e interpretadas, "teniendo en cuenta su objeto y fin" (art. 31.1). La labor interpretativa, entonces, parte del texto de los instrumentos internacionales y del conjunto normativo que forman, pero bajo la luz de los objetivos y principios propios de un proceso de integración en plena evolución¹⁴. En efecto, la naturaleza de estos tratados va más allá de la simple cooperación entre los Estados, están dirigidos a consolidar un espacio económico para "mejorar las condiciones de vida de sus habitantes"¹⁵, siendo éste el sentido hacia donde debe encauzarse la actividad legislativa de los órganos institucionales y la aplicación efectiva de la normativa.

Ello implica que se debe promover la eliminación de las barreras del comercio entre los miembros del Mercosur, porque constituye el objeto y fin de los acuerdos destinados a completar una unión aduanera. La aplicación del sistema del Tratado de Asunción debe realizarse, también, "desde

¹³ Conf. art. 40 (i) POP y art. 2 de la Dec. 23/00.

¹⁴ Conf. Considerando 57 del primer laudo de 28 de abril de 1999 dictado para resolver el conflicto entre Argentina y Brasil sobre "Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (SECEX) Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco".

¹⁵ Preámbulo del Tratado de Asunción de 1991.

una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional" (Protocolo de Brasilia, art. 19). Dicha referencia, se traduce en la necesidad de coordinar las políticas del bloque con las reglas de la OMC que rigen el comercio internacional.

7. Una vez diseñado el encuadre hermenéutico, el Tribunal desglosa el litigio a resolver en tres cuestiones: a) Alcance del conflicto sobre el origen; b) El valor del certificado de origen emitido por Uruguay; y c) Potestad sancionatoria de las autoridades argentinas.

a) La primera cuestión tiene como objetivo dilucidar si la inspección técnica realizada por la Administración Nacional de Aduana de la República Argentina respecto a la autenticidad y veracidad del certificado de origen de las bicicletas modelo Zeta -objeto de la extracción de muestras el 19 de abril de 2000- puede ser extendida a toda la mercadería exportada por la empresa Motociclo S.A. El Tribunal delimita el alcance del conflicto sobre el origen de las mercaderías exportadas por Uruguay sólo a ese modelo de bicicleta, razón por la cual considera que la resolución de 23 de enero de 2001 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de Argentina que terminó aplicando el tratamiento arancelario extrazona a toda la mercadería exportada por dicha empresa, contradice las normas del Reglamento de Origen.

Como estas disposiciones no prevén un procedimiento de impugnación genérico a toda la actividad de una empresa sino que el procedimiento está referido al origen de una mercadería en particular, se rechazó la posibilidad de extender unilateralmente la actividad indagatoria y la imposición de sanciones a otras exportaciones (bicicletas y demás mercaderías) realizadas por la empresa Motociclo S.A., a la República Argentina.

b) En orden a juzgar el valor del certificado de origen emitido por el país exportador, el Tribunal relaciona la veracidad del certificado de origen con la carga de la prueba. El certificado de origen emitido por la Entidad Certificante del Uruguay (Cámara de Industrias) que confiere origen uruguayo a las bicicletas modelo Zeta, establece una presunción relativa ("juris tantum"). En consecuencia, compete al país importador probar la falta de veracidad del certificado a través de la repartición oficial responsa-

ble por la verificación y control de los certificados de origen del Uruguay. Habida cuenta que Argentina prescindió de los procedimientos establecidos en el Reglamento de Origen, se declaró la invalidez del resultado de la verificación de origen de la mercadería realizado directamente a través de la firma exportadora.

De igual forma, se reconoció el derecho de la empresa Motociclo S.A. a exportar no sólo las bicicletas modelo Zeta sino todas las bicicletas como mercaderías de Origen Mercosur, resultando improcedente su tratamiento como mercadería extrazona. La decisión se sustenta en la ausencia de pruebas concluyentes aportadas por la parte demandada, que acrediten que la empresa realiza una actividad limitada al mero ensamblado y que los porcentajes de valor de los componentes provenientes de extrazona superan los establecidos por el Reglamento de Origen para los productos de origen regional.

c) La tercera cuestión gira en torno a las sanciones previstas en el Reglamento de Origen y a la resolución de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la República Argentina de 23 de enero de 2001. El art. 22 del Reglamento autoriza al país receptor de las mercaderías a adoptar las sanciones que estime procedente para preservar su interés fiscal o económico, cuando se comprobare que los certificados emitidos por la entidad habilitada no se ajustan a las disposiciones del mismo o a sus normas complementarias o se verifique la falsificación o adulteración de certificados de origen.

Al analizar el alcance de la potestad sancionatoria de las autoridades argentinas, el Tribunal insiste en la necesidad de canalizar a través de la repartición oficial responsable por la verificación y control de los certificados de origen del Estado exportador, la solicitud de información adicional, la realización de visitas o la realización de otros procedimientos a ser desarrollados ante la empresa exportadora. Por lo tanto, rechaza la posibilidad de llevar a cabo actividades indagatorias directas con el exportador respecto a la veracidad de los certificados de origen.

Al mismo tiempo, se subraya la obligación de la parte que desconoce los efectos del certificado de origen que proclama la condición uruguaya de

tales mercancías, de acompañar su declaración con prueba fehaciente que permita destruir la presunción de veracidad del certificado. Ello significa que el importador debe aportar elementos probatorios que confirmen la falta de autenticidad o veracidad del certificado de origen de las bicicletas, a los efectos de justificar la aplicación de las sanciones.

A juicio del panel, las discordancias sobre el origen de ciertos insumos que surgen de la comparación del informe del Instituto Nacional de Tecnología Industrial con la declaración formulada por la empresa uruguaya ante la Administración Nacional de Aduanas de Argentina, no prueban sustancialmente que influyan en la atribución de origen Mercosur a las mercaderías bajo análisis. Tal conclusión lo lleva a sostener que las bicicletas producidas por Motociclo S.A. tienen componentes extrazona, pero también consta la existencia de un proceso productivo de carácter fabril. Por consiguiente, las discordancias señaladas no pueden dar lugar a las consecuencias punitivas aplicadas por la República Argentina.

2. Decisión

8. En la visión del Tribunal, la conducta de la autoridad aduanera argentina para desconocer el valor del certificado de origen emitido por la Entidad Certificante del Uruguay, revela una desviación material y procesal del conjunto normativo del Mercosur. La primera, se produce al extender el ámbito de las investigaciones más allá del supuesto que inicialmente la desencadenaba; y la segunda, se manifiesta por la utilización de vías diferentes a las previstas en la norma para canalizar esa indebida extensión del objeto. Ante esta situación, manifiesta la imposibilidad de extender unilateralmente la actividad indagatoria y la imposición de sanciones a otras exportaciones que no se encuentran formalmente comprendidas en el conflicto.

De allí que, al estimar que se ha producido una restricción indebida e injustificada de la libre circulación de mercancías en el ámbito del Mercosur, el Tribunal Arbitral decide por unanimidad: a) revocar y dejar sin efecto la resolución de la República Argentina comunicada con fecha 23 de enero de 2001, por la cual se aplica tratamiento arancelario extrazona a las mercaderías exportadas por la empresa Motociclo S.A.; b) Informar a la República

Argentina que deberá permitir el libre acceso al mercado interno, como mercadería intrazona a las bicicletas exportadas desde Uruguay por la empresa Motociclo S.A. que tengan certificados de origen de dicho país; y c) Mantener incólume la posibilidad de la República Argentina para que en futuros certificados de origen, pueda utilizar los procedimientos de verificación establecidos en el Reglamento de Origen.

V. SOLICITUDES DE ACLARACIÓN

9. El Protocolo de Brasilia dictamina que los decisorios son inapelables, obligatorios para los Estados Parte en la controversia y tiene respecto de ellos fuerza de cosa juzgada (art. 21). Solamente autoriza a los Estados partes en la controversia a solicitar una aclaración de los mismos o una interpretación sobre la forma en que deberán cumplirse (art. 22)¹⁶. Dentro de los quince días de la notificación del fallo, las partes intervinientes en el conflicto formularon ante el órgano arbitral sendas solicitudes aclaratorias sobre las que se expidió el 6 de noviembre de 2001.

Las aclaraciones solicitadas por la República Argentina se basan en los siguientes aspectos: a) referencia genérica sobre el incumplimiento del Reglamento de Origen Mercosur, sin especificar las prescripciones en las que se basa dicha afirmación; b) imputación de orfandad probatoria, aunque se omite considerar la extensa y conducente prueba ofrecida y producida; y c) revocación de una norma de derecho interno, siendo ésta una facultad reservada al mismo Estado que aplicó la medida.

¹⁶ Otra de las novedades introducidas por el Protocolo de Olivos de 18 de febrero de 2002, es la institución de un Tribunal Permanente de Revisión, ante el cual se podrá interponer un recurso de revisión contra el laudo emitido por el Tribunal Arbitral Ad Hoc. En este caso, el recurso estará limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el fallo anterior (art. 17. 1 y 2). El Tribunal Permanente de Revisión podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del órgano arbitral, revistiendo la decisión que dicte carácter definitivo (art. 22). No obstante, el Protocolo permite que una vez concluida la etapa de las negociaciones directas, las partes puedan acordar expresamente someterse directamente y en única instancia a dicho Tribunal, supuesto en el cual sus laudos serán obligatorios a partir de la respectiva notificación (art. 23).

Una vez delimitado el objetivo del trámite planteado –aclaratorio e interpretativo- el Tribunal responde cada uno de los puntos cuestionados: a) el dictamen se funda en los arts. 18 y 21 del Reglamento que deslegitiman la utilización de las vías directas con la empresa exportadora para despejar dudas sobre la autenticidad o veracidad del certificado de origen, así como la proyección de esas investigaciones hacia el origen de mercaderías no comprendidas en la cobertura de la indagación primigenia; b) la prueba documental y la testimonial aportada no revisten entidad suficiente para atribuir a las bicicletas el carácter de mercancía extrazona; y c) el respeto a la capacidad soberana de los Estados para dictar sus propias normas en los términos limitados por el derecho originario, no obsta considerar que la resolución de 23 de enero de 2001 es un acto administrativo sin valor generalizador ni rango normativo que “contraviene directa y palmariamente un principio básico del Tratado de Asunción como es la libre circulación de mercancías”. El Tribunal estima que la revocación del acto concreto y el mantenimiento de los bloques normativos concernidos, se apoyan en la necesidad de preservar la primacía y el efecto directo del ordenamiento jurídico Mercosur.

Por su lado, la representación de Uruguay presentó solicitud de aclaración e interpretación sobre el modo en que debe cumplirse el laudo arbitral, específicamente, el alcance de la expresión que la mercancía importada que ingresa a la Argentina como intrazona, pueda dar lugar a la aplicación “en condiciones no discriminatorias” de las normas de valoración a efectos de la tributación interior que en su caso resultare procedente.

Si bien el Tribunal entiende que la prohibición de la aplicación de normas internas en condiciones no discriminatorias constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico del Mercosur (art. 1 del Tratado de Asunción), el respeto a todo el conjunto normativo de la República Argentina, a su estatuto orgánico y a su facultad soberana de darle aplicación, le impiden emitir un pronunciamiento genérico sobre las condiciones no discriminatorias en las que dicho país pueda en su caso aplicar las normas de valoración que entienda pertinente.

VI. LOS PRINCIPIOS DEL PROYECTO COMÚN

10. Tal como lo adelantáramos al comienzo del comentario, el Tribunal se ha preocupado en poner de resalto el espíritu del Mercosur de favorecer y estimular las relaciones comerciales entre los Estados Partes, sentando importantes criterios relativos a la correcta aplicación de su marco jurídico. A tal efecto, se destacaron las siguientes cuestiones:

a) la necesidad de aportar pruebas concluyentes que permitan determinar que la actividad productiva consiste solamente en simples montajes o ensamblajes; y que el porcentaje de materiales o insumos extrazona empleados en el proceso de fabricación supera el máximo establecido por el Reglamento de Origen;

b) la obligación de ajustar el procedimiento para desvirtuar la presunción de autenticidad del certificado de origen de la mercadería comercializada entre los Estados Miembros del Mercosur, al previsto en el citado Reglamento;

c) la exigencia de encauzar la solicitud de información adicional, la realización de visitas y todo otro trámite tendiente a verificar el origen de la mercadería, a través de la repartición oficial responsable de verificar y controlar los respectivos certificados de origen;

d) la responsabilidad del país importador de mercadería comercializada dentro del espacio integrado, de aportar elementos de convicción suficiente que permitan probar la falta de veracidad del certificado de origen;

f) la observancia de la forma en que debe llevarse adelante los procedimientos relativos al cuestionamiento de los certificados de origen;

g) el respeto de las garantías de defensa para todas las partes involucradas en los respectivos procedimientos;

h) la carga de informar todas las actuaciones a la repartición oficial responsable de verificar y controlar los certificados de origen del Estado exportador;

i) la invalidación de las actividades indagatorias directas con la empresa exportadora respecto a la veracidad de tales certificados; y

j) el acatamiento de los Estados Miembros a los cauces procesales es una condición especialmente exigible en un proceso de integración.

Resulta altamente positivo que la instancia jurídica más alta del Mercosur, nuevamente llame la atención a los Estados Parte sobre la imposibilidad de aplicar medidas restrictivas al comercio recíproco, contrariando los principios y fines mismos del Tratado de Asunción. Ese llamado de atención adquiere mayor relevancia en tiempos conflictivos como los que está atravesando nuestro país, porque es de esperar que las recurrentes crisis económicas de algunos de sus miembros no puedan convertirse en un lastre tan pesado que haga zozobrar un proyecto de esta envergadura.

LEGISLACIÓN

CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA REPUBLICA ARGENTINA PERIODO 30-04-2000 al 31-10-2001

Sistematización a cargo de María Alejandra Sticca

SUMARIO: 1- Comercio Internacional - 2- Comunicaciones y Transporte - 3- Cooperación Cultural, Científica, Técnica, Económica, Financiera, Industrial y Comercial - 4- Cooperación Fronteriza - 5- Cursos de Aguas Internacionales - 6- Derecho Aéreo y Espacial - 7- Derecho Diplomático y Consular - 8- Derecho Fiscal - 9- Derecho Humanitario - 10- Derechos Humanos - 11- Derecho Internacional Penal - 12- Derecho Internacional Privado - 13- Derecho Laboral y Social - 14- Derecho Marítimo - 15- Energía y Materiales Nucleares - 16- Extradición - 17- Integración - 18- Medio Ambiente - 19- Migraciones - 20- Organizaciones y Asociaciones Internacionales y Regionales - 21- Paz y Seguridad - 22- Pesca - 23- Prevención y Represión del Tráfico de Estupefacientes - 24- Sanidad - 25- Turismo - 26- Otras disposiciones legales de la República Argentina de interés para el Derecho Internacional.

1- COMERCIO INTERNACIONAL

Ley 25.278 Apruébase el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a ciertos Plaguicidas y

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional, adoptado en Róterdam – Reino de los Países Bajos – el 10/09/1998.
Sanción: 06/07/2000 Promulgación de Hecho: 31/07/2000 BO: 03/08/2000

Ley 25.350 Apruébase el Acuerdo entre la República Argentina y la República de Guatemala para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, suscripto en Buenos Aires, el 21/04/1998.
Sanción: 01/11/2000 Promulgación de Hecho: 29/11/2000 BO: 06/12/2000

Ley 25.351 Apruébase el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Nicaragua para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscripto en Buenos Aires, el 10/08/1998.
Sanción: 01/11/2000 Promulgación de Hecho: 29/11/2000 BO: 06/12/2000

Ley 25.352 Apruébase el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Sudáfrica sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscripto en Buenos Aires, el 23/07/1998.
Sanción: 01/11/2000 Promulgación de Hecho: 29/11/2000 BO: 11/12/2000

Ley 25.353 Apruébase el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscripto en Moscú – Federación de Rusia – el 25/06/1998.
Sanción: 01/11/2000 Promulgación: 15/11/2000 BO: 20/11/2000

2- COMUNICACIONES Y TRANSPORTE

Ley 25.470 Procedimiento de sanción a infracciones a la Ley N° 24.992 (Enmiendas al Convenio Constitutivo y al Acuerdo de Explotación de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas por Satélite (INMARSAT), adoptadas en Londres el 19/01/1989.
Sanción: 18/09/2001 Promulgación de hecho: 12/10/2001 BO: 17/10/2001

3- COOPERACIÓN CULTURAL, CIENTÍFICA, TÉCNICA,
ECONÓMICA, FINANCIERA, INDUSTRIAL Y COMERCIAL

- Ley 25.254 Apruébase el Convenio de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Italiana, suscripto en Buenos Aires, el 06/04/1998.
Sanción: 05/2000 Promulgación de hecho: 25/07/2000 BO: 31/07/2000
- Ley 25.258 Apruébase el Convenio sobre Reconocimiento de Certificados de Estudios Completos de Educación Básica y Media o sus Denominaciones equivalentes entre la República Argentina y la República de Venezuela, suscripto en Buenos Aires, el 17/06/1998.
Sanción: 15/06/2000 Promulgación de hecho: 21/07/2000 BO: 27/07/2000
- Ley 25.259 Apruébase el Convenio de Cooperación Cultural y Educativo entre la República Argentina y la República de Armenia, suscripto en Ereván, República de Armenia, el 30/06/1998.
Sanción: 15/06/2000 Promulgación de hecho: 21/07/2000 BO: 27/07/2000
- Ley 25.262 Apruébase el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Ucrania en materia de Cooperación Científica y Técnica, suscripto en Kiev, Ucrania, el 29/06/1998.
Sanción: 15/06/2000 Promulgación de hecho: 21/07/2000 BO: 28/07/2000
- Ley 25.277 Apruébase el Acuerdo de Cooperación en Agricultura y Agroindustria entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam, suscripto en Hanoi, República Socialista de Vietnam, el 17/02/1997.
Sanción: 06/07/2000 Promulgación de Hecho: 31/07/2000 BO: 03/08/2000
- Ley 25.349 Apruébase el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Zimbabwe sobre Cooperación Económica y Comercial, suscripto en Buenos Aires, el 13/09/1999.
Sanción: 01/11/2000 Promulgación de Hecho: 29/11/2000 BO: 05/12/2000
- Ley 25.359 Apruébase el Convenio de Cooperación Educativa entre la República Argentina y la República de Cuba, suscripto en Buenos Aires, el 25/11/1998.
Sanción: 01/11/2000 Promulgación de Hecho: 01/12/2000 BO: 12/12/2000

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

- Ley 25.385 Apruébase el Acuerdo suscrito con el Nordic Investment Bank, en Cartagena de Indias, República de Colombia, el 17/03/1998.
Sanción: 30/11/2000 Promulgación de Hecho: 08/01/2001 BO: 11/01/2001
- Ley 25.428 Apruébase el Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica suscrito con la Comunidad Europea, en Bruselas, el 20/09/1999.
Sanción: 18/04/2001 Promulgación de Hecho: 23/05/2001 BO: 29/05/2001
- Ley 25.439 Apruébase un Acuerdo de Cooperación Económico – Comercial suscrito con el Gobierno de la República Checa en Praga, República Checa, el 21/12/1999.
Sanción: 20/06/2001 Promulgación de hecho: 13/07/2001 BO: 20/07/2001.

4- COOPERACIÓN FRONTERIZA

- Ley 25.253 Apruébase el Acuerdo entre la República Argentina y la República de Bolivia sobre Controles Integrados de Frontera, suscrito en Buenos Aires, el 16/02/1888.
Sanción: 18/05/2000 Promulgación de Hecho: 25/07/2000 BO: 31/07/2000

5- CURSOS DE AGUAS INTERNACIONALES

6- DERECHO AÉREO Y ESPACIAL

- Ley 25.397 Apruébase el Acuerdo suscrito por los Gobiernos de la República Argentina y de Malasia, sobre Servicios Aéreos entre sus respectivos territorios y más allá, en Kuala Lumpur – Reino de Malasia – 23/08/1996.
Sanción: 07/12/2000 Promulgación de Hecho: 08/01/2001 BO: 15/01/2001

7- DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR

8- DERECHO FISCAL

- Ley 25.332 Apruébase el Protocolo Relativo al Convenio del 13/07/1978 entre la República Argentina y la República Federal de Alemania para Evitar

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

la Doble Imposición con respecto a los Impuestos sobre la Renta y el Capital suscripto en Buenos Aires, el 16/09/1996.

Sanción: 05/10/2000 Promulgación de Hecho: 09/11/2000 BO: 14/11/2000

Ley 25.396 Apruébase el Protocolo Modificador del Convenio suscripto con la República Italiana para Evitar la Doble Imposición en Materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y Prevenir la Evasión Fiscal, en Bolonia, el 03/12/1997.

Sanción: 07/12/2000 Promulgación de Hecho: 08/01/2001 BO: 15/01/2001

Ley 25.398 Apruébase el Acuerdo suscripto entre los Gobiernos de la República Argentina y la República de Malasia para la Exención Recíproca en materia de Impuestos sobre la Renta Proveniente de la Operación de Buques y Aeronaves en el Transporte Internacional, en Buenos Aires, el 03/10/1997.

Sanción: 07/12/2000 Promulgación de Hecho: 08/01/2001 BO: 16/01/2001

Ley 25.461 Apruébase el Convenio suscripto con el Reino de Noruega para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Capital, en Buenos Aires, el 08/10/1997.

Sanción: 15/08/2001 Promulgación de Hecho: 10/09/2001 BO: 13/09/2001

9- DERECHO HUMANITARIO

10- DERECHOS HUMANOS

11- DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Ley 25.305 Apruébase el Convenio entre la República Argentina y la República de Panamá sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, en Buenos Aires, el 20/08/1997.

Sanción: 07/09/2000 Promulgación de Hecho: 06/10/2000 BO: 13/10/2000

Ley 25.306 Apruébase el Tratado sobre Traslado de Condenados entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, suscripto en Buenos Aires el 11/09/1998 y el Acuerdo Modificador al Tratado sobre Traslado de Condenados entre la República Argentina y la

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

República Federativa del Brasil del 11/09/1998 suscripto en Brasilia, República Federativa del Brasil, el 15/01/1999.

Sanción: 07/09/2000 Promulgación de Hecho: 06/10/2000 BO: 13/10/2000

Ley 25.307 Apruébase el Acuerdo de Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y la República del Perú, suscripto en Lima, República del Perú, el 09/02/1999.

Sanción: 07/09/2000 Promulgación de Hecho: 06/10/2000 BO: 13/10/2000

Ley 25.319 Apruébase la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, suscripta en París, República Francesa, el 17/12/1997.

Sanción: 07/09/2000 Promulgación de Hecho: 06/10/2000 BO: 18/10/2000

Ley 25.348 Apruébase el Acuerdo de Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y la República de Colombia, suscripto en Buenos Aires, el 03/04/1997.

Sanción: 01/11/2000 Promulgación de hecho: 29/11/2000 BO: 05/12/2000

Ley 25.460 Apruébase el Tratado de Asistencia Mutua Penal suscripto con el Gobierno de Canadá, en Buenos Aires, el 12/01/2000.

Sanción: 15/08/2001 Promulgación de Hecho: 10/09/2001 BO: 12/09/2001

12- DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ley 25.257 Apruébase la Convención del UNIDROIT sobre Objetos Culturales Robados o Exportados Ilegalmente, adoptada en Roma, República Italiana, el 24/06/1995.

Sanción: 15/06/2000 Promulgación de Hecho: 21/07/2000 BO: 26/07/2000

Ley 25.327 Modificación del art. 2º de la Ley Nº 16.569 referida a los hijos de argentinos nacidos en el extranjero durante el exilio político de los padres.

Sanción 05/10/2000 Promulgación de Hecho: 09/11/2000 BO: 13/11/2000

Ley 25.358 Apruébase la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores adoptada en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 15/07/1989.

Sanción: 01/11/2000 Promulgación de Hecho: 29/11/2000 BO: 12/12/2000

13- DERECHO LABORAL Y SOCIAL

- Ley 25.255 Apruébase el Convenio sobre la Protección de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, 1999 (182) adoptado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.
Sanción: 07/06/2000 Promulgación de Hecho: 20/07/2000 BO: 26/07/2000
- Decreto 659/2000 Apruébase el Modelo de Carta Convenio para el Programa de Certificación de Competencias Laborales, a suscribirse entre diversas asociaciones y organizaciones sindicales ejecutores de dicho programa y el Banco Interamericano de Desarrollo.
Buenos Aires 01/08/2000 BO: 11/08/2000

14- DERECHO MARÍTIMO

- Ley 25.290 Apruébase el Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, adoptado en Nueva York, EE.UU., el 04/12/1995.
Sanción: 13/07/2000 Promulgación de Hecho: 14/08/2000 BO: 17/08/2000

15- ENERGÍA Y MATERIALES NUCLEARES

- Ley 25.285 Apruébase el Acuerdo sobre Cooperación en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Armenia, suscripto en Ereván, República de Armenia, el 30/06/1998.
Sanción: 13/07/2000 Promulgación de Hecho: 06/12/2000 BO: 13/12/2000
- Ley 25.286 Apruébase el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Helénica sobre Cooperación en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear, suscripto en Atenas, República Helénica, el 17/07/1997.
Sanción: 13/07/2000 Promulgación de Hecho: 06/12/2000 BO: 13/12/2000

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

- Ley 25.313 Apruébase el Protocolo de Enmienda de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares y la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, adoptados en Viena, República de Austria, el 12/09/1997.
Sanción: 07/09/2000 Promulgación de Hecho: 06/10/2000 BO: 18/10/2000
- Ley 25.382 Apruébase el Memorándum de Entendimiento en materia de Hidrocarburos suscripto por los Gobiernos de la República Argentina y la República de Guatemala, en Buenos Aires, el 21/04/1998.
Sanción: 30/11/2000 Promulgación de Hecho: 08/01/2001 BO: 11/01/2001

16- EXTRADICIÓN

- Ley 25.302 Apruébase el Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República del Paraguay, suscripto en Buenos Aires, el 25/10/1996.
Sanción: 07/09/2000 Promulgación de Hecho: 06/10/2000 BO: 12/10/2000
- Ley 25.303 Apruébase el Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República de Corea, suscripto en Buenos Aires, el 30/08/1995.
Sanción: 07/09/2000 Promulgación de Hecho: 06/10/2000 BO: 12/10/2000

17- INTEGRACIÓN

- Ley 25.407 Apruébase el Protocolo de San Luis en materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR suscripto por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, en San Luis, el 25/06/1996 y su fe de erratas.
Sanción: 07/03/2001 Promulgación: 04/04/2001 BO: 09/04/2001

18- MEDIO AMBIENTE

- Ley 25.260 Apruébase el Anexo V del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, Protección y Gestión de Zonas, adoptado en Bonn, República Federal de Alemania, el 18/10/1991.
Sanción: 15/06/2000 Promulgación de Hecho: 21/07/2000 BO: 27/07/2000

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

- Ley 25.263 Régimen de Recolección de Recursos Vivos Marinos en el Área de Aplicación de la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA) Jurisdicción y Ámbito de Aplicación. Funciones del Consejo Federal Pesquero, la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación y la Prefectura Naval Argentina. Fondo para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos. Fondo CCRVMA. Publicidad de las Medidas de Conservación de la CCRVMA. Límites de Captura. Monitoreo satelital de Buques. Sanciones. Recursos. Presunciones. Investigación y Observación Científica de Conformidad con la CCRVMA.
Sanción: 15/06/2000 Promulgación Parcialmente: 20/07/2000 BO: 25/07/2000
- Ley 25.335 Apruébanse las Enmiendas a los art. 6º y 7º de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, Ramsar 1971, adoptadas por la Conferencia Extraordinaria de las Partes Contratantes en la ciudad de Regina (Provincia de Saskatchewan) Canadá, el 28/05/1987.
Sanción: 05/10/2000 Promulgación de Hecho: 09/11/2000 BO: 15/11/2000
- Ley 25.337 Apruébase la Enmienda al Art. XI, párrafo 3, subpárrafo a) de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, adoptada en Bonn – República Federal de Alemania- el 22/06/1979.
Sanción: 05/10/2000 Promulgación de Hecho: 09/11/2000 BO: 16/11/2000.
- Ley 25.388 Apruébase el Acuerdo de Cooperación en Materia de Protección Ambiental suscripto con la República Tunecina, en Buenos Aires, el 25/03/1997.
Sanción: 30/11/2000 Promulgación de Hecho: 08/01/2001 BO: 12/01/2001
- Ley 25.389 Apruébase las Enmiendas al Protocolo de Montreal relativo a Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, adoptadas en Montreal, Canadá, el 17/09/1997.
Sanción: 30/11/2000 Promulgación de Hecho: 08/01/2001 BO: 12/01/2001
- Ley 25.438 Apruébase el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptado en Kyoto, Japón, el 11/12/1997.
Sanción: 20/06/2001 Promulgación de Hecho: 13/07/2001 BO: 19/07/2001

19- MIGRACIONES

- Ley 25.318 Apruébase el Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia, suscrito en Buenos Aires, el 16/12/1999.
Sanción: 07/09/2000 Promulgación de Hecho: 06/10/2000 BO: 18/10/2000

20- ORGANIZACIONES Y ASOCIACIONES INTERNACIONALES Y REGIONALES

- Ley 25.330 Apruébase la Modificación de los Art. 24 y 25 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la 51ª Asamblea Mundial de la Salud, el 16/05/1998.
Sanción: 05/10/2000 Promulgación de Hecho: 09/11/2000 BO: 13/11/2000
- Ley 25.333 Apruébanse los Estatutos del Consejo Iberoamericano del Deporte, adoptados en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 04/08/1994.
Sanción: 05/10/2000 Promulgación de Hecho: 11/11/2000 BO: 15/11/2000
- Ley 25.338 Apruébase el Quinto Protocolo Adicional a la Constitución de la Unión Postal Universal; el Reglamento General de la UPU; el Convenio Postal Universal; el Acuerdo relativo a Encomiendas (Paquetes y Bultos) Postales; el Acuerdo relativo a Giros Postales; el Acuerdo relativo al Servicio de Cheques Postales y el Acuerdo relativo a envíos contra Reembolso, adoptados por el XXI Congreso de la UPU en Seúl – República de Corea – el 14/09/1994.
Sanción: 05/10/2000 Promulgación de Hecho: 09/11/2000 BO: 28/11/2000.
- Ley 25.354 Apruébase la Enmienda al Artículo XIII del Convenio Constitutivo de la Unión Latina, en París, República Francesa, el 07/12/1994.
Sanción: 01/11/2000 Promulgación de hecho: 29/11/2000 BO: 07/12/2000
- Ley 25.395 Apruébase la Cuarta Enmienda del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, adoptada por la Asamblea de Gobernadores por res. 52-4 aprobada el 23/09/1997.
Sanción: 07/12/2000 Promulgación de Hecho: 08/01/2001 BO: 12/01/2001

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

- Ley 25.441 Apruébanse Modificaciones al Convenio Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica, conforme a las reformas propuestas en la Res. N°AG-1/98, de la Asamblea de Gobernadores del citado organismo adoptada el 31/03/1998.
Sanción: 20/06/2001 Promulgación de hecho: 13/07/2001 BO: 20/07/2001
- Ley 25.462 Apruébase el Protocolo al Convenio para la Cooperación en el Marco de la Conferencia Iberoamericana para la Constitución de la Secretaría de Cooperación Iberoamericana –SECIB- suscripto en La Habana (Cuba), el 15/11/1999.
Sanción: 15/08/2001 Promulgación de Hecho: 10/09/2001 BO: 13/09/2001

21- PAZ Y SEGURIDAD

- Ley 25.247 Apruébase el Tratado entre la República Argentina y Ucrania sobre Relaciones de Amistad y Cooperación, suscripto en Kiev, Ucrania, el 29/06/1998.
Sanción: 13/04/2000 Promulgación de Hecho: 15/05/2000 BO: 18/05/2000
- Ley 25.251 Apruébase el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa relativo a la Cooperación en el Ámbito de la Defensa, suscripto en París (República Francesa), el 14/10/1998.
Sanción: 18/05/2000 Promulgación de Hecho: 26/06/2000 BO: 29/06/2000
- Ley 25.331 Apruébase el Acuerdo de Cooperación de Seguridad entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Árabe de Egipto, suscripto en El Cairo, República Árabe de Egipto, el 04/02/1998.
Sanción: 05/10/2000 Promulgación de Hecho: 09/11/2000 BO: 14/11/2000.
- Ley 25.355 Apruébase el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Paraguay relativo a Cooperación Naval, suscripto en Asunción, República del Paraguay, el 01/09/1995.
Sanción: 01/11/2000 Promulgación de Hecho: 29/11/2000 BO: 07/12/2000
- Ley 25.356 Apruébase el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Paraguay relativo a la Cooperación

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

en el Arma de Ejército, suscripto en Asunción, República del Paraguay, el 01/09/1995.

Sanción: 01/11/2000 Promulgación de Hecho: 29/11/2000 BO: 11/12/2000

Ley 25.399 Apruébase el Protocolo Ejecutivo del Tratado General de Amistad y Cooperación Privilegiada entre la República Argentina y la República Italiana, en Roma el 29/03/1999, para la Creación de un Programa Económico.

Sanción: 07/12/2000 Promulgación de Hecho: 08/01/2001 BO: 16/01/2001

Ley 25.449 Apruébase la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados, abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), en Washington (Estados Unidos de América), el 13/11/1997.

Sanción: 04/07/2001 Promulgación de Hecho: 08/08/2001 BO: 14/08/2001

22- PESCA

Ley 25.290 Apruébase el Acuerdo sobre la aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, adoptado en Nueva York, EE.UU., el 01/12/1995.

Sanción: 13/07/2000 Promulgación de Hecho: 14/08/2000 BO: 17/08/2000

23- PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES

Ley 25.261 Apruébase el Memorandum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino de Tailandia sobre Cooperación en materia de Control de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscripta en Bangkok, Reino de Tailandia, el 19/02/1997.

Sanción: 15/06/2000 Promulgación de Hecho: 21/07/2000 BO: 28/07/2000

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

- Ley 25.341 Apruébase el Acuerdo entre la República Argentina y el Reino de España sobre Cooperación en Materia de Prevención del Uso Indebido y Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Madrid, Reino de España, el 07/10/1998.
Sanción: 05/10/2000 Promulgación de Hecho: 23/10/2000 BO: 25/10/2000
- Ley 25.347 Apruébase el Convenio sobre Cooperación en Materia de Prevención del Uso Indebido y Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y de Sustancias Psicotrópicas y Delitos Conexos entre la República Argentina y la República de Venezuela, suscrito en Buenos Aires el 07/09/1999.
Sanción: 01/11/2000 Promulgación de Hecho: 29/11/2000 BO: 04/12/2000
- Ley 25.308 Apruébase el Convenio sobre Prevención del Uso Indebido y Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y de Sustancias Psicotrópicas entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Portuguesa, suscrito en Buenos Aires el 21/07/1997.
Sanción: 07/09/2000 Promulgación de Hecho: 06/10/2000 BO: 17/10/2000
- Ley 25.309 Apruébase el Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino de Dinamarca sobre Medidas Conjuntas contra la Demanda Ilícita, la Producción y el Uso como así también el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Copenhague, República de Dinamarca, el 04/06/1997.
Sanción: 07/09/2000 Promulgación de Hecho: 06/10/2000 BO: 17/10/2000

24- SANIDAD

- Ley 25.336 Apruébase el Convenio sobre Cuarentena y Protección Fitosanitaria suscrito con el Gobierno de la República de Bulgaria, en Buenos Aires, el 06/08/1998.
Sanción: 05/10/2000 Promulgación: 09/11/2000 BO: 16/11/2000

25- TURISMO
26- OTRAS DISPOSICIONES LEGALES DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA DE INTERÉS PARA EL
DERECHO INTERNACIONAL

Disposición 87/2000 DNA (Tratado Antártico sobre Protección de Medio Ambiente) (Dirección Nacional del Antártico)

Apruébase las medidas para el cumplimiento del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente. Aspectos generales, Permisos, Evaluación de Impacto Ambiental. Conservación de la Fauna y Flora Antárticas. Eliminación y Tratamiento de Residuos. Prevención de la Contaminación Marina. Protección y Gestión de Zonas Disponibles Finales.

Buenos Aires 03/08/2000 BO: 07/08/2000

Decreto 527/2000 (Seguridad Internacional)

Suspéndase la aplicación de las sanciones dispuestas por las Resoluciones 748 (1992) y 883 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante las cuales se establecieron sanciones al Gobierno de Libia (aprobadas respectivamente por Decretos N° 651/92 y N° 1076/94)

Buenos Aires 04/07/2000 BO: 07/07/2000

Decreto 751/2000

Apruébase el Modelo de Carta Acuerdo correspondiente a la donación para el apoyo a la Oficina Anticorrupción, a suscribirse con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

Buenos Aires 29/08/2000 BO: 04/09/2000

Decreto 756/2000

Apruébase el Modelo de Convenio de Préstamo con destino al Proyecto de Desarrollo Rural de las Provincias del Noroeste Argentino, a suscribirse con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA).

Buenos Aires 29/08/2000 BO: 04/09/2000

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Decreto 780/2000

Establécese que el PEN, las reparticiones y organismos públicos del Estado Nacional, las Provincias, las Municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adoptarán en sus respectivas jurisdicciones las medidas que fuere menester para dar cumplimiento a las decisiones contenidas en la Resolución 1298/2000 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas mediante las cuales se prohíbe el suministro a Eritrea y Etiopía de armamentos y material conexo de cualquier tipo.

Buenos Aires 04/09/2000 BO: 13/09/2000

Decreto 865/2000

Apruébase el Modelo de Convenio de Préstamo a suscribirse con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) en relación con el Proyecto de Vigilancia de la Salud y Control de Enfermedades (VIGI-A)

Buenos Aires 04/10/2000 BO: 17/10/2000

Decreto 982/2000

Apruébase el Modelo de Carta Convenio correspondiente a la Cooperación Técnica No Reembolsable N° AT N/MT-6574-AR para el Programa de Fortalecimiento Institucional de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, a suscribirse con el Banco Interamericano de Desarrollo.

Buenos Aires 30/10/2000 BO: 02/11/2000

Decreto 56/2001

Restablécese el Cuerpo de Voluntarios Cascos Blancos en la órbita del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Buenos Aires 12/01/2001 BO: 23/01/2001

Decreto 175/2001

Apruébase el modelo de Convenio Modificatorio N° 3 a suscribirse con el Banco Interamericano de Desarrollo, para la ampliación de la línea de crédito vigente para la preparación y ejecución de proyectos.

Buenos Aires 15/02/2001 BO: 19/02/2001

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Decreto 249/2001

Modificación del Decreto N° 875/99, por el que se dispone la participación en las operaciones de paz de las Fuerzas Armadas y de Seguridad en la región de Kosovo, República Federativa de Yugoslavia, en el marco de la Resolución 1244/1999 del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas.

Buenos Aires 27/02/2001 BO: 05/03/2001

Decreto 524/2001

Apruébase el Modelo de Carta Convenio correspondiente a la donación del Gobierno del Japón para el Proyecto de Fortalecimiento de la Asistencia técnica en Género, a suscribirse con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Autorízase a la Unidad Ejecutora Nacional del Consejo Nacional de la Mujer a realizar el control de gestión económico-financiero de la donación.

Buenos Aires 04/05/2001 BO: 10/05/2001

Decreto 891/2001

Apruébase el modelo de Convenio de Préstamo a suscribirse con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, con la finalidad de apoyar la reforma y reestructuración fiscal en la Provincia de Córdoba.

Buenos Aires 10/07/2001 BO: 13/07/2001

Decreto 993/2001

Apruébase el modelo de Convenio de Préstamo a suscribirse con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento para la realización del "Préstamo para la Reforma Provincial – Catamarca".

Buenos Aires 03/08/2001 BO: 07/08/2001

Decreto 1041/2001

Apruébase el modelo de Convenio de Préstamo a ser suscripto con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento para la realización del "Préstamo para la Reforma Provincial – Santa Fe".

Buenos Aires 16/08/2001 BO: 17/08/2001

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Decreto 1131/2001

Apruébase un Modelo de Convenio de Préstamo para la ejecución del Proyecto de Seguro de Salud para la Población No Asegurada a suscribirse con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

Buenos Aires: 31/08/2001 BO: 12/09/2001

Decreto 1244/2001

Convalídase el desplazamiento en comisión "transitoria" a la República de Bosnia y Herzegovina del Personal de Gendarmería Nacional que integró el componente de la Fuerza de Tareas de Policía Internacional en la mencionada República.

Buenos Aires: 10/10/2001 BO: 16/10/2001

Decreto 1294/2001

Apruébase un Modelo de Convenio de Préstamo a suscribirse con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, para la realización del "Proyecto de Desarrollo de las Comunidades Indígenas"

Buenos Aires: 15/10/2001 BO: 19/10/2001

Resolución 82/2001

Apruébanse las Medidas de conservación vigentes para la temporada 2000/2001, Sistema de Inspección y del Sistema de Observación Científica Internacional de la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA) aprobada por Ley nº 22.584.

Buenos Aires 07/05/2001 BO: 24/05/2001

Resolución 3291/2001 MRECIC

Dase a conocer el listado adicional de personas y entidades aprobado por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas establecido de conformidad con la Res. 1267/99, a los efectos de la aplicación de lo previsto en el párrafo operativo 8c) de su similar 1333/2000, en lo que respecta a las medidas a adoptar para el congelamiento de fondos y otros activos financieros de Usama bin Laden y de las personas y entidades con él asociadas.

Buenos Aires: 25/10/2001 BO: 29/10/2001

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES, Iberoamérica ante los Procesos de Integración Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Boletín Oficial del Estado. UEX Universidad de Extremadura. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales. Madrid 2000. 381 páginas.

Según surge de esta impecable publicación, las actividades de las Jornadas se centraron en el análisis de cuatro temas principales, respecto de los cuales trabajaron destacadísimos profesores españoles.

El primer tema, reservado al Derecho Internacional Público, "Situación de los procesos de integración en Iberoamérica", reúne trabajos de los Dres. Cástor M. Díaz Barrado, Jordi Bonet Pérez, Alicia Cebada Romero, David Bondía García, Marta Ortega Gómez y Elena Conde Pérez. En este capítulo los participantes ofrecen un verdadero abanico de opiniones respecto de diferentes temas, especialmente en el análisis de los procesos de integración en general, el enfoque de esos procesos bajo la óptica del GATT y la OMC, la Comunidad Andina de Naciones, la integración centroamericana y del Caribe, pero muy especialmente del Mercosur. En este caso se aborda con especial interés el diálogo político, el diálogo comercial y otros ámbitos de cooperación con la Unión Europea. Asimismo merece especial atención el rol de la vigencia de las instituciones democráticas en estos intentos integracionistas.

El segundo tema, El Derecho Internacional Privado. "El papel del Derecho Internacional Privado en los procesos de integración en Iberoamérica", convocó a los profesores José Carlos Fernández Rozas, Rafael Arroyo Montero, Miguel Rábago Dorbecker, Elena Pérez Martín, Juan José Rubio, Yolanda Dutrey Guantes y Diana Sancho Villa.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

En este caso el análisis giró respecto de temas relacionados con problemas de nacionalidad mexicana, contratos internacionales y sociedades en el Mercosur, partiendo de un análisis de los citados procesos de integración desde la óptica del Derecho Internacional Privado.

Mientras que el tercer tema, Relaciones Internacionales. "Los procesos de integración en Iberoamérica y las cumbres iberoamericanas" mereció un tratamiento especial por parte de los profesores Celestino del Arenal, Francisco Aldecoa Luzárraga y Aitor Iraegui Balenciaga, José Antonio Sanahuja, José Angel Sotillo Lorenzo, Rafael García Pérez y Josep Ibáñez.

A nuestro entender, el leit motiv de este grupo de trabajo, es el análisis de las cumbres iberoamericanas desde una óptica española y europea y las "interferencias nacionales" planteadas ante la posibilidad de creación de un espacio político común iberoamericano, al que no escapa esta dinamización de los proyectos y realidades integracionistas en la última década.

Cierra esta obra con los trabajos presentados en el coloquio sobre La enseñanza del Derecho Internacional y de las relaciones internacionales, con las ponencias presentadas por los profesores Oriol Casanovas y La Rosa, Santiago Alvarez González y Gustavo Palomares Lerma.

Este tópico seguramente será de sumo interés para los docentes de Derecho Internacional Público o Privado y de Relaciones Internacionales, dado que de él emergen conceptos y experiencias que emanan de profesores de acendrada trayectoria en la cátedra universitaria y que a los profesores argentinos nos permite una comparación y un reajuste de la tarea que realizamos habitualmente.

En el acto de clausura el Dr. Belisario Betancur, ex presidente de Colombia, abordó con su habitual solvencia el tema Visión política de la integración latinoamericana.

Se trata, en síntesis, de un importante compendio de experiencias vertidas en una obra colectiva y que puede ser, como decíamos, de suma utilidad para el docente de nuestras asignaturas.

Graciela R. Salas

AA.VV., Jornadas de Derecho Internacional, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C. 2000, 414 páginas.

Entre los días 18 y 20 de octubre de 1999 se desarrollaron en la ciudad de Montevideo las "Jornadas de Derecho Internacional" organizadas en forma con-

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

junta por la Secretaría General de la OEA a través de su Departamento de Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay.

Este evento comenzó con la proyección de un mensaje especialmente grabado por el Secretario General de la OEA Dr. Cesar Gaviria y continuó con un palabras del señor Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay, Dr. Didier Opertti Badán, quien también fue electo presidente de las Jornadas, textos ambos que inician esta importante publicación.

Esta reunión de juristas americanos centró sus actividades en disertaciones sobre temas centrales que detallaremos a continuación, seguidas de los correspondientes debates en los que no sólo participaron los profesores invitados sino también quienes habían sido admitidos como asistentes a tan importante actividad académica de nuestra organización continental.

Las deliberaciones se dividieron en cuatro temas principales respecto de los cuales trabajaron los profesores invitados.

Como Tema I se seleccionó El examen de la metodología de la enseñanza del Derecho Internacional dividido en las dos ramas clásicas de Derecho Internacional Público y Privado.

En el Tema II se centró la atención sobre una preocupación constante en América, cual es El análisis de la temática actual del Derecho Internacional General y del Derecho Interamericano.

Seguidamente, como Tema III se profundizó la discusión sobre La actualización de los programas de Derecho Internacional Público y Privado.

Finalmente, en el Tema IV se formularon Las propuestas para fortalecer los vínculos entre profesores e instituciones académicas del Continente.

Los veintisiete profesores que participaron de este evento en calidad de disertantes, a su vez proporcionaron a los organizadores una síntesis de su trabajo, la que se incluye en este libro, cuyo nivel académico es digno de destacar.

En el desarrollo de estas reuniones se ha destacado una gran preocupación especialmente por los problemas planteados por la enseñanza del Derecho Internacional en general y muy especialmente sobre las actividades que cumple actualmente la organización continental.

Otro punto respecto del cual se reveló un gran interés fue el de la necesidad de fortalecer los vínculos académicos del continente, y especialmente de conformar

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

una red de información sobre jurisprudencia nacional en temas de Derecho Internacional, en virtud del aislamiento académico en que a menudo se han desarrollado las actividades académicas en nuestros respectivos países americanos.

Concluye este trabajo con palabras de clausura a cargo del Prof. Dr. Francisco Orrego Vicuña y de los Dres. Enrique Lagos y Didier Operti Badán, un informe final y anexos.

Se destacó también la necesidad de llevar adelante actividades similares en diferentes sedes, lo que se concretó en diciembre de 2000 en la ciudad de Córdoba, lo que seguramente será motivo de una publicación similar.

Como una reflexión final, cabe destacar el esfuerzo realizado en forma conjunta por la OEA y el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental de Uruguay para la concreción de jornadas de tan alto nivel académico, de lo que es clara muestra este trabajo.

Graciela R. Salas

AA.VV., Cuaderno de Derecho Pesquero, Servicio de publicaciones de la Fundación Pedro Barrié de la Maza. La Coruña. España. 368 páginas. Sin fecha de publicación

Presidida por palabras de la Condesa de Fenosa, doña Carmela Arias y Díaz de Rábago, por algunas consideraciones del Presidente de la Xunta de Galicia don Manuel Fraga Iribarne y del Vocal Secretario de la Fundación, don Vicente Arias Mosquera, esta publicación incluye medulosos análisis sobre diversos temas relacionados con el Derecho Pesquero.

Ha sido dividida en una sección doctrinal y una sección legislación, jurisprudencia y notas de actualidad a las que se agregan las recensiones.

En la primera de ellas cabe destacar la cantidad y valía de los autores invitados a colaborar con esta publicación, lo que nos impide un análisis más acabado de cada uno de los trabajos presentados, por lo que simplemente nos limitaremos a citarlos. Esta parte a su vez se divide en dos: por un lado Derecho internacional y comunitario de la pesca donde se incluyen trabajos de una gran valía a nivel académico a lo que se agrega la actualización de los mismos, fruto del acierto en la selección de los autores convocados a estos efectos. Así, se incluyen trabajos de los profesores Gundumur Eirikson (Tribunal Internacional de Derecho del Mar), sobre "Prompt release of vessels and crews in accordance with article 292 on the United

Nations Convention on the Law of the Sea"; Carmen Fraga Estévez (Comisión de Pesca del Parlamento Europeo), quien, bajo el título "El acceso a los caladeros comunitarios por medio de las empresas conjuntas" analiza la trayectoria de las empresas pesqueras de capital español que desarrollan sus actividades en el territorio de Estados comunitarios; Víctor Manteca Valdelande (Secretaría General de Pesca Marítima), que se ocupa de las "Organizaciones pesqueras internacionales", especialmente en el ámbito internacional general y en algunas regiones específicas; Ernesto J. Rey Caro (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), que bajo el título "Los Estados Partes y Asociados del Mercosur y el Derecho Internacional de la Pesca" complementa el tema anterior, con un prolijo análisis centrado en la organización subregional americana y José Manuel Sobrino (Universidad de La Coruña), en "La progresiva reducción del principio de libertad de pesca" sintetiza las modificaciones operadas más recientemente en la libertad de pesca.

Dentro de esta misma sección se reúnen bajo el título Derecho nacional y autonómico de la Pesca, trabajos presentados por los profesores Ignacio Arroyo Martínez (Universidad Autónoma de Barcelona), quien desde una óptica mercantil analiza la "Concentración y asociacionismo empresarial en la actividad pesquera", oportunidad en la que se plantea la existencia y objeto propio del llamado derecho pesquero; Gonzalo Barrio García (Universidad de La Coruña), en forma extensa centra su atención en "El aprovechamiento de los recursos del mar en la legislación pesquera de Galicia: naturaleza y régimen jurídico de los títulos habilitantes", desde una óptica marcadamente constitucional y autonómica española especialmente en lo atinente a Galicia; José Luis García-Pita y Lastres (Universidad de La Coruña) quien se ocupa de la "Vigencia de los convenios internacionales sobre limitación de la responsabilidad civil de los navieros y propietarios de buques. Coexistencia de sus disposiciones con el régimen del Código de Comercio" de cuyo título surge con claridad su contenido, a través del estudio del Código de Comercio español, como así también de convenios internacionales en la materia; Angel Menéndez Rexach (Universidad Autónoma de Madrid), quien reflexiona sobre "La regulación española sobre el acceso a los recursos pesqueros y su previsible evolución en una futura ley de pesca marítima" de cuyo título surge con palmaria claridad su contenido, es decir, la legislación española en materia pesquera; José Manuel Otero Lastres (Universidad de Alcalá de Henares), quien en el tema "Consideraciones generales sobre el buque pesquero en el ámbito mercantil" intenta resolver el problema de la ubicación del Derecho pesquero en el ordenamiento Jurídico con carácter de autónomo o mantenerlo dentro del Derecho marítimo y finalmente José Ramón Rioz García (Universidad de La Coruña), que profundiza

en el estudio del problema de los gravámenes en materia pesquera en "Tributación de la empresa pesquera".

La segunda parte, que como decíamos se reserva a legislación, jurisprudencia y notas de actualidad, cuenta con la importante participación de profesores de la Universidad de La Coruña, en primer lugar la Profesora Adela Rey Aneiros, desde una óptica internacional, pasa revista a diversos temas de interés pesquero, especialmente a los casos recientemente planteados al Tribunal Internacional de Derecho del Mar. A continuación la Profesora María Hernández García centra su análisis desde el ámbito comunitario europeo, en lo que abarca diversos apartados, entre ellos, también la jurisprudencia comunitaria pesquera más reciente, junto a notas de actualidad. Finalmente el Profesor Gonzalo Barrio García desde un ámbito estrictamente español, desmenuza en forma estricta la jurisprudencia en el ámbito del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Supremo.

Cierra esta publicación con la sección reservada a recensiones, en la que se incluyen breves comentarios sobre diversas obras relacionadas con la actividad pesquera.

Como una reflexión final cabe destacar la cuidada presentación de este primer número de los "Cuadernos de Derecho Pesquero" y el nivel alcanzado por quienes han colaborado en el mismo, lo que nos lleva a avanzar sobre el concepto de cuaderno para alcanzar, sin lugar a dudas al de compendio.

Graciela R. Salas

AA.VV., *Liber Amicorum In Memoriam of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International. Holanda. 2000, 626 páginas en inglés, francés y castellano.

Antes de adentrarnos en la síntesis la obra que nos convoca, cabe destacar la importantísima tarea realizada por el Dr. Calixto Armas Barea y su equipo de colaboradores, cuyo resultado tenemos a la vista.

Si es posible mensurar la personalidad de un internacionalista a través de sus amigos, podríamos decir, sin temor a equivocarnos que nos encontramos ante un homenaje a de una las grandes personalidades del Derecho Internacional de la última parte del Siglo XX.

En sus palabras de presentación el Dr. Hugo Caminos rescata palabras del Dr. Mohammed Bedjaoui que, creemos, deben ser reproducidas aquí:

“El presidente Ruda se dedicó en forma innegable a su tarea con un gran talento. Con su hermosa modestia, nos explicaba, en el momento de partir no motivo de su jubilación, que, de todos los cargos políticos, diplomáticos o jurídicos, el que más lo había marcado, tanto desde el punto de vista profesional como personal, fue su cargo en la Corte donde, decía él, había hecho el apasionante aprendizaje de la profesión de juez. Su personalidad le predestinaba indiscutiblemente a esta función; y si hubo aprendizaje, fue sobre todo el caso para todos aquellos que, a lo largo de los años, tuvieron el privilegio de servir con él, en ese lugar, a la comunidad internacional”.

Y agrega más adelante:

“Lo que él tenía, entre otros, era una cualidad tanto más preciosa cuanto parece hoy transformarse en rara. El don de poder plantear -y resolver- en los términos más simples las cuestiones aparentemente más complejas, sin jamás desnaturalizarlo en lo que sea. Era, podríamos decir, un “realista esclarecido”. Tenía este inmenso y tranquilo buen sentido, esta clarividencia prudente, este astuto pragmatismo, esta facultad de siempre tomar frente a las cosas el retroceso necesario y de no sucumbir jamás a los fáciles encantos de su artificialidad, este gusto y este respeto apasionados por la verdad que sólo poseen quienes, como él, son sabios auténticos. Uniendo esas calidades excepcionales a un gran rigor moral, personificaba de manera ejemplar la función judicial”¹.

A partir de esta presentación, que sin dudas refleja el pensamiento de todos quienes colaboraron en este homenaje, se suceden los diferentes trabajos divididos en seis temas principales. No es posible mayor detalle, pero no podemos dejar de mencionar al menos el nombre de todos quienes colaboraron en la concreción de este trabajo

En el primero de ellos, bajo el título Fuentes y principios generales de Derecho Internacional Público, colaboran los profesores Julio Barboza, Pierre-Marie Dupuy, M.C.W.Pinto, Antonio Remiro Brotóns y Ernesto J. Rey Caro.

A continuación, bajo el título Soberanía territorial y Derecho del Mar, participaron los Dres. Julio A. Barberis, Edit Brown Weiss, Hortensia Gutiérrez Posse, Rafael Nieto Navia, Ignacio Sánchez Rodríguez y Prosper Weil.

El tema Solución de controversias reunió a los profesores George H. Aldrich, Daniel Bardonnnet, Santiago Benadava, Sir William Douglas, Francisco Orrego Vicuña, Felipe H. Paolillo, Krzysztof Skubiszewski, Hubert Thierry, Eduardo Valencia Ospina, Raúl Emilio Vinuesa.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

El capítulo reservado a la Corte Internacional de Justicia recibió los aportes de Prince Bola A. Ajibola, Mohammed Bedjaoui, Francisco Cuevas Cancino, Juan Manuel Faramiñán Gilbert, Gilbert Guillaume, Keith Highet, Shabtai Rosenne, Stephen M. Schwebel y Santiago Torres Bernárdez.

Bajo el título Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos se agrupan trabajos de los profesores Antônio Augusto Cançado Trindade, Héctor Gros Espiell, Kéba Mbaye, Mohamed Shahabuddeen y Nicolas Valticos.

El último capítulo, reservado a Derecho de la integración económica, reúne las contribuciones de los Dres. Araceli Mangas Martín, Guillermo R. Moncayo y Manuel Díez de Velazco Vallejo.

Como puede observarse de la nómina de colaboradores, cada uno de los respectivos trabajos merecería una referencia especial, lo que excedería los límites establecidos para esta recensión. Cabe remarcar, sin embargo, la presencia de numerosos internacionalistas argentinos de nota, junto a colegas de todos los continentes, lo que demuestra una vez más la universalidad del pensamiento del Dr. José María Ruda.

Bastaría entonces volver sobre esta nómina para calificar de sobresaliente la personalidad del homenajeado.

Para concluir, y si se nos permite una opinión particular, al margen del conocimiento personal que pudimos tener del Dr. Ruda, podemos decir que este impecable trabajo no hace sino demostrarnos que un grande estuvo entre nosotros.

Dra. Graciela R. Salas

BARBOZA, Julio. "Derecho Internacional Público". 1ª reimpresión. Zavalía Editor. Buenos Aires, 2001. 750 páginas.

"Enseñar y aprender son el anverso y el reverso de la misma moneda, un ciclo que se completa de generación en generación. Ahora me toca esta faz del proceso". Con este espíritu se presenta Derecho Internacional Público del Embajador Barboza, guiando así también su lectura.

Cinco Capítulos integran la Primera Parte, Introducción y Conceptos Generales. En el Capítulo 1 –El Derecho Internacional Público- se orienta al lector sobre el concepto de Derecho Internacional Público (DIP), sus sujetos, su objeto y las principales características de este ordenamiento. El Capítulo 2 aborda el surgi-

miento y evolución de La Comunidad Internacional, caracterizando el DIP en función de la configuración de su base sociológica en tres períodos signados por la organización del Estado moderno, el Congreso de Viena, la Primera Guerra Mundial y la especial dinámica que se abre para el DIP desde entonces.

Con gran claridad desarrolla en el Capítulo 3 el Fundamento del Derecho Internacional, señalando el núcleo de las diversas posiciones a partir de las cuales se han ensayado explicaciones sobre la validez del Derecho Internacional. La misma destreza y didáctica se evidencia en el Capítulo siguiente, en el que se analizan las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno. La exposición dogmática se completa con un análisis de la práctica internacional, a través del examen de los casos británico, estadounidense, alemán, italiano, francés y argentino y de la normativa y práctica internacional.

La Primera Parte se completa con el análisis de La Relación entre los Tratados Internacionales y el Derecho Argentino en el Capítulo 5 que se presenta el sistema normativo y la jurisprudencia antes y después de la Reforma de 1994.

La Segunda Parte está dedicada al estudio de la Formación del Derecho Internacional. En el Capítulo 6 se analizan las Fuentes del Derecho Internacional en general y se desarrollan las cuestiones que envuelve La Costumbre, concentrándose especialmente en la nueva costumbre internacional y dedicando un apartado a "una versión diferente de la costumbre", en el cual examina críticamente el período de formación de esta fuente, sus elementos y cuestiones como la existencia o no de un elemento de compulsión en su formación, la novedad de la nueva costumbre o el caso del objeto persistente.

En el Capítulo 7 se analiza en forma pormenorizada la regulación de Los Tratados en el ámbito internacional, a través de la completa exégesis de la Convención de Viena de 1969, enriquecida con aportes doctrinales y jurisprudenciales. El panorama de las fuentes se completa en el Capítulo 8 con el examen de los Principios Generales del Derecho, de las Fuentes Auxiliares y de Otras Fuentes.

El estudio de Los Sujetos del Derecho Internacional –Tercera Parte- se estructura en tres Capítulos. En el Capítulo 9 se estudia La Personalidad Internacional, pasando revista al caso de los Estados, de las organizaciones internacionales, los sujetos ligados a la actividad religiosa y los sujetos ligados a la beligerancia para detenerse con detalle en los Estados y en los accidentes de su personalidad y reconocimiento. Llama la atención que el tratamiento de la personalidad internacional del individuo se deje para el Capítulo 25, dentro de la Sexta Parte en la que

se tratan todas las cuestiones vinculadas con El Individuo en el Derecho Internacional.

El ámbito espacial de las competencias del Estado es analizado en el Capítulo 10, Espacios Jurisdiccionales de los Estados, en tanto el Capítulo 11 está dedicado al estudio de La Sucesión de Estados.

Quizás donde mejor se evidencie el original método del libro sea en la sistematización de temas de las tres últimas Partes de la obra.

En la Cuarta Parte, dedicada a Las Relaciones Internacionales, se estudian Los Grandes Principios del Derecho Internacional –Capítulos 12, 13 y 14-. En el Capítulo 12 se profundiza el análisis del principio de no-uso de la fuerza en el plano internacional en diferentes contextos históricos y sus relaciones con la legítima defensa –deteniéndose en los caso de uso de la fuerza fuera de la legítima defensa-, en tanto se dedica todo el Capítulo 13 al principio de arreglo pacífico de controversias internacionales, describiendo en forma exhaustiva los distintos procedimientos diplomáticos y judiciales. Por último, en el Capítulo 14 se indican el alcance y límites de los principios de no intervención, de igualdad soberana de los Estados, de libre determinación de los pueblos y de buena fe.

El Derecho Diplomático y Consular es examinado en el Capítulo 15 en dos secciones. La Sección A, “Las Relaciones Diplomáticas” está estructurada principalmente en función de los órganos del Estado –centrales y periféricos- para las relaciones internacionales.

Es especialmente interesante el análisis que se presenta en el Capítulo 16, Inmunidad y Jurisdicción del Estado, en el cual, tras desarrollar las “Inmunidades del Estado y sus Bienes” –dedicando sendos apartados a su fundamento y evolución, a la actividad mercantil del Estado extranjero, a las entidades a que se aplica y a la inmunidad de ejecución- el Prof. Barboza se detiene en la legislación y jurisprudencia argentina en la materia.

Los Capítulos subsiguientes se detienen en distintos aspecto del problema de la responsabilidad internacional. En el Capítulo 17, La Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos: Origen de la Responsabilidad, se desarrollan con detalle las cuestiones generales –los principios generales, los elementos del hecho ilícito y las circunstancias que excluyen la ilicitud-. El Capítulo 18 está dedicado a La Responsabilidad Internacional. Responsabilidad Internacional por Hechos Ilícitos: Contenido, Formas y Grados, de acuerdo con el plan de la segunda y tercera partes del proyecto de la CDI. El último Capítulo de esta Parte se concentra en La Responsabilidad sine delicto.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

En la Quinta Parte del libro se estudia el Régimen Internacional de los Espacios y del Medio Ambiente. El Capítulo 20 concentra una rica exposición sobre cuestiones relativas a Espacios Comunes, Cursos de Agua y Medio Ambiente, con interesantes referencias a las implicancias del marco general a la Argentina y dedicando todo un apartado al régimen del Río de la Plata.

En los Capítulos 21 y 22 exponen en forma didáctica El Derecho del Mar y Los Espacios Comunes Internacionales en el Derecho del Mar, respectivamente, deteniéndose con mayor detalle en el régimen de la Zona y en el sistema de solución de controversias sobre la interpretación y aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

En la Sexta Parte, dos Capítulos se dedican a La Comunidad Internacional Organizada. El Capítulo 23, Las Organizaciones Internacionales, se estructura en torno a tres apartados -"Conceptos Generales", "La Sociedad de las Naciones" y "La Organización de Naciones Unidas"- en tanto el Capítulo 24 reúne tres grandes núcleos temáticos: Seguridad Colectiva. Acuerdos Regionales. Integración.

Todas las cuestiones que atañen a la situación del Individuo en el Derecho Internacional son tratadas en la Séptima Parte. Como señaláramos anteriormente, el Capítulo 25 estudia en forma exhaustiva distintas aristas del problema de La Personalidad Internacional del Individuo. En el Capítulo 26 los asuntos de Nacionalidad y Extranjería son presentados tanto desde una perspectiva iusinternacionalista, como nacional.

Por último, en el Capítulo 27, La Protección Internacional de los Derechos Humanos, se examinan los sistemas de protección establecidos en el marco de Naciones Unidas, del Consejo Europeo, de la Convención Interamericana y de la Carta de Banjul.

Pero probablemente a la hora de referirnos al valor de este libro, el cuidado con el que se tratan los temas centrales del Derecho Internacional Público contemporáneo o el hecho de aportar una perspectiva argentina a su interpretación, se vean eclipsados por la misión que encomienda el autor a su obra: "Espero que la presente contribución, al facilitar la enseñanza de algo de lo que aprendí, salde de alguna manera mi deuda con el sistema educativo argentino, al que debo mi formación básica".

Ana Carolina Garriga

BERTONI, Liliana. MERCOSUR, Cláusulas de Salvaguardia y Fallos Arbitrales. Editorial Dunken. Buenos Aires. 2000. 239 páginas.

Este trabajo de la Profesora Liliana Bertoni, precedido por un acertado prólogo en el que sintetiza el contenido general de toda la obra, se divide en cuatro capítulos que analizaremos sucintamente.

Una de las características sobresalientes de esta obra es que cada capítulo concluye con la correspondiente bibliografía y un importante y actualizado anexo documental.

Desde el comienzo se adivina una inclinación en el enfoque del Derecho de la Integración a partir de la óptica del Derecho Comercial, sin dejar de lado una visión jurídico-internacional.

Una de las características especiales de esta obra es que cada capítulo concluye con la correspondiente bibliografía y un importante y actualizado anexo documental.

En el primer capítulo, parte de un enfoque aparentemente político, y luego de una síntesis bajo el título "Relaciones internacionales, relaciones de integración", centra su atención en las cláusulas en el sistema creado por el Tratado de Asunción y sus antecedentes históricos a nivel internacional especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial y pasando por ende por el GATT.

En el segundo capítulo coloca el acento en los procesos de integración de América Latina, en el que efectúa un prolijo examen de las cláusulas de salvaguardia en cada uno de ellos, partiendo también de un enfoque cuasi político y girando sobre los sistemas de ALALC y luego de ALADI.

A partir del capítulo tres, y siempre bajo la misma tónica, analiza específicamente la integración en el Cono Sur a partir de las especiales relaciones entre Argentina y Brasil y sus aspectos definitorios, pasando por el PICAB y algunas resoluciones que llevaron al planteamiento claro y concreto de algunas asimetrías que surgen en el seno del Mercosur.

El cuarto y último capítulo está reservado al análisis de los fallos arbitrales dictados por los tribunales ad hoc del sistema creado por el Tratado de Asunción.

Como conclusión es posible agregar que este trabajo revela la meticulosidad de su autora en el estudio y análisis de los temas planteados, lo que resuelve con sutileza y acierto.

Graciela R. Salas

DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel (coord.). Reflexiones en Torno al Tratado de Amsterdam y el Futuro de la Unión Europea. Editorial Comares, Granada, 2000, 287 páginas.

El Profesor Faramiñán Gilbert coordina, en esta oportunidad, un estudio que reúne las reflexiones de un grupo de especialistas europeos, el cual se estructura en tres partes. La Primera Parte está dedicada a Cuestiones Generales, la Segunda Parte a Cuestiones Institucionales y finalmente la Tercera Parte a Cuestiones Específicas.

Esta obra pretende aportar una clara visión de las transformaciones que se van operando en la Unión Europea, desde cuestiones generales hasta el análisis de las instituciones y ciertas cuestiones específicas.

En este conjunto de reflexiones cada autor aporta su propia visión, tomando como punto de referencia el Tratado de Ámsterdam.

En la parte dedicada a las Cuestiones generales encontramos cuatro trabajos. En el primero de ellos titulado "El Tratado de Amsterdam y España", el Diplomático Javier Elorza Cavengt analiza las negociaciones, el ambiente y las propuestas presentadas en la Conferencia Intergubernamental de 1996. Profundiza particularmente en las propuestas efectuadas por España.

El segundo aporte lo efectúa Angel Boixareu Carrera sobre el tema "Los Grandes Principios Inspiradores del Tratado de Ámsterdam". El autor sin desconocer los principios de coherencia en la actuación tanto interna como externa de la Unión Europea y de consolidación de su "marco institucional único", se centra en cinco principios: Democracia; eficacia; transparencia; subsidiariedad y proporcionalidad; y cooperación reforzada.

El artículo "Las Bases Estatales del Tratado de Ámsterdam" fue elaborado por el Catedrático Javier Roldán Barbero quien sostiene que el Estado Miembro de la Unión Europea mantiene pese a todo, su papel central en la construcción europea, así como en la elaboración y aplicación del Derecho de la Unión. La integración en Europa sigue respondiendo a la imagen de la "Europa de los Estados" antes que a la "Europa de los pueblos", "de los ciudadanos" o "de las regiones".

En "¿Hacia dónde va la Unión Europea?", Luis Ignacio Sánchez Rodríguez reflexiona acerca del rumbo y de la velocidad que debe tomar la Unión Europea en el contexto actual de las relaciones internacionales. A tal fin plantea la necesidad de una verdadera Política Exterior y de Seguridad Común.

Entre las Cuestiones Institucionales hallamos un primer estudio sobre "Las Transformaciones Institucionales: El Consejo y la Comisión", en el que Francisco J. Fonseca Morillo se centra en los aspectos más específicos de la Comisión y el Consejo. Examina la situación tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, así como las perspectivas de reforma que se anunciaban para la Conferencia Intergubernamental de 2000 en lo que se refiere a las instituciones antes mencionadas.

En "El Parlamento Europeo y el Principio de Democracia en la Unión Europea", Manuel Pérez González realiza algunas observaciones sobre los resultados de la Conferencia Intergubernamental de 1996 en el plano institucional, haciendo hincapié en el Parlamento Europeo (P.E.). Aborda especialmente la cuestión: cómo concibió desde un principio el P.E. un plan de desarrollo institucional capaz de aportar más legitimidad democrática, eficacia y transparencia al sistema.

"El Tribunal de Justicia en los Tratados de Maastrich y de Ámsterdam: Una visión comparativa" es presentado por Juan Manuel de Faramián Gilbert. Analiza los aspectos más destacables que afectaron positivamente al TJCE en el Tratado de Maastrich y en el Tratado de Ámsterdam. Finaliza reflexionando acerca de las modificaciones necesarias con las que la jurisdicción comunitaria tendrá que afrontar las futuras ampliaciones.

Dentro de las Cuestiones Específicas, se presentan tres trabajos. En el primero denominado "De la Unión Europea a la Europea de las Naciones: Flexibilidad y Cooperación Reforzada en el Tratado de Ámsterdam", Alfonso Dastis Quecedo examina la regulación de las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Ámsterdam con el objeto de extraer conclusiones sobre su relevancia para el futuro de la Unión Europea.

"La Hierarquie des Normes Communautaires" fue realizado por Antonio Tizzano. Critica al Tratado de Ámsterdam por haber ignorado totalmente la cuestión de la introducción de una jerarquía normativa de las normas en el orden jurídico comunitario.

El último aporte se titula "La Protection des Droits des Particuliers et le systeme juridictionnel communautaire dans le Traité D'Amsterdam". José Luis Da Cruz Vilaça, su autor, comienza señalando tres déficit principales del sistema jurisdiccional comunitario y a partir de allí analiza las respuestas que dio el Tratado de Ámsterdam a los mismos. Finaliza señalando algunos aspectos que deben ser modificados a los fines de asegurar la independencia y eficacia del sistema.

Finalmente, en el Epílogo el Profesor Marcelino Oreja Aguirre realiza una interpretación del Tratado de Ámsterdam, el cual según el autor respondió al objetivo de llevar adelante una modificación parcial del Tratado de Maastrich. Afirma que el Tratado de Ámsterdam ha supuesto un considerable avance en especial en el ámbito de la ciudadanía, el cual se manifiesta tanto en la existencia de un sistema de derechos de las personas, como en una respuesta a las inquietudes que tiene la sociedad y en el esfuerzo de los poderes políticos de los ciudadanos.

La obra que reseñamos aborda temas centrales del proceso de integración europeo y pone de manifiesto las perspectivas del mismo de cara a la Conferencia Intergubernamental del año 2000.

En suma, un valioso aporte doctrinal para todos los interesados en la construcción europea.

María Alejandra Sticca

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, TIZZANO Antonio, ALONSO GARCÍA Ricardo. Código de la Unión Europea. Civitas. Madrid, 2000. Segunda edición 860 páginas.

Esta segunda edición de una obra similar aparecida en 1996, ofrece algunas peculiaridades, al decir de los propios autores en el prólogo, según los cuales:

“...La exposición se ordena alrededor de los principios constitucionales del sistema, pero, a la vez, se presentan los principales datos estructurales que le dan toda su especial profundidad, así como también, según ya se ha indicado, los que apuntan al futuro de la Unión”.

Esta voluminosa obra está dividida en cinco partes que comienzan con los tratados y protocolos que conforman el derecho originario de la hoy Unión Europea, en su versión consolidada luego de la firma y entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, con la nueva numeración y una referencia a la antigua, lo que permite el acceso a esta información en forma más dinámica.

Continúa con un interesante estudio sobre diferentes etapas que llevaron a la celebración de la Conferencia Intergubernamental del año 2000. En esta parte se incluyen documentos o extractos de ellos que van mostrando la evolución de estas instituciones europeas, especialmente en cuanto a algunos de los problemas planteados, como en el caso de Dinamarca (1992).

A renglón seguido sus autores incluyen una serie de extractos de documentos que llevan a un mejor conocimiento del marco institucional comunitario luego de las reformas apuntadas, tal el caso del funcionamiento práctico del Parlamento Europeo, la figura del defensor del pueblo, o el reglamento interno del Consejo, por citar sólo algunas de las instituciones.

En la cuarta parte centran su atención en el ciudadano europeo partiendo desde los derechos fundamentales para concluir en la ciudadanía de la Unión. Aquí debemos detenernos brevemente en el capítulo reservado a "Democracia, transparencia y subsidiariedad" en el que podemos destacar documentos que nos muestran la forma en que la Europa de la Unión ha ido profundizando el acceso del ciudadano común al disfrute de los logros y beneficios alcanzados por las instituciones comunitarias, entre ellos facilitando el conocimiento de los instrumentos emanados de sus órganos.

Cierra este importantísimo trabajo un importante estudio sobre "España y la Unión Europea" en el que debemos destacar la secuencia seguida por los autores con todo acierto, lo que nos permite visualizar muy rápidamente los mecanismos aplicados por ese país al incorporarse a un sistema ya consolidado. Se destaca en este caso la más reciente incorporación de las Comunidades Autónomas españolas en el marco de la Unión Europea, y muy especialmente la adaptación de todo el Estado español a este nuevo sistema, fruto desde luego de su modernísima constitución.

Finalmente, cabe volver sobre el prólogo, lo que resulta útil luego de este somero análisis de la obra, en el que podemos destacar dos elementos que estimamos sumamente positivos: por un lado el objetivo de sus autores de presentar las instituciones en su funcionamiento práctico y por otro lado, la verdadera profesión de fe expresada, en el sentido superador de los viejos nacionalismos cerrados que tanta destrucción produjo en Europa en tiempos ya superados.

Como una conclusión final debemos destacar la importancia de este trabajo en orden a la temática desarrollada y que permite un acercamiento más simple a algo que, aún para los propios europeos, se ofrece como especialmente complicado.

Graciela R. Salas

INSTITUTO HIPANO - LUSO - AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, Anuario Hipano - Luso - Americano de Derecho Internacional 15, Editor S.A., Madrid, 2001.

El decimoquinto Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional nos acerca las ponencias presentadas en su XXI Congreso, celebrado en Tegucigalpa (Honduras) entre los días 26 de noviembre y 02 de diciembre de 2000.

Su parte principal se divide en dos: por una parte Ponencias del XXI Congreso y por otra Comunicaciones y Estudios, a los que se agregan secciones tradicionales como las relacionadas con noticias bibliográficas, noticiario del IHLADI, crónica y conclusiones del Congreso y un recordatorio para miembros fallecidos, precedidas por un trabajo de José Antonio Tomás Ortiz de la Torre sobre "Jefes de Estado y jurisdicción universal: los casos "Cuba" y "Guatemala", en cuyo caso su autor destaca que se trata de un estudio particular respecto de los citados casos, sin ignorar la influencia sobre este tema del caso "Pinochet".

Entre las ponencias encontramos a "Las instituciones creadas por la Convención del Derecho del Mar, por Frida Armas Pfirter quien efectúa una prolija revisión de casos producidos en el ámbito del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, como así también del desarrollo de las actividades de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental en virtud de lo estatuido por el art. 76 de la CONVEMAR, cerrando con una apretada síntesis sobre las actividades de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

El segundo de los relatos es el correspondiente a "La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio Hispano-Luso-Americano y Filipino" presentado por José Carlos Fernández Rozas que centra su trabajo en las relaciones hispano-luso-americano y la importancia de su presencia en una Comunidad Histórica Iberoamericana en relación a la aplicación de las normas de DIPr. En este ámbito destaca los aportes de América Latina en las CIDIP, en UNCITRAL y especialmente en UNIDROIT. Finaliza este estudio con interesantes conclusiones entre las que se destaca un llamado de atención sobre la indiferencia de España y Portugal respecto del rol desempeñado en Iberoamérica en la codificación del DIPr.

A continuación Alfredo Martínez Moreno dedica "Los tribunales administrativos de los organismos internacionales" a la memoria del Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga., trabajo interesante sobre una rama especial del Derecho Internacional cual es el Derecho Administrativo Internacional. Su autor se plantea la incógnita sobre la naturaleza jurídica de esta nueva rama, y formula nuevos conceptos como

el de funcionario internacional o el de derechos adquiridos. Analiza a continuación la organización de dichos tribunales, su competencia, sus fuentes. Todo ello con una importante referencia a casos de jurisprudencia de tribunales de este tipo.

Concluye esta primera parte con "La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria" por Oswaldo Molestina Zavala. Coloca el acento en la relación existente entre la normativa emanada de los diferentes procesos de integración y los respectivos sistemas constitucionales. Parte de un análisis general de las relaciones entre Derecho Internacional y derecho interno, pasa revista a los principios del Derecho Comunitario europeo, a su influencia sobre los procesos latinoamericanos como el Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino que llevó a la conformación de la Comunidad Andina de Naciones. Cierra su trabajo con una sucinta referencia a la ALADI y al MERCOSUR.

El apartado correspondiente a "Comunicaciones y estudios" incluye por su parte trabajos como aquellos presentados por Juan Carlos M. Beltramino sobre "Papel actual de actores no gubernamentales y Derecho Internacional"; Miguel A. Ciuro Caldani sobre "Las bases culturales de la cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio Hispano-Luso-Americano"; Nelson González Sánchez sobre "El Derecho comunitario en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999"; por Hugo Llanos Mansilla sobre "El principio de jurisdicción universal en el Derecho Internacional"; Ana Gemma López Martín sobre "La codificación del derecho Internacional en el umbral del Siglo XXI. Luces y sombras en la labor de la CDI"; por Enrique Mapelli sobre "El transporte aéreo internacional y el denominado "Código Compartido"; por Ernesto J. Rey Caso sobre "Apostillas sobre el derecho del Mercosur y la jurisprudencia arbitral"; y por Alfredo H. Rizzo Romano sobre "Los tribunales administrativos de los organismos internacionales".

No nos extenderemos respecto de estos últimos dado que ello implicaría dar una exagerada extensión a esta nota.

Resta sólo destacar el nivel de los trabajos incluidos en esta nueva edición de tan importante publicación.

Graciela R. Salas

LLANOS MARDONES, Ignacio, *El Derecho de la Delimitación Marítima en el Pacífico Sudeste*, Ril Editores. Santiago de Chile, 1999.

Es esta la publicación de la tesis doctoral presentada en inglés por el Dr. Ignacio Llanos Mardones para optar por el grado de Doctor en Derecho Internacional en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra. El tesista contó con la dirección del profesor Lucius Caflisch y la asistencia del profesor Georges Abi-Saab.

La sola mención de estas personas preanuncian la calidad del trabajo que nos ocupa.

Tal como su título lo indica, se trata de un meduloso estudio sobre temas de Derecho del Mar, respecto de los cuales el autor reconoce la existencia de numerosa bibliografía. Sin embargo centra su atención en el estudio de los aspectos regionales y subregionales del Derecho del Mar, específicamente en materia de delimitación de los espacios marítimos en el Pacífico Sudeste.

En una primera parte se ocupa de conceptos esenciales como es el caso de los principios y métodos que suelen aplicarse a la delimitación de los espacios marítimos, orientándose hacia el análisis de los arts. 74 y 83 de la Convención de Jamaica.

Con este objetivo analiza tan importante instrumento internacional, a la luz de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, de relevante jurisprudencia, de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Todo ello en relación a la interpretación de actos unilaterales ejecutados por Chile y Perú y por la Declaración sobre Zona Marítima de 1952 efectuada por ambos países en forma conjunta con Ecuador, el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 o aún la determinación de la frontera marítima norte de Colombia con Panamá de 1976.

Es de destacar la importancia que este autor atribuye a los tratados de frontera respecto de la división de las jurisdicciones marítimas, lo que coloca a éstas en una profunda relación con las respectivas jurisdicciones terrestres, en férrea unidad.

En la segunda parte profundiza su estudio sobre la delimitación marítima de Chile, Colombia, Ecuador y Perú, esencialmente por el rol desempeñado por estos Estados en la generación de un nuevo espacio marítimo como es el caso de la Zona Económica Exclusiva. Plantea al respecto la función que las "circunstancias pertinentes" cumplen en todo lo relativo a la delimitación de las respectivas jurisdicciones nacionales. A tal fin analiza con detenimiento las delimitaciones de estos tres Estados.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Esta segunda parte está precedida por un análisis de los antecedentes específicos de la cuestión que le ocupa, utilizando documentación de los respectivos Estados, culminando con un apartado especial para el análisis de la tesis del paralelo como método de delimitación.

Va centrando entonces su trabajo sobre el análisis de las fronteras marítimas de la región del Sud-Este del Pacífico.

Un punto digno de destacar es el empeño puesto de manifiesto por el Profesor Llanos Mardones en fundamentar las razones por las cuales considera que ha surgido una costumbre subregional que lleva a una delimitación especial en la región entre Chile, Perú, Ecuador y Colombia, la que no solo tuvo su aplicación en la delimitación lateral sino que también significó una toma de posición conjunta respecto de las 200 millas marinas, es decir a la Zona Económica Exclusiva.

En este orden, como es de práctica, se introduce una y otra vez en el estudio de determinadas fuentes del Derecho Internacional, tal el caso de la costumbre y de la equidad.

Acompaña este estudio con profusión de mapas prolijamente utilizados en los respectivos ítems.

Cierra esta tesis con conclusiones en un número de diecinueve, a través de las cuales formula su posición al respecto, al tiempo que deja abierta la posibilidad de nuevas investigaciones.

La obra está acompañada de importante bibliografía, prolijamente clasificada, y anexos documentales.

Se trata sin dudas de un interesante trabajo, cuya precisión y síntesis lleva a una fácil comprensión tanto de esquema cuanto de contenido específico, a través de los cuales es posible seguir la línea de razonamiento planteada por su autor.

Graciela R. Salas

LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad. Ariel Derecho. Barcelona, 2001. 307 páginas.

La adopción del Estatuto de Roma en julio de 1998 marcó un hito sin precedentes en el desarrollo del Derecho Internacional contemporáneo al dotarse a la comunidad internacional de un Tribunal destinado a prevenir y castigar los críme-

nes más graves de trascendencia internacional, acabando con la impunidad de sus autores. El objetivo de este libro es proporcionar a todos los operadores jurídicos una visión de conjunto del amplio abanico de cuestiones técnicas, jurídicas y políticas que plantea la futura Corte Penal Internacional.

En el mismo se analizan, en sus cinco partes, tres grandes bloques temáticos: el surgimiento de la idea de crear una jurisdicción penal internacional y las principales dificultades para su desarrollo, la Corte Penal Internacional y su funcionamiento, y las relaciones de esta Corte con los Derechos internos.

En la Primera Parte, Orígenes y Evolución Histórica de la Idea de una Jurisdicción Penal Internacional, se analizan dos cuestiones: el principio de la responsabilidad penal internacional del individuo como fundamento de una jurisdicción penal internacional, desde sus antecedentes hasta las deficiencias que exhibe la sanción por los ordenamientos internos, y un minucioso seguimiento del proceso de creación de una Corte Penal Internacional.

La Segunda Parte está dedicada al Análisis de los Aspectos Institucionales del Estatuto de Roma. Se examina en primer término la naturaleza jurídica de la CPI a partir del mecanismo de su creación y la atribución de personalidad jurídica, para establecer luego sus relaciones con los distintos órganos de Naciones Unidas. Sin obviar el problema del financiamiento de la CPI se estudia en detalle su estructura institucional en tres apartados dedicados, respectivamente, a la composición de la CPI, a sus órganos y a la Asamblea de los Estados Partes.

El Análisis de los Aspectos Sustantivos del Estatuto de Roma es desarrollado en la Tercera Parte en dos apartados. En "La Competencia Material de la Corte Penal Internacional" se estudian tanto la configuración de dicha competencia – examinando la superación del enfoque procesal y adjetivo del proyecto de la CDI de 1994 y la proyección de los principios de legalidad y complementariedad- y los crímenes en los que la CPI es competente, id. est, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión, dedicando varias páginas al estudio de cada uno de ellos.

En el segundo apartado se puntualiza la competencia personal –el principio de responsabilidad penal individual, la improcedencia del cargo oficial, la responsabilidad de jefes y subordinados y las causales de eximición de responsabilidad- y la competencia temporal, así como las condiciones de ejercicio y el control de la competencia de la CPI, deteniéndose en aspectos sustantivos del principio de complementariedad y en la dimensión procesal –"la doble llave de la competencia de la Corte"-.

En la Cuarta Parte las autoras proceden al Análisis de los Aspectos Procesales del Estatuto de Roma, organizando la exposición en torno a las tres etapas del proceso.

En el apartado dedicado a la investigación y enjuiciamiento se examinan tanto el derecho a la jurisdicción en el Estatuto –los sujetos legitimados para promover el ejercicio de la acción penal, los mecanismos formales de activación de dicha acción y la atribución al fiscal del poder de iniciar el proceso ex officio- como el procedimiento preliminar o instrucción, atendiendo aspectos particulares de la investigación –el principio de oportunidad como criterio rector de la actuación del fiscal, la remisión de una situación por un Estado Parte y por el Consejo de Seguridad- y del enjuiciamiento, deteniéndose en la orden de detención y comparecencia y en la detención provisional. El apartado se cierra con el examen de la confirmación de los cargos y de los derechos y garantías procesales de las personas durante la investigación.

El apartado siguiente analiza la segunda etapa del proceso ante la CPI, el juicio, detallando cuestiones relativas al lugar de celebración, a los juicios en rebeldía, a las garantías procesales y los derechos del acusado –en donde se destaca el examen de la protección de los testigos, las víctimas y los acusados- y la protección de la información susceptible de afectar la seguridad nacional.

La Cuarta Parte se completa con la terminación del proceso: sentencias, penas y medios de impugnación.

En la Quinta Parte se analiza la relación entre El Estatuto de Roma y los Derechos Internos desde el punto de vista de la cooperación entre la CPI y los Estados. Se desarrollan en concreto la especificidad de las obligaciones de cooperación de los Estados con la Corte, las obligaciones generales de cooperación –previas a la condición de Estado parte, derivadas de los aspectos orgánicos del Estatuto y derivadas de los aspectos sustantivos del mismo- y las obligaciones de cooperación judicial y asistencia judicial, referidas tanto a la etapa de investigación y enjuiciamiento, como a la ejecución de las penas.

El trabajo termina con unas reflexiones finales –La Corte Penal Internacional en Perspectiva de Futuro- en el que se examinan los principales atributos del Estatuto que, en palabras de las autoras, “inaugura un nuevo modelo de cooperación en materia penal [...] a caballo entre el sistema clásico u horizontal basado en la voluntariedad de la colaboración canalizada a través de la extradición, y la cooperación obligatoria o vertical prevista para los tribunales penales internacionales de la ex Yugoslavia y Ruanda”.

Ana Carolina Garriga

MARCHISIO, Sergio, *L' ONU. Il Diritto delle Nazioni Unite*, ediciones Il Mulino, Bologna, 2000, 446 páginas.

El denso libro examina el derecho de las Naciones Unidas, visualizándolo como fenómeno en constante y rápida evolución. El autor se ocupa de las normas e instituciones onusianas, efectuando también una valoración crítica de la práctica. Ello reviste especial importancia vistas las Naciones Unidas como centro de formación del derecho de la comunidad internacional.

La obra se desarrolla en catorce capítulos. El primero, está dedicado a los orígenes y características generales del derecho de la ONU. El autor parte desde las primeras experiencias en cooperación institucional, rescatando las características comunes a los distintos tipos de organización

El segundo capítulo se ocupa de la naturaleza y de los principios fundamentales de la Carta y de los derechos y deberes de los Estados. En lo que hace al primer aspecto, el autor considera que la Carta puede ser calificada como verdadera carta constitucional mundial.

El tercer capítulo se refiere a la enmienda de la Carta y su revisión. El estudio se hace tomando en cuenta el texto mismo de la Carta, pero también, teniendo en cuenta las disposiciones de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986.

El cuarto capítulo desarrolla la pertenencia de los Estados a la ONU y la condición de universal que reviste la organización. Parte el análisis desde los orígenes de la institución, pasando por la etapa de la descolonización y la expansión de los años '90. Se detiene en las interesantes cuestiones relativas a la suspensión y expulsión de Estados Miembros.

El capítulo quinto aborda a la ONU como sujeto de derecho internacional, agregando a ello el estudio del tratamiento que corresponde a los funcionarios y agentes de la organización.

El capítulo sexto estudia la composición, las facultades y funciones de la Asamblea General. El autor se detiene en la organización interna de la Asamblea, sus comisiones y órganos subsidiarios, particularmente, en la Comisión de Derecho Internacional.

Los capítulos séptimo, octavo y noveno se dedican al Consejo de Seguridad, enfocando, respectivamente, * la composición y facultades generales del Consejo de Seguridad; * su rol en la solución pacífica de controversias y * su responsabilidad en el

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

mantenimiento de la paz. Estos capítulos, por su extensión y detalle, reflejan la importancia del rol del Consejo dentro del sistema.

El capítulo décimo analiza la contribución de las organizaciones regionales en el mantenimiento de la paz. Marchisio recuerda que la idea de "regional" no debe ser entendida como una comunidad de Estados geográficamente contiguos sino más bien como una comunidad parcial de intereses dentro de la comunidad universal.

El capítulo undécimo se ocupa de la Secretaría General de la ONU, analizando su naturaleza, evolución, funciones administrativas y políticas. En este capítulo estudia el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, como un elemento de garantía del orden interno de la ONU.

El capítulo duodécimo se detiene en la Corte Internacional de Justicia, analizando su composición, organización y competencia contenciosa y consultiva.

El capítulo décimo tercero estudia la eliminación del colonialismo y la autodeterminación de los pueblos, recordando las principales resoluciones en la materia y las disposiciones relativas tanto a los territorios coloniales como a los fideicometidos.

El capítulo décimo cuarto y último aborda la cooperación económica y social en el sistema de la Carta, abarcando la cooperación para el desarrollo y las instituciones especializadas creadas al efecto.

Este brillante y exhaustivo trabajo de Marchisio es completado por una extensa y relevante bibliografía de carácter general y por un detalle de bibliografía específica por capítulos, incluyendo indicación de las principales direcciones de internet. A estos méritos se agrega un detallado índice analítico, el que permite una rápida y ajustada ubicación de los temas.

La obra, a más de una destacable precisión y objetividad en el tratamiento de los temas, constituye un altamente valorable aporte didáctico para el mejor conocimiento y comprensión del sistema jurídico internacional.

Zlata Drnas de Clément

MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio, *La Solución de Controversias en el Mercado Común del Sur (Mercosur), Estudios de sus Mecanismos*, Tórculo Edicións. Colección de estudios internacionales. Santiago de Compostela, España, 2000.

Esta monografía del Profesor Antonio Martínez Puñal está prologada por el Catedrático don Manuel Pérez González, lo que preanuncia el cuidado con que el docente compostelano presenta su nueva publicación.

Comienza su trabajo con un capítulo relacionado con la solución de controversias en tanto instrumento que dinamiza el proceso de integración. A partir de esta idea central, va desgranando su posición, que cierra en el último capítulo, acerca de la importancia de los sistemas de solución de controversias como reaseguro de los procesos de integración, y como garantía de seguridad jurídica, tan necesaria en nuestro subcontinente.

Rescata, sin embargo, el carácter evolutivo del sistema de solución de controversias del Mercosur, acorde con la condición de área de libre comercio mercosureña que paulatinamente fue alcanzando la actual unión aduanera, siempre en una situación pendular, si se nos permite la expresión, entre una organización internacional de cooperación y una organización de integración.

De allí que se detenga específicamente en el derecho originario que emana del Tratado de Asunción y aquellos acuerdos que forman parte del mismo, en el derecho complementario, es decir los tratados celebrados entre los cuatro Estados Parte en el marco del Tratado de Asunción pero que no es equiparados a éste, y en el derecho derivado de la acción de los propios órganos internos de MERCOSUR.

Es de destacar su análisis de la jerarquía de la normativa mercosureña y su planteamiento acerca de la existencia de una auténtica eficacia directa en el sentido europeo; asimismo se detiene en un pormenorizado estudio de las relaciones entre la normativa mercosureña y el derecho interno de los Estados, y muy especialmente del carácter de la enumeración de las fuentes enumeradas en los artículos 1, 19 y 25 del Protocolo de Brasilia, y en el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto. De esta forma su análisis se acerca a la discusión sobre la existencia de principios del posible derecho comunitario de la subregión, como en el caso de la eficacia directa, la aplicación inmediata o la primacía de las normas aprobadas en el seno del Mercosur frente a los respectivos sistemas jurídicos de los Estados Parte.

Luego de una síntesis de los mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR, dedica buena parte de su trabajo a la solución de controversias en los protocolos operacionales que surgieron en el seno del mismo, como asimismo en los Acuerdos de Complementación Económica celebrados con Chile y Bolivia. En este punto el autor destaca la transitoriedad del sistema de solución de controversias, lo que condice con la condición de proyecto abierto del sistema creado en 1991, en orden a la necesidad de afianzar este tipo de procesos de integración.

Por otra parte, en distintas oportunidades el profesor Martínez Puñal se inclina en forma clara hacia la necesidad de la constitución de un tribunal que se encuentre en condiciones de cumplir un rol tan importante como el desempeñado por el Tri-

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

bunal Europeo, especialmente en cuanto a la interpretación uniforme del posible derecho comunitario, en la etapa prejudicial o la acción de incumplimiento, acción esta que en el sistema europeo abarca ya al mero dictado de una normativa interna que entre en colisión con el Derecho Comunitario.

Este punto se complementa posteriormente con un enjundioso análisis de los tres primeros fallos de los respectivos Tribunales arbitrales de MERCOSUR. En este análisis cabe destacar su capacidad de síntesis y las interesantes reflexiones finales a cada uno de los fallos dictados al tiempo de esta publicación.

No escapa a este análisis el enfoque jurídico, político y social del proceso que ha significado MERCOSUR, fruto precisamente del acercamiento del autor a esta problemática, no solo a través de la profusa bibliografía consultada, sino esencialmente por su conocimiento directo de las marchas y contramarchas de este nuevo intento integracionista latinoamericano.

Finalmente, debemos destacar la amplitud de criterio del Profesor Antonio Martínez Puñal, que le permite superar las limitaciones que suele imponer a los autores europeos su condición de tales.

Graciela R. Salas

MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho Procesal Civil Internacional. Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. Colombia. 2001.

El Profesor Marco Gerardo Monroy Cabra, Decano de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario - Colombia - aborda en esta obra un tema de gran actualidad e importancia, cual es la problemática que plantea el Derecho Procesal Civil Internacional, en momentos en que las relaciones privadas manifiestan un profundo desarrollo de tráfico externo.

El trabajo va más allá de presentar una acabada sistematización de fuentes jurídicas sobre la materia procesal internacional ya que el autor, a lo largo de los quince capítulos que comprende el libro, efectúa un interesante análisis de la problemática referida a la ley aplicable al proceso, a la jurisdicción internacional, al derecho que rige los presupuestos procesales y la prueba, al conocimiento y aplicación del derecho extranjero, la cooperación internacional en el proceso, la recepción de las pruebas judiciales en el exterior, los exhortos y cartas rogatorias para las notificaciones, citaciones, emplazamientos e informes que se soliciten a autoridades foráneas, los exhortos o cartas rogatorias para la práctica de pruebas en el ex-

trajero, las medidas cautelares sobre bienes situados en el exterior, el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, y la condición jurídica procesal de éstos.

En orden a las fuentes jurídicas convencionales, el Profesor Monroy Cabra se refiere a las vertientes convencionales que abordan las cuestiones señaladas precedentemente, y que provienen tanto de foros de codificación universal - Convenciones de la ONU, Conferencia de La Haya -, como continental - Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), incluyendo asimismo, Tratados multilaterales que regulan la problemática, a saber: los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y el Código Bustamante de 1928.

Para facilitar la consulta, el autor incorpora un anexo normativo en el que incluye el texto completo de los convenios aplicables según sea el ámbito material y territorial correspondiente. Aunque su visión es a partir del derecho colombiano, el planteo resulta útil también para estudiosos de otros países ya que desarrolla los principios del derecho procesal internacional que exceden el ámbito territorial de su país.

Cabe destacar que el tratamiento de los temas que integran el derecho procesal civil y comercial internacional es planteado desde una arista teórica aunque dedica especial atención a la faz práctica, presentando los temas de manera clara y precisa. Ello conduce a aseverar que el libro de este eximio jurista colombiano posee un enorme valor tanto para académicos, como para estudiantes y profesionales del derecho, particularmente para quienes se dedican al Derecho Internacional Privado y al Derecho Procesal Internacional.

Adriana Dreyzin de Klor

PIOMBO, Horacio Daniel. Tratado de la Extradición (Internacional e interna), Volumen II. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1999.

La extradición por su objeto pertenece al ámbito de la cooperación internacional, tal como lo ha caracterizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos, dado que es un acto de asistencia jurídica internacional cuyo fundamento radica en el interés común de todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados, y eventualmente condenados, en el país cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictuosos, no admitiendo su procedencia otros reparos que los derivados de la soberanía de la Nación requerida y de las leyes o tratados que rijan el caso.

La extradición en sus dimensiones internacional e interna es el gran tema que continúa abordando el Profesor Dr. Horacio Daniel Piombo en este segundo Volumen que hoy comentamos, el cual completa su obra especializada, titulada Tratado de la Extradición (Internacional e Interna).

Los dos volúmenes de la obra permiten transitar el camino de la extradición a través de un claro esquema de exposición, que beneficia al sujeto de estudio, constituyendo un trabajo sistemático y completo que recepta, en palabras del autor, "su experiencia adquirida respecto del tema en la docencia, la función judicial y en el ejercicio de misiones de carácter diplomático y de elaboración legislativa".

En el Tomo I, editado en 1998, el autor estudia y analiza detalladamente la parte general del instituto extradicional, mientras que en el presente Volumen II que aquí nos ocupa, se dedica, principalmente, al examen de dos temas fundamentales: la dinámica de la extradición internacional (requisitos de la solicitud de entrega del sujeto reclamado, del procedimiento administrativo y judicial) y la extradición interjurisdiccional interna (interprovincial).

El presente Volumen de extensión similar al primero (691 páginas) contiene, al igual que el anterior, los siguientes Índices: 1- Disposiciones de la Ley 24.767 citadas en el texto; 2- Autores; 3- Materia; 4- Analítico. Presenta, asimismo, el Estado de vigencia de las Convenciones Multilaterales referentes a temas abordados en este Segundo Tomo. Además, las notas que contiene la obra a pie de páginas, lucen por su precisión y pertinencia, transformándose en una herramienta útil para el operador jurídico, ya que permite profundizar en la bibliografía y temas anotados, de un modo claro, sencillo y puntual.

El estudio del Derecho Extradicional argentino que el autor trata en este Volumen II, comienza con los presupuestos del requerimiento. El autor analiza detalladamente la viabilidad del requerimiento considerando si existe una vinculación convencional o un deber jurídico de extraditar basado en la existencia de reciprocidad, principio guía tanto en la creación como en la observación de las normas jurídicas, determinando, a su vez, los factores condicionantes para la viabilidad del requerimiento en el derecho argentino..

Al tratar las vías de acceso en que se transita la demanda, o sea, los conductos mediante los cuales el documento es recibido por la autoridad de la jurisdicción donde se intenta hacerlo valer, analiza detalladamente las vías indirectas y directas, según se utilicen los canales diplomáticos o consulares, o si el requerimiento se trasfiere directamente de gobierno a gobierno. Expresa que en el trámite de la extradición, al igual que en cualquier otro ámbito procesal, gravitan decididamente

los omnipresentes principios de celeridad y economía, pero en constante tensión dinámica con los principios de respeto de la soberanía y salvaguarda de la autenticidad documental. Al respecto señala que “la tendencia en el plano juscomparatista pone de relieve que mientras las leyes internas mantienen el tratamiento diplomático tradicional, los convenios interestatales incorporan vías directas como opcionales”. Analiza luego los medios de acceso empleados como soporte de la solicitud extraditoria, aludiendo así, a los elementos portadores del contenido del documento, sin que necesariamente ocurra el desplazamiento interjurisdiccional del original, ya sea que toda la estructura documental se encuentre articulada sobre manifestaciones de voluntad objetivadas en la materialidad del papel y autenticadas con la firma del otorgante, o con apoyo en la documentación electrónica.

En un segundo paso de carácter metódico, esclarece los recaudos que integran la solicitud o demanda de extradición, en especial dos cualidades que hacen a su circulación internacional: la autenticidad (certificación y legalidad) y la inteligibilidad lingüística (traducción, que se vincula al tema más genérico de la inteligibilidad del documento). A su vez, en cuanto a los requisitos de admisibilidad de las solicitudes de requerimiento, el autor marca las particularidades que se presentan en materia de extradición referidas respectivamente a procesados y condenados, señalando, además, los requisitos comunes a ambos supuestos. En cuanto al Procedimiento, que tradicionalmente en nuestra legislación ha estado articulado a través de dos etapas fundamentales: la administrativa o política y la judicial, nos señala el autor que en la actualidad, de acuerdo a la Ley 24.767 y a diferencia de la normativa que le precedió, el trámite administrativo, no sólo configura una etapa previa sino también otra posterior y condicionante de la judicial. Esta tercera etapa, constituye una innovación establecida por la ley destinada a verificar un reexamen político de la decisión judicial que disponga la entrega del sujeto requerido, asumiendo así el poder político un papel decisivo en el instituto de la extradición.

La Etapa Administrativa es estudiada en todos sus principales aspectos (por ejemplo: poderes del P.E.N.; papel del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, tópicos sometidos a revisión, requerimientos que atañen a refugiados, concurso de demandas, etc.). Simultáneamente, el autor comenta y analiza los cambios que con relación al sistema extradicional recepta la Ley 24.767, entre ellos, la supresión del rol asesor de la Procuración General de la Nación.

La Etapa Judicial del Procedimiento Extraditorio es analizada en sus dos manifestaciones, o sea, la cautelar y la de conocimiento. El examen y estudio detallado de la etapa cautelar se centra en el profundo cambio consistente en que cualquier país, así no se halle ligado a la República Argentina por Tratado de Extradi-

ción, se encuentra habilitado para requerir el arresto preventivo del extraditable, como también que dicha privación de libertad se efectivice sobre la base de simples solicitudes genéricas insertas en los Boletines de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol). Al respecto, manifiesta el autor, que "en razón de que en la problemática gravitan valores fundamentales, como certeza y eficacia, todos los tratados y leyes contemporáneos vinculados con el procedimiento de extradición estatuyen alguna forma de tutela cautelar sobre la persona reclamada, que va desde la privación completa de su libertad hasta una restricción de la misma enmarcada por obligaciones tales como no ausentarse de su domicilio o la comparecencia periódica ante determinada autoridad policial o judicial". En relación a la etapa de conocimiento -juicio de extradición- delimita los temas que son objeto de debate en el proceso judicial. Marca los lineamientos básicos para determinar las atribuciones y facultades del magistrado especificadas en la Ley 24.767, como así también en cuanto al desempeño de las partes, destacando la intervención del Ministerio Público Fiscal, investido de una particular representación en el art. 25 de la Ley 24.767, lo que garantiza que el trámite de extradición, sea un verdadero juicio con partes titulares de pretensiones contrapuestas. Como el texto de la Ley 24767 se apoya en el Código Procesal Penal de la Nación, el autor hace especial hincapié en la aplicación de las reglas del juicio correccional previsto en dicho cuerpo normativo para la sustanciación del requerimiento, desechando la alternativa del procedimiento ad hoc seguida por todos los antecedentes legales patrios.

Al tratar la fase ejecutiva, la estudia y analiza en detalle, no sólo en lo que hace al procedimiento ordinario o genérico de extradición pasiva, sino también en lo que hace a procedimientos especiales, diferenciando los que exhiben una abreviación o simplificación de formalidades, respecto de los que se articulan en auxilio del trámite ordinario. En la categoría de "abreviados" o "simplificados" se incluyen dos que descansan en el consentimiento: a - extradición simplificada por la preexistencia de sentencia que disponga la entrega; b - extradición abreviada por allanamiento del requerido a la requisitoria cursada. También se contemplan dos procedimientos que procuran dotar de mayor efectividad a la extradición: en un caso atendiendo a las contingencias geográficas (extradición fronteriza), y en el otro a la índole de las personas requeridas (extradición de desertores). A su vez en la categoría de "auxiliares" se ubican las extradiciones denominadas en tránsito y provisoria. Todo esta temática referida a la etapa ejecutiva es analizada por el autor, a la luz de los lineamientos y disposiciones normativa del derecho patrio y convencional.

La problemática de la concurrencia de demandas de extradición suscitada por un delito multinacional o por la pluralidad de ilícitos con localización

extranacional, es objeto de tratamiento especial a través del estudio de las distintas hipótesis de concurrencia fáctica que gravitan en la especie.

La obra continúa con el estudio de las limitaciones emergentes del juicio de extradición, es decir, la incidencia de los principios de especialidad y atenuación de la pena, para finalizar con la determinación y análisis de los parámetros que enmarcan, en cumplimiento de la recepción del limitado principio "aut dedere aut punire", el juzgamiento del no extraditado por los delitos que fueran materia de una frustrada demanda de entrega. Nos señala al respecto el autor, que "en el área de la prevención y represión del crimen transnacional, se patentiza que el camino más efectivo para lograr resultados concretos es que el Estado, sin condicionamientos, cumpla con las alternativas fijada por la doctrina del siglo XVII: extraditar o juzgar" (aut dedere aut punire, aut tradere aut judicare).

Luego de tratar la extradición activa y sus principales aspectos y cuestiones, la última parte de la obra está dedicada a un replanteo doctrinario del tema de la extradición interjurisdiccional o interprovincial, mediante el análisis crítico del funcionamiento del instituto, en lo que atañe a esencia, presupuestos, concepto, categorización, fuentes, procedimiento. Analiza el autor, la insoslayabilidad del proceso extraditorio interno y su paralelo con la extradición internacional; el desarrollo temporal del instituto en el derecho patrio y en algunos derechos extranjeros; los presupuestos de actuación; su técnica en los Códigos procesales provinciales y en la normativa convencional interjurisdiccional, especialmente en la Convención aprobada por ley 20711, del 24/4/1973, entre la Nación y la Provincia de Buenos Aires, acuerdo incorporado al ordenamiento de la totalidad de las provincias argentinas. Recala de modo particular en el exhorto como canalización instrumental del requerimiento de extradición, por entender que su regulación (libramiento, recaudos y ejecución), es decisiva a la hora de configurar el sistema cooperativo interjurisdiccional en materia de extradición. Explicita luego el papel de los sujetos en el proceso de extradición interjurisdiccional interna, especialmente en los aspectos atinentes a las facultades del magistrado requerido, lapso de detención del extraditable, y circunstancias que hoy atemperan su eficacia.

Finaliza la obra haciendo una apreciación general sobre la Solución de Conflictos, señalando al respecto, que así como en las controversias suscitadas por los casos de extradición en el orden interno se componen mediante recursos judiciales, en el ámbito internacional, vedado el uso de la fuerza, se reconducen a los mecanismos de solución pacífica. Con miras al desarrollo progresivo del sistema de extradición vigente, pone de relieve el autor, la necesidad de efectivizar emprendimientos en los ámbitos de la legislación y de la concertación internacional

que atiendan a los criterios a nivel mundial y continental, y especialmente, a la formación de un espacio jurídico común en materia de cooperación penal en el Mercosur.

Luego de la lectura de la presente obra, solo nos resta decir que la misma constituye un aporte valioso sobre el tema de la extradición, destacándose no sólo por su aspecto doctrinario sino en cuanto a los casos de jurisprudencia mencionados y comentados que contiene, lo cual la convierte en un material de elevada jerarquía e importancia sobre un tema siempre actual. Su lectura resulta amena y por su carácter didáctico es de suma utilidad para profesionales especializados o no, magistrados y funcionarios judiciales y administrativos, docentes universitarios y estudiantes de derecho.

Los conflictos que continuamente se presentan sobre el tema y que deben ser analizados y solucionados con eficiencia, nos obligará volver continuamente a releer las páginas de esta obra, para actualizarnos o bien rever nuestros conocimientos en la materia y, de esta forma, poder lograr un asesoramiento y servicio profesional eficiente y un desempeño docente, judicial o administrativo, acorde a las necesidades de este tiempo.

Luis Cruz Pereyra

PONTE IGLESIA, María Teresa, Conflictos Armados, Refugiados y Desplazados Internos en el Derecho Internacional Actual, Tórculo Edicións, Colección Estudios Internacionales, Santiago de Compostela, 2000, 285 páginas.

La obra que reseñamos aborda uno de los grandes temas del Derecho Internacional de nuestros días.

Su autora María Teresa Ponte Iglesias, Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela, España, se centra en la necesidad de protección de los refugiados y de los desplazados internos en situación de conflicto armado.

Resulta interesante el planteo en torno a la profunda interrelación – la indisociabilidad – existente entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados.

A la indudable actualidad que presenta en el escenario internacional la figura de los refugiados y desplazados internos, se añaden dos razones que alientan a la autora a tratar el tema:

- determinar en qué medida la regulación jurídica existente responde a las nuevas necesidades y realidades que plantea la protección de estos colectivos de personas.

- examinar cómo la Comunidad Internacional y, en particular, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) reaccionan ante el fenómeno de los flujos masivos de refugiados y personas desplazadas en situaciones de graves crisis humanitarias provocadas por conflictos armados internacionales o internos.

La investigadora efectúa un minucioso examen de la práctica de la Organización de Naciones Unidas, tomando como punto de referencia Resoluciones de Asamblea General, Resoluciones del Consejo de Seguridad, Informes del ACNUR, Informes del Representante del Secretario General para las cuestiones de los desplazados internos presentados en el marco del Consejo Económico y Social.

Nos encontramos ante una pieza con muy buena división en un total de siete capítulos, bien delimitados.

En el Capítulo I titulado "El fenómeno de los refugiados y desplazados internos en el escenario de la posguerra fría", plantea que el fenómeno de los refugiados y desplazados internos es una de las cuestiones internacionales más grave a que debe hacer frente el Derecho Internacional. Fenómeno que es el resultado de conflictos internos de distinto corte.

Señala que lo importante en nuestros días es saber en qué medida los instrumentos jurídicos internacionales responden a las nuevas necesidades y cómo la Comunidad Internacional y el ACNUR reaccionan ante el flujo masivo de personas que no pueden ser encuadradas dentro de la categoría de refugiados.

A lo largo de todo el Capítulo II "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados desde una perspectiva convergente" enfatiza el carácter complementario y convergente entre los tres sistemas de protección antes aludidos, pues los tres tienen como elemento común la defensa, garantía y protección efectiva de los derechos de las personas humanas ya sea con carácter general o ante situaciones concretas.

El desarrollo del Derecho Internacional de los Refugiados está marcado por los conflictos armados, de allí que el Capítulo III se titula "Los conflictos armados en la génesis del Derecho Internacional de los Refugiados". La autora distingue entre los tratados sobre la materia celebrados antes de 1951 y los posteriores, entre

los que se comenzarán a destacar normas de alcance regional. Concluye señalando que "nunca como en el presente resulta imperioso un planteamiento abierto que incluya una noción de refugiado lo suficientemente abierta así como fórmulas adecuadas para brindar protección al creciente número de personas que, a raíz de la multiplicación de conflictos armados internos, buscan refugio y asistencia por parte de la Comunidad Internacional". De allí deriva el interés y la necesidad de examinar el concepto de refugiado, tema al que se aboca en el siguiente capítulo. Concepto que se ha ido ajustando a los cambios y necesidades de la Comunidad Internacional hasta que alcanzó una visión amplia e integradora.

El Capítulo IV "El concepto de refugiado: su progresiva ampliación" trata el tránsito de la sectorialización a la universalización de dicho concepto, evolución que se da a partir de la Segunda Guerra Mundial.

En nuestros días, para Ponte Iglesias resulta insuficiente una definición de refugiado nacida en los albores de la Guerra Fría y basada en el "temor fundado de persecución", por lo tanto es necesaria su ampliación para que cubra todos los supuestos que se presentan.

El examen de la práctica pone de manifiesto de que manera desde la Asamblea General de Naciones Unidas y del ACNUR se propicia una interpretación amplia y flexible del concepto que abarque todos los colectivos cuya vida o libertad se encuentran amenazados.

En opinión de la Profesora de Santiago de Compostela una definición amplia de refugiado sería aquella que resulta de la integración de los criterios contenidos en la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional, en la Convención de la OUA de 1969 y en la Declaración de Cartagena de 1984.

En consecuencia, refugiado sería "aquel que se encuentre fuera de su país, careciendo de la protección de éste, en razón de fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opciones políticas, o cuya vida o integridad física o moral se ve amenazada por la violencia generalizada, los conflictos armados internos o internacionales, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que perturben gravemente el orden público".

En la última parte del capítulo se refiere expresamente al tratamiento que recibe esta problemática en el derecho español.

En el Capítulo V "El Sistema Internacional de Protección de los Refugiados: el papel del ACNUR" encontramos la práctica del Alto Comisionado en la materia.

Comienza analizando el planteamiento tradicional y luego pasa a examinar la protección de los refugiados en el nuevo contexto de la posguerra fría. Afirma que el ACNUR en la práctica ha ido ensanchando el círculo de personas a las que se extiende su mandato, sus actividades alcanzan a personas no estrictamente refugiados. A raíz de esta necesidad de protección internacional más amplia el ACNUR diseña una estrategia centrada en tres pilares fundamentales: *el fortalecimiento del estatuto del refugiado; *la asistencia humanitaria y el mantenimiento de la paz y *el imperativo de la prevención. Pilares en torno a los cuales se estructura este capítulo de la obra que comentamos.

Considera que el fortalecimiento del estatuto de refugiado se asienta en la observancia del principio de no devolución, el fomento y protección de los derechos y libertades fundamentales y en el desarrollo del concepto de protección temporal.

En cuanto al segundo pilar afirma que la nueva estrategia del Alto Comisionado está estrechamente vinculada a las acciones de Naciones Unidas en los que respecta al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por último, el imperativo de la prevención tiene como objetivo adoptar medidas para reducir o suprimir las causas generadoras de refugiados o desplazados.

Finaliza el capítulo destacando la importancia del principio de solidaridad internacional como apoyo y complemento de las responsabilidades nacionales.

A las Personas internamente desplazadas dedica el Capítulo VI, no obstante haberse referido reiteradamente a ellas a lo largo de todo el desarrollo de la investigación.

Si bien no existe una definición jurídica comúnmente aceptada, sostiene que la adoptada en el ámbito de Naciones Unidas en 1998 en el documento Principios Rectores de los Desplazados Internos, más allá de tener un carácter amplio y flexible, intenta crear una categoría jurídica definida y aceptada por la generalidad.

Ante la insuficiencia del marco jurídico de protección internacional de esta categoría de personas, plantea que es preciso remitirse a los instrumentos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y por analogía al Derecho de los Refugiados. Aunque cabe destacar que se está trabajando en un marco jurídico internacional para la protección de los desplazados internos. En este capítulo también encontramos referencias a la acción internacional desplegada por ACNUR a favor de estas personas.

Finalmente en el Capítulo VII, recoge las conclusiones sobre el tema analizado, de las cuales seleccionamos el siguiente párrafo:

“la prevención de los conflictos, la observancia de los derechos humanos y la protección de los refugiados y personas internamente desplazadas se inscriben así dentro de los propósitos de las Naciones Unidas. Son problemas que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto y, por consiguiente, exigen la cooperación internacional y, sobre todo, el compromiso de los Estados de cumplir y respetar sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Refugiados.”

Es interesante destacar que el libro analizado, por sobre todas las cosas, goza de destacable claridad expositiva lo cual lo torna de fácil y amena lectura. Todo ello sin descuidar la profundidad del tema abordado, aspecto que se pone de manifiesto en las más de cuatrocientas notas a pie de página y en la abundante bibliografía seleccionada.

En fin, un gran aporte para los estudiosos y operadores del Derecho Internacional. Una importante fuente de consulta tanto para aquel que desee conocer la evolución, práctica y regulación de los derechos de estas categorías de personas como para el que necesita profundizar la materia.

María Alejandra Sticca

PUENTE EGIDO, José. Casos Prácticos de Derecho Internacional Público. 3ª edición. Ed. Kadmos. Salamanca, 2000. 485 páginas.

El Prof. Puente Egido, Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, presenta esta tercera edición reafirmando su convicción en la importancia del estudio del Derecho Internacional a través de los casos prácticos, no sólo por considerar que una enseñanza así orientada es “perfectamente congruente con la naturaleza y caracteres” de un Derecho Internacional nacido de la práctica internacional, sino también por su enorme valor como elemento corrector de “hábitos o actitudes intelectuales invertebrados” que tienen su origen en el estudio exclusivamente dogmático de esta disciplina.

Las cuestiones teóricas de Derecho Internacional que se ven involucradas en el caso encabezan el tratamiento de cada uno de los temas, es el armazón de conceptos que el estudiante necesita para comprenderlo y enfrentar el análisis de su doctrina. El supuesto de hecho sitúa al caso en todas sus circunstancias y accidentes. La presentación del caso –fallo, laudo o texto normativo- es seguida por observaciones en las que se desarrollan y vinculan los temas propuestos. Esta exposición es acompañada por mapas y gráficos, algunas reflexiones finales y anexos cuando se requieren informaciones complementarias.

El Capítulo I se dedica a la Naturaleza del Derecho Internacional, a través del análisis de casos del siglo XIX y principios del siglo XX que permiten indagar las concepciones originarias de este Derecho, así como la evolución de algunas instituciones internacionales.

Las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno son examinadas en el Capítulo II, a través de un análisis de documentos de origen español, inglés, francés, alemán y estadounidense que permite avanzar sobre la cristalización de las elaboraciones teóricas que inspiraban estos ordenamientos nacionales tanto en el plano normativo como jurisprudencial. Son tratados con detenimiento los problemas que presentan las distintas fuentes, las cuestiones generales relativas a la constitucionalidad, la aplicabilidad o la interpretación de la norma internacional, así como cuestiones especiales, tales como la validez de un acuerdo internacional imperfectamente ratificado, el derecho intertemporal o la remisión del Derecho interno al Derecho Internacional. El esquema se completa con las modificaciones que introduce en estas relaciones las características propias del Derecho comunitario.

El Tercer Capítulo se dedica a las Fuentes del Derecho Internacional, aunque se concentra en el estudio de aspectos esenciales relacionados con la costumbre y el tratado, ámbito en el que se examina la situación de los Estados de estructura federal. Cierra el Capítulo el tratamiento de la imperfección de la regla jurídico-internacional y el problema de las lagunas en el Derecho Internacional, marco que le permite examinar el recurso a la analogía, la función del juez internacional y el valor supletorio de las soluciones judiciales, la aplicación de la equidad y la noción de orden jurídico internacional como sistema.

El Capítulo siguiente, Sujetos del Derecho Internacional, gira en torno al Estado, las organizaciones internacionales y la persona humana. Nos sólo se abordan las cuestiones clásicas, tales como la base territorial y personal del Estado, el reconocimiento y la noción de dominio reservado, sino que se avanza también sobre la extensión de este último concepto a las organizaciones internacionales y sobre los límites que impone el orden público europeo a la competencia penal estatal.

El Capítulo V se dedica a la Responsabilidad Internacional, distinguiendo el caso de la responsabilidad entre Estados y frente a organizaciones internacionales. Los casos expuestos permiten abordar los problemas de imputación, de nacionalidad y protección diplomática, la relación entre los principios de libertad de juicio en el juez internacional, de igualdad procesal de las partes y de competencia de la instancia internacional, la aplicación del Derecho interno por parte de tribunales internacionales...

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

En el Capítulo VI, Derecho del Mar. Delimitación de Espacios Marítimos, el Prof. Puente Egido, a más de desarrollar los casos que han signado la evolución de esta rama del Derecho Internacional, se ocupa de cuestiones como el componente social en una regla internacional o las líneas de desarrollo en el nuevo Derecho Internacional del Mar.

El último Capítulo está dedicado al Derecho Comunitario, mediante el análisis de los leading cases Costa/ENEL y Van Gend and Loos, completado con el examen de la competencia internacional de la Comunidad realizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de marzo de 1996 –“Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

El libro se cierra con un interesante Apéndice –La Pedagogía del Caso Práctico– organizado en dos apartados “El estudio del Derecho Internacional a través de los casos prácticos” y “La técnica del comentario de texto” y seguido por “Ejemplos de comentario de textos”, un Índice Analítico y un Índice Sistemático.

Se trata de un texto accesible para estudiantes que pone de manifiesto las relaciones entre el conocimiento y la práctica del Derecho Internacional, en palabras del autor, “una relación dialéctica ... pero no como dos realidades distintas, sino más bien como dos aspectos complementarios de la misma realidad”.

Ana Carolina Garriga

RIQUELME CORTADO, Rosa. La Reforma del Consejo de Seguridad de la ONU. El Incremento de sus Miembros y su Más Adecuada Representación Equitativa. Cuadernos Internacionales 1. Universidad Autónoma de Madrid. Ed. Dykinson. Madrid, 2000. 149 páginas.

Tal como adelanta el Prólogo de Antonio Remiro Brotóns, la UAM inicia su colección de Cuadernos Internacionales con un estudio sobre la reforma de la Carta de Naciones Unidas, “Ley Fundamental de la Coexistencia más o menos pacífica entre Estados capitalistas, socialistas y tercermundistas” para adaptarlas al contexto post guerra fría.

La Prof. de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia trata en la Introducción La Reforma de las Naciones Unidas en función de dos ejes: las reformas administrativas y de gestión emprendidas por el Secretario General y las reformas institucionales que competen a los Estados miembros. Las primeras se basan en el informe sobre la Renovación de las Nacio-

nes Unidas: un Programa de Reforma y tienden a una mejor dirección y gestión estratégica de la ONU, a agilizar su estructura para ganar en eficiencia y celeridad en la respuesta a crisis y al fortalecimiento de sus vínculos con los agentes de la sociedad civil, entre otros objetivos. No obstante, considera necesario complementar ese conjunto de reformas con la redefinición, por parte de los Estados miembros del papel que puede llegar a desempeñar la ONU en los años venideros. Entre las mismas sitúa en particular, la necesidad de revitalizar la Asamblea General y el Consejo Económico y Social –expandiendo sus métodos de trabajo- y de revisar los criterios de financiación de la Organización, apoyando sus observaciones en numerosos datos y cuadros relativos a la participación de los Estados en el presupuesto de ONU.

En el segundo Capítulo, La Reforma del Consejo de Seguridad, Objetivo Prioritario, funda “Su Razón de Ser” en la tendencia a que el aumento del número de miembros en las organizaciones interestatales se proyecte en el de sus órganos restringidos. Dedicó el apartado siguiente a la “Creación y Programa General de Actuación del Grupo de Trabajo Instituido al Efecto”, instituido en el año 1992, tras la incorporación de una treintena de estados, que abordó cuestiones tan variadas como los principios que deberían regir la reforma, la determinación del quantum de la ampliación, la eventual adición de una tercera categoría de miembros, i. a.. El último título de este Capítulo se refiere a las mayorías requeridas para una eventual reforma (A/RES/53/30).

El Capítulo siguiente, El Debate sobre el Incremento del Número de Miembros y la Representación Equitativa del Consejo de Seguridad, está dedicado al análisis de la posición de los principales actores en este debate sobre cuestiones como el “Quantum de la Ampliación” y la introducción de asientos regionales permanentes en rotación –regional permanent rotating seats-, tanto para el caso de miembros permanentes, como semipermanentes y no permanentes.

En relación con la hipótesis de asientos regionales permanentes en rotación, la Prof. Riquelme Cortado estudia la eventual representación del mundo industrializado, mediante las candidaturas permanentes de Alemania y Japón, la representación permanente del mundo en desarrollo –cuestionando la posibilidad de emplear esta modalidad en este supuesto- y las modalidades de selección y designación de nuevos miembros permanentes.

En el apartado dedicado a los “Miembros No Permanentes y Semipermanentes” estudia la variante de ampliación de los asientos no permanentes, dedicando una sección a los miembros no permanentes de más frecuente elección.

El último apartado de este Capítulo se refiere al "Método de Adopción de Decisiones: la Reforma del Derecho de Veto", tratando en el mismo tanto la abolición o limitación del ejercicio del derecho de veto como la relación entre el derecho de veto y los nuevos miembros permanentes.

Rosa Riquelme completa su libro con un Capítulo titulado Su Eventual Reflejo en el Aumento y Representación Equitativa de la Corte Internacional de Justicia en el que, nuevamente apoyada en una interesante recopilación de datos y de opiniones doctrinales, evalúa la posibilidad de modificar la composición y aún la organización de la CIJ.

Cierran este trabajo unas breves Conclusiones en las que se enlazan las observaciones efectuadas a lo largo de su trabajo para fundar su propuesta de modificación.

Ana Carolina Garriga

SCOVAZZI, Tullio (ed.). *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*. Università degli Studi di Milano – BICOCCA – Facoltà di Giurisprudenza. Giuffrè Editore. Milano, 2001. 481 páginas.

Como señala Tullio Sacovazzi en las palabras preliminares –Scope of the research project- este trabajo reúne los resultados parciales de un proyecto mayor sobre Medio Ambiente, Derechos Humanos y Liberalización del Comercio Internacional, encabezado por las Universidades de Siena y Milano-Bicocca, desarrollado en el marco de un programa ALFA de la Comisión Europea. Este proyecto analiza el impacto de la integración regional en a) el desarrollo de derecho ambiental en el seno de las organizaciones regionales y sus Estados miembros y b) el desarrollo de derecho ambiental internacional, tomando en cuenta los tres niveles de protección del medio ambiente –nacional, regional e internacional-. El trabajo se estructura en cuatro partes, seguidas por un anexo documental.

La Primera Parte está dedicada al estudio de la Unión Europea.

Mireya Castillo Daudí en "Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia de Medio Ambiente: Aspectos Internos" realiza un seguimiento de la evolución de la acción comunitaria en materia medioambiental, partiendo de la ausencia de base jurídica para esta materia en los tratados constitutivos y la acción de las Instituciones Comunitarias sobre los entonces Arts. 36, 100 y 235, y la posterior revisión tanto del Derecho originario como derivado del medio ambiente.

En un estudio complementario, José Juste Ruiz desarrolla "Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia de Medio Ambiente: Aspectos Externos" en torno a dos ejes: las bases de la competencia convencional comunitaria en materia ambiental y su ejercicio, analizando el desarrollo de la competencia convencional, la práctica comunitaria en materia de celebración, la participación en las reuniones de las partes, el ejercicio del derecho de voto y la solución de controversias.

En "The Treaty of Amsterdam and the Development of European Integration in the Field of the Environment" Roberta Garabello expone, en primer lugar, cómo se ha reforzado el principio de desarrollo sustentable y de qué manera se ha democratizado el proceso de toma de decisiones en materia ambiental desde Amsterdam. En segundo término analiza el principio de integración de las consideraciones ambientales en las demás políticas comunitarias, dedicándose en particular a la evolución de este principio, a la situación que plantea la ampliación de la Unión y al control de su aplicación.

El trabajo de Tullio Scovazzi, "The Effects of European Integration on the Environment Legislation of Italy", a más de señalar la influencia de la legislación comunitaria en el derecho italiano en materia de prevención de accidentes industriales, de movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y e evaluación de impacto ambiental, avanza sobre la legislación italiana en ámbitos en los que la armonización legislativa está en marcha –en particular, en el campo del derecho del individuo al medio ambiente y la compensación del daño ambiental-.

La Segunda Parte reúne los trabajos referidos al Mercosur.

Ernesto Rey Caro analiza "Las Competencias del Mercosur en el Campo del Medio Ambiente" desde la gestación del Mercosur, período en el que sólo detecta "un esbozo de cuestiones ambientales". Sobre esta base se concentra en los espacios que ofrece la estructura orgánica de Mercosur para el tratamiento de la problemática ambiental y en la acción, tanto ad intra como ad extra de la organización regional en esta materia

En "Environmental Concerns and Free Movements of Goods in the Mercosur Experiencie" Sergio Marchisio parte del análisis del comercio y las cuestiones ambientales desde el ámbito internacional para descender al marco que brinda el Mercosur para la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable, e las legislaciones nacionales, como base para las políticas comunes del Mercosur. Cierra su estudio con algunos elementos procedentes de la Unión Europea referidos a las excepciones a la libre circulación de mercaderías fundadas en la protección medioambiental y a los procedimientos de control de la legislación ambiental que

restringen dicha libertad fundamental a fin de sacar conclusiones de tipo general para los procesos de integración.

Esta parte del libro cierra con "Los Efectos de los Tratados Internacionales: Integración en la Legislación Ambiental Argentina" de Jorge A. Franza. El trabajo se abre con consideraciones generales sobre "Derecho internacional del ambiente y del desarrollo sustentable" para enmarcar el análisis del "Derecho del desarrollo sustentable" en Argentina. Son objeto de un estudio de derecho comparado la responsabilidad objetiva, el tratamiento jurídico del problema de la sucesión de titulares sobre bienes afectados medioambientalmente y la reparación del daño ambiental.

La Parte dedicada al Nafta reúne dos trabajos: el de Patricia Hansen, "The Interplay between Trade and Environment in Nafta" junto con "Implementation of the Nafta Institutions - The Record and the Potential", de Joseph Di Mento, Helen Ingram, Richard Matthew, John Whiteley y Pamela Doughman.

El primero de ellos parte del estudio de las reglas de comercio regional construidas sobre el modelo del GATT para analizar las reglas de inversión –y la creación de remedios privados para el Nafta- y el acuerdo ambiental que acompaña al Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte.

El segundo trabajo analiza la articulación de las cuestiones ambientales con el comercio y el desarrollo, las particularidades que imprime el contexto del Nafta y una evaluación de su implementación, de los marcos generales y de los resultados recientes.

La Cuarta Parte está dedicada al estudio de los Aspectos Específicos de la Integración Regional en el Ámbito del Medio Ambiente –Specific Aspects of Regional Integration in the Field of the Environment-.

En un breve artículo, Carlo Russo y Andrea Blasi exponen "Le Droit de l'Environnement dans les Décisions de la Commission des Droits de l'Homme et dans la Jurisprudence de la Cour Européenne", trabajo de gran interés si se considera la falta de referencia a los derechos ambientales tanto en la Convención Europea de Derechos del Hombre como en sus protocolos adicionales.

En "The Influence of International Financial Institutions on the Environmental Law Practices of Member Countries", Claudia Pardiñas Ocaña discute el modo en que las instituciones financieras internacionales han contribuido al desarrollo del derecho ambiental, centrándose en la labor del Banco Mundial y del Fondo Internacional para el Desarrollo de la Agricultura.

Attila Tanzi analiza en "Regional Integration and the Protection of the Environment: The UN/ECE Process on Water Law as a Model for the Global Dimension" el rol de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas (UN/ECE). Este marco le vale para estudiar cuestiones que exceden al Derecho internacional ambiental, tales como la interacción entre law-making, law-implementation y compliance, o la relación constructiva entre la UN/ECE y otros organismos regionales, subregionales e internacionales en el campo del Derecho de los cursos de aguas internacionales. Ello permite extender a otros ámbitos sus conclusiones sobre la proliferación de organismos y mecanismos de solución de controversias internacionales y sobre la línea que separa el soft del hard law.

En "The Convention on Biological Diversity in Latin America", Teodora Zamudio sitúa la noción de biodiversidad y la propia Convención de Río (1992) en el contexto impuesto por la OMC y, particularmente, el TRIP, convencida de que, si bien la disponibilidad de recursos biológicos depende, en última instancia, de la prudencia con que se encare su protección, no habrá incentivos para la preservación y utilización sustentable de los recursos biológicos si éstos no generan beneficios –no necesariamente en términos económicos- a los propietarios –y custodios- de dichos recursos.

Tullio Scovazzi y Roberta Garabello cierran el libro con "Some tentative conclusions", en las que relevan la variedad de niveles de protección ambiental indicando indicios de cercanía entre el modelo de desarrollo que está siguiendo Mercosur y la experiencia europea, y las particularidades de la aproximación a la problemática ambiental en el contexto del Nafta.

En el Anexo se reúnen extractos del Tratado de la Unión Europea, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto, las Directrices Básicas en Materia de Política Ambiental (Res. 10/94 del GMC), el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur (Asunción, 21 de junio de 2001) y el Acuerdo Norteamericano sobre Cooperación Ambiental (14 de septiembre de 1993).

Ana Carolina Garriga

SCOVAZZI, Tullio, "Corso di Diritto Internazionale. Parte I Caratteri generali ed evoluzione della comunità internazionale", Guiffré editore Milano. 2000, 225 páginas, en italiano

La cuidada edición de este trabajo está precedida por una Premessa en la que su autor efectúa una simpática reseña de los prolegómenos del mismo, entre los que

incluye una referencia a su colaboración con la ampliamente conocida obra de los profesores Mario Giuliano y Tullio Treves, traducida más recientemente en Argentina por el profesor Raúl Vinuesa.

Desde la selección del método a utilizar en su obra, se reconoce la preocupación de un docente de la Universidad de Milán-Bicocca, que no se propone actualizar una publicación anterior, sino "che sia immediatamente rivolto alle esigenze di un corso universitario, che proceda secondo il metodo che, con il passare del tempo, mi è divenuto più congeniale" y agrega a continuación que no podría haber elegido peor período para escribir sobre la evolución y las tendencias generales de la comunidad internacional y su derecho citando el caso de la utilización de la fuerza por parte de diez Estados sobre la ex Yugoslavia en 1999.

Vuelve sobre este tema en el primer capítulo al ocuparse de las organizaciones internacionales y el uso de la fuerza, con una notable cita de un párrafo del Emperador de Etiopía Haile Selassie ante la Sociedad de las Naciones luego de ser depuesto por la invasión italiana y que fue traído a colación nuevamente por el representante de Yugoslavia, señor Jovanovic en ocasión de las actividades de la NATO sobre ese país.

El Capítulo I abarca los orígenes y la evolución de la comunidad internacional en el que parte de un concepto esencial, cual es "Il diritto internazionale è l'insieme delle norme che regolano i rapporti tra gli Stati", sin dejar de reconocer la actual existencia de otros sujetos internacionales. A pesar de ello, comienza su análisis a partir de una comunidad rudimentaria y primitiva en la antigüedad que de alguna forma confundía el Derecho Internacional con la ley del más fuerte. De ahí deriva las varias hipótesis existentes sobre el origen del Derecho Internacional. Aquí cabe acotar que el profesor Scovazzi se inscribe en la escasa nómina de autores que actualmente destinan algunas consideraciones a los antecedentes más remotos de nuestra asignatura, y en su discurrir se acerca en forma permanente a la teoría política de los períodos bajo análisis.

Con este método el autor se va introduciendo en el tratamiento de temas modernos como es la aparición de las grandes organizaciones internacionales, el desarrollo económico y social, la protección del ambiente, la protección internacional de los derechos del hombre, los crímenes internacionales que generan responsabilidad individual, para finalizar con un punto dedicado a las nuevas tendencias respecto de una jurisdicción nacional universal. Allí dedica un párrafo aparte al Caso Eichmann, ante la Corte de Distrito de Israel en 1961 que, como se recordará, motivó una protesta especial por parte de la República Argentina, dado que el acusado fue sacado ilegalmente de la jurisdicción de nuestro país para ser llevado ante

dicho tribunal.

El síntesis, esta primera parte aparece esencialmente como una síntesis de la evolución de la teoría jus-internacional, más que de la pura y simple sucesión de hechos históricos, partiendo de un concepto eurocéntrico que se puede apreciar en todo este trabajo, del que, cabe acotar, se encuentra prácticamente ausente la América no anglosajona.

En el Capítulo II bajo el título "La paz y la seguridad internacional" encontramos una profunda relación entre los principios del Derecho Internacional, esencialmente la prohibición del uso de la fuerza y la legítima defensa, para pasar revista a las contramedidas, las operaciones para el mantenimiento de la paz y los acuerdos y organizaciones regionales para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional.

En este punto nos detendremos un poco, ya que aclara el autor que "il termine regione è que inteso in un senso non strettamente geografico, ma geo-politico", lo que nos lleva a resaltar nuevamente, por un lado la existencia de una óptica política en el análisis de estos temas, marcadamente eurocéntrica, y por otro una nueva ausencia de referencia a los sistemas regionales actualmente existentes en el mundo, entre ellos el americano.

Concluye su trabajo con el desarrollo de modernos temas que relacionan por un lado las acciones armadas con el Derecho Internacional Humanitario y la utilización de armas nucleares, en cuyo análisis incluye frecuente referencia a jurisprudencia internacional y a casos prácticos que contribuyen a profundizar el interés de quien accede a esta importante obra.

Tal como lo confiesa el profesor milanés, este no es más que el comienzo de una obra más completa. Cabe entonces esperar la continuación de la misma.

Graciela R. Salas

RAZA, Werner G.- Recht Auf Umwelt Oder Umwelt Ohne Recht (Derecho al Medio Ambiente O Medio Ambiente Sin Derecho), Jahrbuch des Österreichischen Lateinamerika-Instituts-Band 4 (Anuario del Instituto Austriaco para América Latina, Volumen 4), Editorial Brandes & Apsel, Fankfurt, 264 páginas.

El volumen bajo comentario es el resultado del ciclo de conferencias realizado en el marco del Curso Superior de Estudios Latinoamericanos del Instituto

Austríaco para América Latina durante el semestre de invierno 1999-2000. La obra hace un inventario de las consecuencias del modelo neoliberal en el medio ambiente y en la sociedad y revisa las respuestas socio-políticas de los actores sociales frente a ese modelo, resaltando las posibilidades y limitaciones reales de los proyectos alternativos en el marco de la sociedad civil y del mismo Estado, frente al predominio del neoliberalismo a nivel planetario.

La Primera Parte, está conformada por cuatro contribuciones. La primera, de Werner G. Raza, titulada *¿Derecho al Medio Ambiente o Medio Ambiente sin Derecho? Sobre las Consecuencias del Modelo Neoliberal en el Medio Ambiente y la Sociedad Latinoamericana*. La exposición tiene carácter introductorio ya que presenta ideas útiles para la comprensión de los trabajos que le siguen, a más de dar una visión general del desarrollo de la relación que existe en Latinoamérica entre la sociedad y la naturaleza. Asimismo, expone brevemente los cambios ocurridos en el campo de la política ambiental en las últimas tres décadas y su articulación con las máximas de la política neoliberal.

La segunda contribución de la Primera Parte, de Eduardo Gudynas, sobre *Integración Económica y Desintegración Ecológica en el MERCOSUR*, caracteriza a Mercado del Cono Sur Latinoamericano, lo contextualiza en el aspecto ambiental con visión realista y observa la debilidad de la temática ambiental en el MERCOSUR. Asimismo, percibe cómo las estrategias de desarrollo fragmentan y subdividen regiones ecológicas produciendo una desintegración de los biomas, considerando tales políticas nacionales ambientales incompatibles con el desarrollo ecológicamente sustentable.

El tercer aporte de la Primera Parte, de Johannes Jäger, se ocupa de los efectos sociales, fuentes y modelos funcionales de la economía liberal y los modelos de política social en América Latina, deteniéndose en los cambios superficiales, en las alteraciones sociales atribuibles al neoliberalismo y a los modelos económicos de esa corriente. Toma como caso testigo a la política neoliberal en Chile, para concluir con breve análisis de perspectivas.

El cuarto y último trabajo de la Primera Parte, de Francisco Claire Ibarra e Ingrid Frankhauser, *El Camino del Neoliberalismo*, en ocho fotos sin texto alguno ilustra con crudeza los instrumentos y la evolución del neoliberalismo.

La Segunda Parte para pasar a desarrollar la problemática del medio ambiente en el contexto internacional, haciendo referencia al discurso, a la política y al derecho, estando conformada por tres aportes.

El primer trabajo, de Sigrid Stagl, se ocupa de la economía ecológica, preguntándose sobre las posibilidades de una América Latina "durable". el autor se detiene en las visiones "dura" y "blanda" de la sustentabilidad y en la relación entre ingresos y calidad del medio ambiente. Concluye que la economía ecológica no debe ser vista como un nuevo paradigma, sino más bien como un área de investigación interdisciplinaria en permanente construcción.

El segundo trabajo de la Segunda Parte, de Ramachandra Guha y Joan Martínez-Alier, referido al ambientalismo de los pobres y el movimiento ambiental por una justicia ambiental, se detiene en la Política Ecológica ocupándose de los conflictos de distribución ecológica. Acompaña un clarificante gráfico en el que señala las causas de los conflictos, su definición y los movimientos y organizaciones no gubernamentales que han tenido participación en las distintas situaciones. Se detiene y desarrolla algunos de los más importantes conflictos a modo de ejemplo.

El tercer aporte de la Segunda Parte, de August Reinish estudia los desarrollos posteriores a la Conferencia de Río de 1992. No sólo se ocupa de los sucesos en el ámbito de las Naciones Unidas, sino también en la Europa comunitaria y la Europa oriental. Tampoco deja de lado una breve referencia a los cambios producidos en el GATT y la Organización Mundial del Comercio.

La Tercera Parte, relativa a actores y estrategias comerciales en el neoliberalismo latinoamericano, está compuesta por cinco trabajos.

El primero, de Clarita Müller-Plantenberg, se refiere a los modos de producción de los pequeños agricultores y su lucha frente a los mercados mundiales de producción. Las perspectivas de una economía durable es vista en el marco de la producción de los indígenas y de los pequeños agricultores, con miras a una globalización desde abajo.

El segundo aporte, de Andreas Novy, relativo a la exportación de materias primas del bosque húmedo brasileño y las alternativas en lo que hace a modos de comercio y vida, hace una breve reseña de la historia de los ciclos productivos brasileños, pasando por la etapa del boom del caucho, por la era de la integración nacional y por la crisis de las estrategias de integración. Recuerda en sus conclusiones que el diseño y la realización de los modos de comercio y vida son una cuestión propiamente doméstica.

La tercera contribución de la Tercera Parte, de Monika Ludescher, trata el manejo de los recursos en el neoliberalismo, refiriéndose en particular a la actual legislación peruana en los sectores petrolero y gasífero, con el objeto de precisar los efectos que causa sobre el medio ambiente y los derechos humanos.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

El cuarto trabajo, de Carlos Roberto Winckler, se ocupa de los movimientos sociales brasileños en los años recientes, partiendo desde el golpe de Estado de 1964. Tras una breve reseña histórica se detiene en los movimientos sindicales y en el movimiento de los trabajadores rurales sin tierra.

El quinto y último capítulo, redactado por Joachim Becker, se titula "Contra la Corriente: Políticas Comunes Alternativas en el Cono Sur". Toma como modelos de análisis a las ciudades de Montevideo y Porto Alegre, calificando sus políticas de modernización conservativa, destacando que, en ambos casos, a pesar de las diferencias, se produjo la reforma de los estados locales y una mejora de las infraestructuras.

Si bien, los trabajos no conforman un todo orgánico, permiten al lector, a través del conjunto, una clarificante visualización de los problemas sociales emergentes del modelo neoliberal y sus efectos sobre el medio ambiente.

Zlata Drnas de Clément

CRÓNICAS

XVI CONGRESO ORDINARIO DE LA ASOCIACIÓN
ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL Y XII
CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
"DR. José Amadeo Conte-Grand"
San Juan, 20 al 22 de septiembre de 2001

La nueva convocatoria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, se concretó bajo la presidencia de los Dres. Víctor Bazán y Alberto M. Sánchez, con el apoyo de la Universidad Católica de Cuyo.

El acto de apertura que se llevó a cabo en el Centro de Convenciones de San Juan, estuvo presidido por el rector D. Pedro Luis María Martín, quien asimismo brindó las palabras de bienvenida, oportunidad en la que efectuó algunas reflexiones sobre la importancia del homenaje que de esta forma se brindaba al Dr. José Amadeo Conte-Grand, uno de los fundadores de la AADI y uno de los pilares fundamentales en la creación de esa casa de estudios.

El Dr. Alberto M. Sánchez tuvo también cálidas palabras de recordación al homenajeado, y finalmente el presidente de la Asociación, Dr. Enrique Ferrer Vieyra efectuó algunas consideraciones respecto de la personalidad del Dr. Conte-Grand y acerca de los nuevos cuestionamientos del Derecho Internacional frente a los desafíos del Siglo XXI.

Concluido el acto de apertura se llevó a cabo una mesa redonda sobre "Derechos Humanos: situación actual y perspectivas", a cargo de los Dres. Víctor Bazán, Fabián Salvioli y Adelina Loianno.

El resto de las actividades del Congreso se cumplió en dependencias de la Universidad Católica de Cuyo.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

El trabajo de las secciones se desarrolló de la forma prevista:

La Sección Derecho Internacional Público fue convocada a discutir sobre "Derechos y obligaciones de los Estados ribereños en materia de pesca, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar", oportunidad que, luego de discutido el relato presentado por el Dr. Ariel Mansi, se expidió como sigue:

... "La pesca y, en particular, la explotación racional de los recursos vivos marinos del océano Atlántico Sur frente a sus costas, constituye un interés nacional permanente de la República Argentina;

Que la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 1982, es el marco jurídico obligatorio que cubre todos los espacios marítimos; y

Que dicha Convención establece claramente derechos de soberanía del estado ribereño para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales en su zona económica exclusiva.

Los integrantes de esta sección concluyen:

Que a los fines de la conservación de y/o administración de los recursos pesqueros en el área adyacente, la pesca por terceros estados deberá hacerse con sujeción a los derechos, deberes e intereses de los estados ribereños.

Que dada la importancia de la pesca responsable resulta necesario intensificar los estudios e investigación en la materia en nuestro país, en particular, su relación con las normas del derecho internacional y del derecho interno.

Que, a tal efecto, es necesario que en los planes de estudio de las Facultades de Derecho se incluya la temática pesquera de manera explícita en las asignaturas respectivas y que en las Facultades de Derecho situadas en ciudades del litoral marítimo argentino, dicha temática debería constituir una materia autónoma y obligatoria del plan de estudios".

La Sección Derecho Internacional Privado analizó el relato presentado por el Dr. Diego Fernández Arroyo sobre el tema "Garantías mobiliarias en el comercio internacional", a partir de lo cual se planteó la necesidad de reflexionar sobre los siguientes aspectos:

"1. Generales

I. Bajo la utilización de garantías en el comercio internacional, subyacen intereses particulares, corporativos y públicos de difícil coordinación.

II. Es indudable que la rigidez de las condiciones para el establecimiento de garantías que existe en la legislación de muchos países, desincentiva la fluidez del crédito, al hacerlo más caro para el que lo necesita y más inseguro para el que lo concede.

III. Ninguna de las modificaciones normativas previsibles garantizan por sí mismas la consecución de los declamados resultados automáticos de las mismas, que son la fluidez y el abaratamiento del crédito para productores y comerciantes.

IV. Los problemas de la técnica jurídica planteados por las garantías son complejos, tanto respecto a la potencial unificación de las reglamentaciones a escala regional o pretendidamente universal. En la actualidad, los esfuerzos –tanto a escala regional como universal- se centran en distintos tipos de unificación material, con escasa presencia de normas localizadoras de derecho aplicable.

V. Ninguna de las opciones de puntos de conexión posibles se revela como satisfactoria en este ámbito. En el ámbito de las garantías mobiliarias de origen convencional, los aspectos reales y contractuales aparecen generalmente asociados, por lo cual resulta necesario efectuar una labor de delimitación entre la *lex rei sitae* y la ley rectora de las obligaciones contractuales.

VI. Una norma que en principio garantice el reconocimiento extraterritorial de una garantía válidamente constituida según la ley del lugar de situación del bien al momento de la constitución, no resultaría suficiente para asegurar su efectividad frente a normas del estado de destino que a menudo adquieren el carácter de normas de policía.

VII. La Convención de UNIDROIT relativa a garantías sobre equipos móviles y su Protocolo sobre material aeronáutico, implican una nueva etapa de reglamentación que pretende establecer reglas materiales de alcance internacional sobre garantías mobiliarias no posesorias. Las posibilidades de éxito de dichos textos aparecen como importantes, a poco que se tenga en cuenta que se trata de regular cuestiones que ya se llevan a cabo en la práctica, entre operadores de equiparable poder económico.

VIII. La ley modelo interamericana puede cumplir un papel muy importante en la modernización de la normativa sobre garantías en los países miembros de la OEA. Sin embargo se debería evaluar en qué medida la normativa de la Ley Modelo resulta congruente con la sistemática jurídica

argentina y qué aspectos deben ser revisados o reformulados, en particular, el riesgo que podría traer aparejado la recepción con carácter generalizado de sistemas no siempre congruentes con la cultura jurídica de los estados miembros.

2. Particulares

Anteproyecto de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias (CIDIP VI)

I. Se entendió necesario perfeccionar la técnica legislativa utilizada en el anteproyecto y, en particular, la redacción de varias de sus normas.

II. Respecto a la ley aplicable a los efectos de la registración de las garantías mobiliarias sin desplazamiento, es necesario tener en cuenta los límites que plantea la ley de situación del bien para regular la publicidad mobiliaria, en orden a la eficacia territorial de la misma y a la ausencia de normas de competencia para determinar el Registro.

III. Entendemos importante complementar la norma del art. 25 del anteproyecto de la Ley Modelo con otra que imponga límites al ejercicio de las mismas en atención a la buena fe contractual, el orden público y la equidad.

Con relación al orden interno

I. Resulta necesario modernizar nuestra legislación de fuente interna en materia de garantías mobiliarias.

II. Con relación al Proyecto de Ley de Garantías Muebles, elaborado por el Banco Central de la República Argentina, se estima necesario revisar su articulado, en especial el artículo 82 (normas de conflicto).

III. En el Derecho Internacional Privado fuente interna, una interpretación del derecho aplicable ajustada a la *lex rei sitae* actual –como criterio de fijación del conflicto móvil– atiende razonablemente al respeto de los principios materiales del derecho de garantías y, en todo caso, debe reconocerse la aplicación de las normas de policía de la *lex rei sitae*, ya como *lex fori*, ya como derecho de un estado con una vinculación económica con el caso, que no puede obviarse y cuyo respeto se impone más allá de la voluntad de las partes y como límite a ella, a través de las normas sobre seguridad de tráfico.

IV. En materia concursal, la ley del lugar en que se decretó la quiebra como *lex fori* suele imponerse como de necesaria aplicación en todas aquellas cuestiones que hacen a la distribución del producido de la liquidación de los bienes del deudor, conforme a un "orden de prelaciones", muchas veces con una tipificación de privilegios específicamente aplicable en esa materia, que suele dejar pocos resquicios a la aplicación de privilegios creados por otras leyes".

Por su parte, la Sección Derecho de la Integración, a partir del relato de la Dra. Ada Latucca, trabajó sobre "Marginalidad, exclusión y democracia en la globalización" y concluyó su trabajo como sigue:

"La Sección "Derecho de la Integración" recomienda:

La integración totalizadora debe ser considerada también como una obra de los estados nacionales y, si está regida por principios de una democracia representativa y participativa, es una manera de fortalecerlos. El Estado es hoy el único modo de organización política de gran escala capaz de garantizar una participación democrática que integre a los excluidos de los mercados nacionales o global. La integración tiene sentido si es un instrumento para la consolidación de la democracia, especialmente en Latinoamérica, acercando a sus pueblos e impidiendo que los procesos en marcha se resuelvan en puro mercado.

Los grandes sectores excluidos de la acción de gobierno, así como el nuevo marco que impone la globalización ponen actualmente en tensión al propio concepto de democracia. Se impone pues revisar la operacionalización de los conceptos de participación, consentimiento, representación y legitimidad, así como el papel del Estado-Nación democrático como garante de los derechos, deberes y bienestar de los ciudadanos. La exclusión, agravada por la globalización, requiere una acción protagónica de la sociedad civil, en especial, el compromiso de las universidades para determinar mecanismos de protección de los sectores más vulnerados.

En este marco se plantea el diseño de políticas sociales como la necesidad de una nueva forma de intervención del sector público en la sociedad, cosa que, por otra parte, no puede plantearse ni con las dimensiones del estado nacional, sino que exige la adecuada articulación entre los ámbitos local, regional y mundial, además de la libertad que debe acompañar al hombre en sus desplazamientos se le debe asegurar el derecho a quedarse en su propio territorio, el derecho a no emigrar. Esto es, el derecho de todos los hombres de gozar de un mínimo espacio de libertad para convertirse en personas en un mundo que nos pertenece a todos".

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

La Sección Metodología, Documentación y Enseñanza del Derecho Internacional fue convocada a reflexionar a partir del relato presentado por el Dr. Roberto Vicario sobre " Los medios informáticos en la enseñanza del Derecho Internacional" .

Entre sus considerandos establece que:

"... los medios informáticos en la enseñanza del Derecho Internacional constituyen un sistema que ofrece variadas posibilidades y, a la vez, nuevos desafíos.

Por ello declara:

1. Que los medios informáticos pueden ser un instrumento útil para la enseñanza del Derecho Internacional siempre y cuando sean utilizados con el mismo rigor académico que las universidades y los docentes deben emplear en el método de educación presencial y con la necesaria adaptación y preparación de los encargados de brindar los cursos. Todo ello sin que se produzcan retrocesos en el progreso obtenido desde la clase magistral a la clase participativa.

2. Que las enormes ventajas derivadas de la posibilidad de, a distancia, poder tanto "dar" como "asistir" a cursos deberían ser utilizadas en los casos que tales ventajas sirvan a la solución de un problema real de imposibilidad de alguna de las partes del proceso de enseñanza-aprendizaje de asistir a las aulas tradicionales".

Por su parte la Sección Derecho Internacional de los Derechos Humanos trabajó a partir del relato presentado por el Dr. José Alejandro Consigli sobre "Antecedentes, fundamentación y perspectivas de la intervención humanitaria", a partir de lo cual concluyó:

1. Que resulta necesario precisar el significado y alcance jurídico de los términos "asistencia humanitaria", "intervención humanitaria" y otros conexos y relacionados con éstos.

2. Que el Consejo de Seguridad tiene el deber y la responsabilidad de pronunciarse y adoptar las medidas adecuadas cuando existen violaciones graves y manifiestas y masivas a los derechos humanos y al Derecho Internacional humanitario, en la medida en que representan una amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales.

3. Que en el estado actual del Derecho Internacional la acción humanitaria unilateral con uso de la fuerza, afecta la paz y la seguridad internacional.

4. Que dada la complejidad de la problemática, resulta conveniente que la Asamblea General de Naciones Unidas solicite su estudio a los órganos y organismos pertinentes, especialmente a la Comisión de Derecho Internacional".

Finalmente la Sección Relaciones Internacionales analizó el relato presentado por Jorge A. Giner sobre "Alternativas de la integración de América del Sur frente al nuevo escenario internacional, con especial referencia al Sudeste Asiático", a partir de lo cual recomendó:

* Tomar en consideración las experiencias integracionistas dadas dentro de la comunidad Internacional que ponen de manifiesto el nuevo modo de relacionamiento entre los Estados.

* Prestar especial atención a las manifestaciones y proyecciones hechas en este sentido por los países del Sudeste Asiático, sobre todo en cuanto a la programación estratégica y geopolítica, formación de recursos humanos e innovación tecnológica diseñada por los mismos tendientes a un accionar conjunto y una perspectiva de avance sostenido en las relaciones comerciales.

* Considerar ciertas áreas tales como la investigación y la educación como temas a privilegiar en la constitución de los sistemas de integración, sin desatender la necesaria participación del Estado en la promoción de ellos.

* Promover un conocimiento más profundo del mercado asiático y de las políticas económicas implementadas por el carácter complementario que deberían tener las mismas con los mercados latinoamericanos.

* Evaluar la política del IED dirigida a la producción, al desarrollo y no a la especulación, que ha permitido a estos países superar sin mayor impacto las crisis financieras internacionales.

* Considerar las políticas de integración implementadas en el Cono Sur, a partir del Nuevo Regionalismo, prestando especial atención al surgimiento de nuevos actores dentro de estos procesos de integración regional.

* Observar que la Nueva Integración se proyecta de adentro hacia fuera, donde los actores locales representan con mayor legitimidad los intereses de los sectores productivos de la comunidad.

Particularmente en el MERCOSUR donde se hace cada vez más necesario replantear lo actuado deben ser incorporados los nuevos actores, tanto las regiones

internas de los Estados Parte como aquello que representan las manifestaciones locales de los distritos menores.

* Prestar atención en cuanto a que, a diferencia de las políticas implementadas por la Unión Europea respecto de los fondos de desarrollo estructural destinados a proteger las regiones de menor desenvolvimiento, el MERCOSUR no ha considerado como categorías atendibles a las regiones existentes que, sin embargo, contribuyen efectivamente a la integración sin recibir beneficios del proceso integrador central.

* Así como también sería necesario considerar la inversión en obras de infraestructura tendientes a mejorar la interrelación entre los países componentes del grupo integrado.

* En este sentido, ejemplo del esfuerzo realizado desde lo interno del MERCOSUR, son el mejoramiento y apertura de los pasos fronterizos como el de Agua Negra en la provincia de San Juan que permitirá la conexión Pacífico-Atlántico conectando el puerto de Coquimbo en Chile con Porto Alegre, Brasil conformando un importante corredor bioceánico dentro del MERCOSUR que conduce a mirar las iniciativas de integración fronteriza desde una perspectiva diferente.

* Atender al interés puesto de manifiesto por la Unión Europea en la constitución de una asociación interregional UE-MERCOSUR, a partir de una serie de lazos históricos y culturales existentes que permitieron llevar adelante un conjunto de aportes de cooperación en distintos terrenos, formación de recursos humanos, asistencia técnica, intercambios de información.

* Atender el seguimiento de este proceso cuyo avance hacia una zona de libre comercio entre ambos grupos integrados demandará el estudio pormenorizado de los costos y beneficios que proporcionará la misma".

En forma complementaria al trabajo de las comisiones, se pronunciaron las siguientes conferencias magistrales:

"Solución de controversias en el MERCOSUR" por el Dr. Ernesto J. Rey Caro, de la Universidad Nacional de Córdoba.

"Solución de controversias en el MERCOSUR: una visión crítica" por el Dr. Antonio Martínez Puñal, de la Universidad de Santiago de Compostela, España.

"Solución de controversias en el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas", por el Dr. José Manuel Sobrino Heredia.

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

“ La pesca en alta mar y la posición de los países ribereños del Pacífico su-
deste ”, por el Dr. Hugo Llanos Mansilla, de la Pontificia Universidad Católica de
Chile.

“ Integración y globalización ”, por el Dr. José Augusto Fontoura Acosta, de
Brasil.

Asimismo se presentó el libro “Derecho Internacional Público” del Dr. Julio
Barboza.

Por otra parte, en las respectivas secciones se presentaron numerosas ponen-
cias las que, con los relatos referidos, serán publicados por la institución organiza-
dora.

El acto de clausura se cumplió el sábado 22 por la mañana, también en el
Centro de Convenciones de San Juan, ocasión en la que se proclamaron las nuevas
autoridades de la Asociación, y se incorporaron los nuevos miembros.

A continuación se leyeron las conclusiones de cada una de las secciones.

Dentro del mismo acto el Dr. Héctor Gros Espiell, ex ministro de Relaciones
Exteriores de Uruguay, habló sobre “Terrorismo, conflictos bélicos internaciona-
les y derechos humanos” .

Seguidamente se constituyó la mesa de autoridades, presidida por la decana
de la Facultad de Derecho, Dra. Edith Colombero de Ginsberg, con la presencia de
los Dres. Juan Carlos Beltramino, nuevo vice-presidente de AADI, Víctor Bazán y
Alberto M. Sánchez. Hicieron uso de la palabra los Dres. Bazán, en nombre de la
Comisión organizadora y Ferrer Vieyra, presidente saliente de la Asociación.

Por la Universidad Católica de Cuyo lo hizo la decana de Derecho, quien
agradeció la presencia de todos los asistentes al Congreso, y la colaboración de
todos quienes participaron desinteresadamente en su organización. Rescató asimis-
mo como un concepto esencial recogido de sus sesiones, la necesidad de revalori-
zar al hombre y la dignidad humana.

Finalmente cabe destacar la calidez con que fue acogido este nuevo encuentro
de internacionalistas, por parte de las autoridades de la Universidad Católica de
Cuyo, como así también por parte de todos quienes participaron de este evento.

Graciela R. Salas
Secretaría AADI

ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

Se terminó de imprimir en el mes de
Junio de 2002 en los Talleres Gráficos de
MARCOS LERNER EDITORA CÓRDOBA
Administración: Duarte Quirós 545 Loc. 2 y 3 -
Tels. y Fax (0351) 4229333 - Frente a Tribunales
Córdoba - República Argentina

